D O X A

17-18

CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante

Centro de Estudios Constitucionales

Alicante, 1995

Índice

- Presentación
- Sobre el comunitarismo
  - Bruce Ackerman - Liberalismos político
  - Francisco J. Laporta - Comunitarismo y nacionalismo
  - Martín D. Farrell - ¿Hay derechos comunitarios?
  - Eduardo Rivera López - Las paradojas del comunitarismo
  - Mª Pilar González Altable - Liberalismo vs. comunitarismo (John Rawls: una concepción política del bien)
  - Juan A. Pérez Lledó - «Critical Legal Studies» y el comunitarismo
- Artículos
  - Juan Ramón Capella - Democratización y neonaturalismo
  - Horacio Spector - Propiedad privada y neutralidad estatal
  - Roberto Gargarella - Marxismo analítico, el marxismo claro
  - Riccardo Guastini - Normas supremas
  - Klaus Günther - Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica
  - Andrei Marmor - Autoridades y personas
  - Josep M. Vilajosana - Problemas de identidad de los sistemas jurídicos
  - Amedeo G. Conde - Validez athética
  - Jorge L. Rodríguez - Contradicciones normativas: Jaque a la concepción deductivista de los sistemas jurídicos
  - María Inés Pazos - Contradicciones normativas y jerarquía de normas
  - Juan Pablo Alonso - Un caso difícil en el Código civil español
- Notas
  - Ulfrid Neumann - Positivismo jurídico, realismo jurídico y moralismo jurídico en el debate sobre «delincuencia estatal» en la anterior RDA
  - Günter Jakobs - Crímenes del Estado - Ilegalidad en el Estado
  - José Luis Pérez Triviño - Derechos humanos, relativismo y protección jurídica de la moral en el Convenio Europeo de Derechos Humanos
  - Enrique P. Haba - Sobre el derecho como «técnica» o «tecnología»
  - Raquel Osborne - De ciertas insuficiencias de un cierto liberalismo (segunda respuesta feminista a Jorge Malem)
- Entrevistas
  - Carlos Rosenkrantz - Entrevista a Bruce Ackerman

P R E S E N T A C I Ó N

La sección con que se abre este número doble de DOXA, sobre el comunitarismo, *recoge las ponencias presentadas en las Jornadas de Filosofía Práctica celebradas en Tossa de Mar en mayo de 1994. La primera de ellas, la de Bruce Ackerman* (Liberalismos políticos) *está, sin embargo, dedicada en su mayor parte a caracterizar el liberalismo político, esto es, la concepción rival de la comunitarista en el pensamiento contemporáneo. Lo que realiza aquí Ackerman es un análisis comparativo entre su propia concepción del liberalismo (la perspectiva dialógica que desarrollara en su* Social Justice in the Liberal State*) y, la de John Rawls; a partir del análisis del último libro de Rawls* (Political Liberalism)*, Ackerman considera que la nueva concepción no es consistente con la que se encuentra en* A Theory of Justice, *pero aplaude el marco general que Rawls propone para el liberalismo político y que se condensa en seis principios que, en lo esencial, vendrían a expresar objetivos presentes en la propia concepción de Ackerman. Partiendo de esta caracterización, Ackerman concluye que el debate contemporáneo entre los «liberales» y los «comunitaristas» se basa en una falsa dicotomía: «los liberales políticos* no buscan *fundar los derechos directamente sobre alguna noción de individualismo abstracto, sea kantiano o de otro tipo. Su apelación fundamental es a la comunidad, aunque a una comunidad de un tipo especial: una en la que sus miembros respetan los profundos desacuerdos de cada uno de los otros, pero estando dispuestos a trabajar con ellos para construir una forma de razón pública que les unirá en un diálogo común que todos puedan compartir, a pesar de sus otras diferencias».*

Francisco Laporta estudia, en Comunitarismo y nacionalismo, *la contraposición entre el liberalismo y el comunitarismo, a propósito del problema del nacionalismo. Su tesis es que entre comunitarismo y nacionalismo existe «un claro parecido de familia», lo que le lleva a sugerir que «en la medida en que el nacionalismo pueda ser comprendido y justificado como algo que deriva de la lógica interna de una filosofía moral de tipo comuni-*

tarista, entonces algunos evidentes corolarios del nacionalismo y algunas de las experiencias históricas que ha desencadenado podrían ser objeto de esa comprensión y esa justificación». A sensu contrario, *la buena sintonía existente entre el nacionalismo como proyecto político y el comunitarismo como teoría moral le lleva también a pensar que la filosofía moral liberal no suministra puntos de apoyo idóneos para justificar el nacionalismo.*

Lo que Martín Farrell (en ¿Hay derechos comunitarios?*) considera como el rasgo fundamental de la doctrina comunitarista es la idea de que «los individuos conciben su identidad como definida -aunque sea parcialmente- por la comunidad de la que son parte»; por el contrario, el liberalismo concibe a las personas como «seres individuales, cuyo bienestar es independiente de entidades tales como la familia, la comunidad, la tribu o la nación». A partir de aquí, Farrell entiende que la concesión de los llamados «derechos comunitarios» no constituye la solución para proteger a las minorías amenazadas en su propia existencia: los derechos comunitarios no son sino el modo en que se describe cierta restricción de los derechos individuales; por eso, si el grupo protegido -como suele ocurrir- es una minoría, los derechos comunitarios son disfraces que encubren la restricción de los derechos individuales de la mayoría. En su opinión, el liberalismo puede ofrecer una mejor solución para este problema, pero reconoce que la misma no deja de tener defectos.*

La opinión sobre las teorías comunitaristas que ofrece Eduardo Rivera (Las paradojas del comunitarismo) *no es más favorable que las anteriores. Rivera diferencia, en la teoría moral liberal, dos niveles: el metaético y el normativo o sustantivo. En el primer nivel, lo que caracteriza al liberalismo es la defensa de la tesis de la universalidad y de la neutralidad; en el segundo, la aceptación de «los derechos individuales, la tolerancia religiosa, la libre expresión, las normas de justicia distributiva, el valor de la autonomía individual, la democracia liberal, etc.» Surgen así dos tipos de comunitarismo: el comunitarismo* débil *que critica los presupuestos metaéticos del liberalismo, pero considera compatible ser comunitarista en ese plano y ser liberal en el otro (en el plano sustantivo); y, el comunitarismo* fuerte *que critica el liberalismo en los dos niveles. En opinión de Rivera, ambas concepciones llevan a posiciones paradójicas, pues para sostenerlas es preciso adherirse, en el primer caso, a la tesis universalista y, en el segundo, a la neutralista. Esa paradoja podría resolverse si se abandona la tesis universalista (como de alguna forma hace Walzer), pero entonces no estaríamos ya frente a una teoría genuinamente comunitarista.*

En el trabajo que le sigue (Liberalismo vs. comunitarismo. John Rawls: una concepción política del bien), *M.ª Pilar González Altable efectúa un análisis de la concepción del bien que Rawls elabora como parte integrante de su concepción política de la «justicia como equidad», para pasar luego a examinar hasta qué punto son o no acertadas las críticas comunitaristas dirigidas contra Rawls y contra el neoliberalismo en general. Su tesis fundamental es que una concepción del liberalismo político como la de Rawls «puede incorporar algunas de las críticas comunitaristas sin renunciar a sus postulados básicos -la defensa de la libertad, la reivindicación de los derechos individuales, la pluralidad y la tolerancia».*

Finalmente, en el artículo de Juan Antonio Pérez Lledó que cierra la sección, el término de comparación con el comunitarismo no es ya el liberalismo, sino el movimiento norteamericano «Critical Legal Studies» (CLS). En su análisis comparativo («Critical Legal Studies» y el comunitarismo), *Pérez Lledó muestra cómo, en su vertiente crítica, ambas corrientes compartirían algunos rasgos comunes al enfrentarse al liberalismo: rechazo al «individualismo atomista» y énfasis en la «construcción social» del sujeto moral; crítica a la solución liberal de las reglas de justicia formales y universales; crítica a las contradicciones del liberalismo... Sin embargo, en su dimensión constructiva, CLS también mostraría las inconsistencias del comunitarismo; criticaría la noción comunitarista de los valores compartidos y de la comunidad como fuente del bien; y, sobre todo, desde su fuerte escepticismo metaético, CLS rechazaría los esfuerzos del comunitarismo por ofrecer una reconstrucción filosófica alternativa.*

La extensa sección de artículos de tema libre podría dividirse en tres apartados. Al primero pertenecerían los tres primeros trabajos que caen básicamente en el campo de la filosofía política. Los cuatro siguientes versan sobre diversos problemas de teoría del Derecho. Y los cuatro últimos son sobre todo análisis de tipo lógico.

La sección se abre así con un trabajo de Juan Ramón Capella (Democratización y neonaturalismo. La ambigüedad de la democratización contemporánea) *que arranca de la contraposición entre la* democratización *como proceso y la* democracia *como institucionalización o cristalización moderna de ese proceso. Eso no quiere decir, sin embargo, que la democracia sea el único discurso legitimador de nuestra época; por el contrario, frente al tipo de poder político-estatal o el de Naciones Unidas -la democracia* débil- *se erige el tipo de poder al que Capella denomina de «Behemoth», privado y supraestatal, y legitimado por el iusnaturalismo de la «eficacia», pues se basa en «la ley del más fuerte no ya individual, sino económico social». Según Capella, el proceso moderno de democratización ha sido impulsado por dos fuerzas distintas: «De una parte, la ha impulsado la conveniencia de un sistema político coherente con la economía de producción para el mercado, con estructuras sociales no fijistas. De otra, la ha impulsado también el movimiento que sostenía el ideal popular, igualitario, de distribución del poder entre la población». Sin embargo, la determinación última de la configuración institucional de ese proceso ha dependido fundamentalmente de la primera fuerza impulsora; ello le lleva a Capella a plantear la necesidad de que el proceso de democratización tenga que ir «mucho más lejos» para que la democracia débil conseguida no perezca «a manos de la lógica de la "eficacia" behemética a pesar de la irracionalidad esta lógica».*

En Propiedad privada y neutralidad estatal, *Horacio Spector intenta superar el* impasse *en que se encuentra la justificación moral de la propiedad privada: por un lado, frente al utilitarismo, «la tradición liberal no puede prescindir del lenguaje de los derechos; pero, por otro lado, los derechos naturales son objeto de la crítica de "extrañeza ontológica"» (su presuposición de «hechos normativos»). Spector piensa que es posible «conservar el lenguaje de los derechos sin que ello implique compromisos*

ontológicos inaceptables». Pero los derechos morales no pueden justificar la propiedad privada «en el marco de teorías directas *o* del acto», *que pretenden fundamentarla como corolario del ejercicio de ciertos derechos fundamentales como el derecho al fruto del trabajo (Nozick, Becker) o el derecho a la libertad (Nozick): el mero ejercicio de un derecho no puede generar derechos de contenido diferente. La solución de Spector combina las «estrategias* indirectas *o* de reglas» *(Gaus, Mack) con una justificación desde la autonomía personal (Gray, Lomasky): los derechos morales sí justificarían la propiedad privada si se conciben, no como derechos a realizar acciones de cierta clase, sino como un derecho a que el Estado mantenga un sistema de propiedad que proteja el valor liberal del Estado neutral.*

El «marxismo analítico» es una corriente de pensamiento que se origina a finales de los años 70 y que engloba a autores como G. Cohen, J. Elster, A. Przeworski, J. Roemer, Ph. van Parijs, R. van der Veen o E. O. Wright. Como lo señala Roberto Gargarella en su trabajo Marxismo analítico, el marxismo claro, *se caracteriza por la importancia que otorga a la investigación empírica, a la definición de los conceptos, a la utilización de modelos abstractos en ocasiones altamente formalizados (como la teoría de los juegos) y a las acciones intencionales de los individuos para la elaboración de teorías explicativas o normativas. Gargarella centra su análisis en la teoría moral marxista; para ello examina las diversas críticas que estos autores han dirigido a las versiones más tradicionales del marxismo, así como las principales alternativas al capitalismo que ellos ofrecen: la idea de los ingresos básicos universales y el socialismo de mercado. El balance final es, en su opinión, «incierto», pero Gargarella subraya positivamente la contribución de estos autores a «la crítica a la explotación, la alienación y los abusos propios de las sociedades capitalistas modernas».*

Riccardo Guastini inicia la temática de teoría del Derecho de la sección con un trabajo (Normas supremas) *dedicado a criticar la difundida opinión de que los ordenamientos jurídicos son sistemas normativos dinámicos, provistos de una estructura jerárquica y en cuyo vértice figura una norma última y suprema. El análisis de Guastini se dirige a mostrar que existen al menos cuatro posibles tipos de jerarquías normativas y, por tanto, cuatro interpretaciones distintas de la noción de norma suprema: como norma que confiere el poder normativo más alto; como la norma de rango más elevado en la jerarquía material del ordenamiento; como la norma que se coloca en el nivel de lenguaje más alto respecto de todas las demás; y como la norma axiológicamente más importante.*

El artículo de Klaus Günther Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica, *va precedido de una breve y acertada presentación realizada por el traductor, Juan Carlos Velasco. Lo que en este artículo (escrito originariamente en 1989) defiende Günther es básicamente la necesidad de distinguir, en el discurso practico general, entre discursos de fundamentación y, discursos de aplicación, pues los criterios que sirven para dilucidar la validez de una norma no coinciden con los utilizados para indicar la adecuación de una norma válida a una determinada situación. El razonamiento práctico tiene, pues, dos modalidades: la fundamentación de la validez de una norma general y la justificación de*

la pertinencia de la aplicación de una norma general a un caso particular; el principio de universalidad, que caracteriza el ámbito de la fundamentación o justificación de normas, encuentra así su equivalente en el principio de adecuación, cuando pasamos al terreno de la aplicación de las normas.

Andrei Marmor, en Autoridades y personas, *sostiene la tesis de que es imposible atribuir autoridad jurídica a una determinada norma sin considerar que tal autoridad se deriva de la de quien ha dictado esa norma. Esta tesis supone la existencia de una conexión conceptual entre autoridades y personas (concepción personal de la autoridad), que se fundamenta en una visión del Derecho como producto de la comunicación (modelo comunicativo del Derecho). Marmor pretende aquí defender esta concepción personal de la autoridad frente a las críticas que le ha dirigido Waldron.*

El objetivo del trabajo de Josep M. Vilajosana Problemas de identidad de los sistemas jurídicos *es el de depurar el aparato conceptual que suele utilizarse para abordar la cuestión de la «identidad de los sistemas jurídicos». Existen cuatro sentidos distintos de la expresión «sistemas jurídicos» (sistema jurídico, orden jurídico, orden estatal, orden internacional) que deben combinarse desde dos perspectivas de análisis (la sincrónica y la diacrónica), lo que da lugar a ocho maneras distintas de plantear el problema de la identidad de los sistemas jurídicos. En opinión de Vilajosana, en cada nivel de análisis es preciso utilizar un criterio de identidad distinto, pero los problemas de cada ámbito no son totalmente independientes, de manera que la resolución de los problemas de unos niveles son, unas veces, condición suficiente, y otras, condición necesaria para la resolución de los problemas de los otros niveles.*

Los estudios lógicos a que antes se hacía referencia se inician con un artículo de Amedeo G. Conte sobre la Validez athética. *El punto de partida lo constituye la exposición del paradigma validez thética versus validez athética. Luego pasa Conte a analizar tres paradigmas que aparecen en las* Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts *de Theodor Geiger (regularidad deóntica versus regularidad adeóntica; norma versus enunciado deóntico; y enunciado deóntico proclamativo versus enunciado deóntico declarativo), así como la paradoja que dichos paradigmas parecen encerrar. Finalmente, el artículo presenta una reflexión sobre los enunciados deónticos, los enunciados adeónticos sobre la validez y la lógica deóntica.*

En Contradicciones normativas: Jaque a la concepción deductivista de los sistemas normativos, *Jorge L. Rodríguez se ocupa de la crítica a la concepción de los sistemas jurídicos como sistemas deductivos según la cual, dado que de un sistema deductivo inconsistente puede derivarse cualquier fórmula, de un sistema jurídico inconsistente podría derivarse cualquier norma, por lo que éste no podría cumplir su función de guía de la conducta. El artículo va encaminado a demostrar las dos siguientes tesis: (1) Si por «enunciados contradictorios» se entiende aquellos que establecen soluciones incompatibles en relación con ciertas circunstancias, entonces no es cierto que de los sistemas jurídicos con enunciados contradictorios sea derivable cualquier norma. (2) Si por «enunciados contradictorios» se entienden normas categóricas contradictorias, entonces puede resultar cierto que de un sistema jurídico contradictorio cabe derivar cualquier*

norma; pero falta por demostrar que existen esos sistemas jurídicos y, si efectivamente existen, que las restantes normas del sistema no pueden interpretarse como excepciones a las normas categóricas contradictorias en cuestión. En opinión del autor, esto último no parece conciliable ni con las intuiciones de los juristas ni con las de los teóricos del Derecho.

María Inés Pazos, en Contradicciones normativas y jerarquía de normas, *aborda el mismo problema, pero llega a conclusiones bastante distintas. En opinión de Pazos, sin una modificación de la lógica estándar, el problema jurídico de las contradicciones normativas no puede ni tan siquiera plantearse correctamente; para lograr esto último, habría que contar con una lógica que permitiera reconocer el problema en lugar de reemplazarlo por otro que no existe: el de que una contradicción normativa implica cualquier solución. Pazos critica la propuesta de solución dada por Carlos Alchourrón en términos de condicionales derrotables, ya que con ello se elimina el problema jurídico, en lugar de dar cuenta del mismo a fin de facilitar su tratamiento; e insiste en la importancia de distinguir los problemas lógicos de los sistemas jurídicos, que son los que realmente preocupan a los juristas, de los problemas de la lógica aplicable a los sistemas jurídicos.*

Finalmente, Juan Pablo Alonso, en Un caso difícil en el Código Civil español, *usa dos modelos teóricos para la resolución de un problema jurídico concreto: el del reintegro y las mejoras en la liquidación de situaciones posesorias (arts. 453 a 455 del Código Civil español). En particular, recurre al modelo de análisis lógico de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin para detectar una laguna normativa, y al de la argumentación jurídica de Neil MacCormick para completar el sistema. Entre las conclusiones teóricas a las que llega pueden destacarse estas dos. Una es que, a diferencia de lo que han opinado muchos autores, la lógica y la argumentación jurídica se complementan en la tarea de reformulación del sistema. Y otra, que la distinción entre la tarea de describir y la de reformular el sistema es fundamental, pero esto no siempre se tiene en cuenta; así en su opinión, las normas creadas en base a la argumentación jurídica no pertenecen al sistema, lo cual no parece haber sido advertido por muchos teóricos que sostienen que el Derecho positivo proporciona siempre, cuando menos, una respuesta correcta.*

La sección de Notas se abre con dos trabajos relativos al tratamiento jurídico de los crímenes cometidos por los representantes del poder estatal de la extinta República Democrática Alemana. Ulfrid Neumann (Positivismo, realismo jurídico y moralismo jurídico en el debate sobre «delincuencia estatal» en la anterior RDA) *se plantea el problema desde el punto de vista de la relevancia práctica que pueda tener la filosofía del Derecho. En los casos normales, los tribunales de la República Federal Alemana sólo podrían castigar (penalmente) comportamientos previstos como delitos por el Derecho de la antigua RDA; y la cuestión es si el contenido del ordenamiento jurídico de la RDA puede o no tener alguna significación práctica. En opinión de Neumann, la solución jurídica a aplicar al pasado de la RDA está condicionada por el criterio que se tenga con respecto a la validez del Derecho, esto es, según se trate de un criterio basado en los*

textos legales, en la praxis de los tribunales, o en la cualidad moral de las normas en cuestión. Por su parte, Günter Jakobs (Crímenes del Estado-ilegalidad en el Estado ¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana?) *se ocupa de los homicidios de ciudadanos que intentaban huir de la RDA, desde la perspectiva de los principios de punibilidad generalmente aceptados en el Derecho penal. La cuestión central es, pues, la de la obediencia debida: si están justificadas (o hasta qué punto lo están) las acciones de los funcionarios respaldadas por normas de una legislación nacional; Jakobs estudia el problema, sobre todo, considerando la contraposición existente entre la noción de soberanía de los sistemas jurídicos nacionales, y los principios de justicia inspirados en una concepción iusnaturalista del Derecho.*

En Derechos humanos, relativismo y protección jurídica de la moral en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, *José Luis Pérez Triviño examina los problemas que plantea, desde un punto de vista moral, la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la cláusula de «protección de la moral» que se contiene en el Convenio. El relativismo ético asumido por el Tribunal implica una concepción de la ética que el autor considera filosóficamente discutible y que lleva a consecuencias prácticas problemáticas: los límites a los derechos humanos son distintos según la nacionalidad del ciudadano; las autoridades nacionales tienen la última palabra sobre qué moral merece protección, etc.*

El trabajo de Enrique P. Haba que aparece a continuación (Sobre el Derecho como «técnica» o «tecnología») *contiene, por un lado, algunas observaciones complementarias al artículo que el autor había publicado en DOXA 14* (Kirchmann sabía menos... ¡Pero vio mejor!), *en el que defendía la tesis de que lo señalado por von Kirchmann no es en absoluto «impertinente» para la discusión sobre si el Derecho puede ser «técnica» o «tecnología»; y, por otro lado, algunas precisiones y críticas sobre la polémica sobre el mismo tema, entre Roberto Vernengo y Manuel Atienza, aparecida en el n.º 3 de DOXA. En opinión de Haba, y a pesar de ciertas diferencias en sus planteamientos, tanto en uno como en otro autor cabe detectar un afán cientificista que responde básicamente a «un* wishful thinking *suscitado por la función que en nuestras sociedades tiene la fe en la ciencia, como relevo o complemento de las cosmovisiones religiosas».*

También tiene un carácter eminentemente polémico la nota de Raquel Osborne De ciertas insuficiencias de un cierto liberalismo (segunda respuesta feminista a Jorge Malem), *dirigida, en último término, contra el de Jorge Malem* Pornografía y feminismo radical, *publicado en el n.º 12 de DOXA. En el n.º 13 habíamos publicado ya una primera crítica de Raquel Osborne* (Liberalismo y feminismo: ¿un dilema para las mujeres? Respuesta a Jorge Malem) *y una réplica de Jorge Malem* (Feminismo radical, pornografía y liberalismo. Respuesta a Raquel Osborne). *Lo que ahora sostiene Osborne es que Malem ignora la diversidad de planteamientos existentes dentro del feminismo y el hecho de que el feminismo radical (que acabó a mediados de los años setenta) ha dado diferentes productos, dentro de los cuales el feminismo «anticensura» (se está discutiendo a propósito de la pornografía) ha sido el más fiel al ideario de dicho feminismo radical.*

Finalmente, este número 17-18 de DOXA termina con el mismo autor con el que empieza: Bruce Ackerman. En la entrevista que le hace Carlos Rosenkrantz, el lector encontrará informaciones y observaciones que, sin duda contribuirán a entender mejor su artículo sobre los liberalismos políticos. Pero también opiniones que probablemente le han de sorprender -e interesar-, como cuando describe a los profesores europeos como gente que «no parece estar preparada para pensar por sí misma (...) Parecen más cómodos jugando el rol de comentadores, escondiendo sus propias ideas detrás de un gran nombre del pasado».

SOBRE EL COMUNITARISMO

LIBERALISMOS POLÍTICOS

Political Liberalism no es sólo el nombre de un libro de John Rawls[1]. Es una aproximación notable al problema del poder político. ¿Cuál es el mejor modo de definir y comprender estas aspiraciones características?

El libro de Rawls es un buen lugar para buscar respuestas; siempre que se reconozca que él está haciendo dos cosas al mismo tiempo. La primera es proponer un marco general para el liberalismo político. La segunda es asegurarnos que su nuevo marco es consistente con su vieja *Theory of Justice*[2].

Soy escéptico respecto de la segunda empresa, pero aplaudo la primera. Dado que el nuevo proyecto de Rawls expresa muchos de los objetivos de mi propio trabajo, la primera parte en este ensayo es una búsqueda de una base común; definir seis principios que elucidan el carácter distintivo del liberalismo político. El resto del ensayo trata de destacar estas aspiraciones mayores de los esfuerzos particulares de Rawls para llevarlos a cabo. En la segunda parte consideraré lo que ha sobrevivido de *A Theory of Justice* en su tránsito a *Political Liberalism,* comparando el contractualismo de *A Theory of Justice* con la perspectiva dialógica que desarrollé en *Social Justice in the Liberal State*[3]. Sostendré que ni los argumentos de Rawls en favor del velo de la ignorancia ni su compromiso con el principio de diferencia permanecen intactos. Por el contrario, los fuertes compromi-

---

[1] John Rawls, *Political Liberalism* (Nueva York: Columbia University Press, 1993. En lo que sigue citado como *PL.*

[2] Cambridge: Harvard University Press, 1971. Existe versión castellana, *Teoría de la Justicia.* Traducción: M.ª Dolores González. México: FCE, 1978.

[3] New Haven: Yale University Press, 1980. En lo que sigue citado como LS. Existe versión castellana, *La justicia social en el Estado liberal.* Traducción: Carlos Rosenkrantz. Madrid: C.E.C. 1993.

sos igualitarios de *The Liberal State* son absolutamente compatibles con las premisas de *Political Liberalism.*

La parte siguiente examina los muy modestos fundamentos que Rawls construye para su proyecto. Él se presenta a sí mismo como un peón filosófico, que sólo elabora principios ya implícitos en la práctica política occidental. Rechazo que el liberalismo político sea -o tenga que ser- parasitario de una práctica. No deberíamos permitimos estar encantados por la modesta autoretirada de Rawls. Oculta una alarmante tendencia a glorificar al Estado-nación. Comparado con otros nacionalismos conservadores, el de Rawls es un caso suave. Pero, en las actuales condiciones mundiales, ésta no es una enfermedad del espíritu que deba pasar desapercibida.

I. Una base común

> «[L]a diversidad de doctrinas religiosas, filosóficas y morales razonablemente globalizadoras encontradas en las sociedades democráticas modernas no es una mera condición histórica que pronto puede desaparecer; es una característica permanente de la cultura pública de la democracia»[4].

El problema que señala Rawls es característico de la filosofía política estadounidense. Por buenas razones: si Estados Unidos no se enfrenta con el problema del pluralismo, está acabado como una nación. Mientras se necesita algo más que una buena filosofía para el éxito, no se puede negar la importancia crucial de la pregunta de Rawls. ¿Cómo vamos a construir un sentido viable de comunidad política en medio de toda esta desconcertante y profunda diversidad?

Subrayo seis elementos en la respuesta liberal. El primero supone un rechazo de principio para empotrar los compromisos políticos en cualquier filosofía de la vida única y globalizadora. Siempre que hacemos esto, alejamos a otros miembros de la comunidad que han sostenido ideales de vida que se enfrentan a ella. En vez de mantener rehenes a principios políticos a cualquier ideal simple y determinado, el reto es diseñar una doctrina que, tanto como sea posible, «no dependa de la verdad de ningún mero sistema metafísico o epistemológico»[5].

Se sigue, segundo, que el liberalismo político adopta una estrategia de justificación propia. Trata de explicar a quienes sostienen

---

[4] *PL,* págs. 36.

[5] Para subrayar mi acuerdo con esta central aspiración ralwsiana, he recogido esta cita de mi propio trabajo; *LS,* pág. 361. *PL* elabora ideas similares en págs. 11-15; 29-35.

diferentes puntos de vista globalizadores por qué tiene sentido para cada uno de ellos adoptar principios liberales. Obviamente, las razones más apremiantes para un neo-kantiano serán diferentes de (y a veces inconsistentes con) aquellas que atraen a un católico liberal. Pero si el liberalismo político puede justificarse tanto desde perspectivas religiosas como seculares, si puede apelar tanto a un anti como a un neo-kantiano, ¿por qué alejar innecesariamente a potenciales seguidores?

Naturalmente, deberíamos trabajar duro y construir todos los puentes posibles con el Estado liberal. Mientras los distintos puentes pueden parecer muy diferentes entre sí, cada uno de ellos ofrece un grupo diferente de compañeros de viaje que tienen razones apremiantes para comprometerse en un proyecto común de cooperación política. Rawls resume esta estrategia distintiva al demandar la búsqueda de un «consenso superpuesto». Pero a decir verdad, no avanza esta expedición para construir un puente más allá de los análisis intentados previamente por Charles Larmore y por mí mismo[6].

Esto es muy malo, ya que sería un error tomar la aspiración «de superposición» de Rawls como si fuera un hecho consumado. Hay muchos caminos diferentes hacia el liberalismo político, pero hay muchos que lo alejan. Actualmente, no tenemos un sentido claro de las cuestiones conceptuales centrales respecto de las cuales convergen o divergen los diferentes caminos. Piénsese en el catolicismo romano. Hay católicos liberales como David Tracy y los hay antiliberales como Alasdair MacIntyre[7]. Ambos son escritores inteligentes y católicos serios; pero obviamente es más fácil construir puentes razonables con Tracy que con MacIntyre. ¿Qué hace *precisamente* que dicha tarea sea más fácil? Sólo respondiendo a esas preguntas podemos dibujar los límites conceptuales del «consenso superpuesto».

No obstante, la estrategia general de justificación es lo suficientemente clara como para generar un tercer principio básico. La doctrina liberal debería tratar de tener una «posición libre»; capaz de una declaración coherente que sea independiente de cualquier filosofía particular globalizadora. Aunque Rawls no deja esa relación completamente clara, este principio se sigue directamente de su estrategia de «superposición». Si la doctrina liberal no fuera una «posición libre», la única alternativa sería presentarla como una parte integran-

---

[6] Compara *PL,* págs. 145-146, con Charles Larmore, *Patterns of Moral Complexity* (Cambridge University Press, 1987), capítulo 3; y *LS,* sección 71.

[7] Compare Alasdair MacIntyre, *Whose Justice? Which Rationality?* (Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1988) con David Tracy, *The Analogical Imagination* (Nueva York: Crossroads, 1981), y *Dialogue with the Other* (Louvain: Peeters Press, 1990).

te de una filosofía particular globalizadora. Pero esto frustraría toda la cuestión de la «superposición»; dado que difícilmente se podría esperar que otros grupos acepten una doctrina presentada de una manera sectaria.

Encuentro el tratamiento de Rawls de un cuarto principio -la idea de una razón pública- aún más instructivo. En una de sus rupturas más importantes con trabajos anteriores, Rawls renuncia a su pretensión de que «la teoría de la justicia es una parte de la teoría de la decisión racional»[8]. Su nuevo objetivo es formular bases razonables para la cooperación entre partes que difieren, por ejemplo, sobre el significado de la vida buena. ¿Pero qué es lo que tiene que ser razonable cuando los ciudadanos difieren tanto?

La respuesta de Rawls ofrece uno de los puntos más importantes del libro. Los ciudadanos deben estar preparados «a explicarse mutuamente sus votos en términos de un equilibrio razonable de valores públicos»[9]. Deben exhibir «una disposición a oír a los otros y a la imparcialidad para decidir cuándo debería hacerse razonablemente la adaptación a sus puntos de vista»[10]. Este compromiso que se superpone a un diálogo político conduce a Rawls en una dirección que encuentra desagradable. Como he sugerido, Rawls se encuentra muy incómodo cuando se siente movido más allá de los principios ya reconocidos en la práctica política occidental. En la medida en que está en juego el diálogo público, sin embargo, se manifiesta cauteloso, y critica el modo como los estadounidenses entienden el proceso electoral.

Cuando la mayoría de las personas se dirigen a las mesas electorales creen que tienen el derecho a emitir su voto del modo que quieran: quizás voto por X porque es judío, porque me recuerda a mi padre o porque hizo un favor a mi hijo, ¡pero eso no incumbe a nadie más que a mí mismo! Rawls no está preparado para vivir con esta actitud altiva: «el ideal de la razón pública no sólo gobierna el discurso público de las elecciones..., sino también cómo los ciudadanos tienen que emitir su voto... De otra manera, el discurso público corre el riesgo de ser hipócrita: los ciudadanos hablan delante de algún otro de una manera y votan de otra»[11].

Mientras la opinión de Rawls puede parecer curiosamente una opinión a la antigua usanza, pienso que tiene razón al conminamos a repensar el acto de votar[12]. El gobierno legítimo no está basado en los

---

[8] *PL,* pág. 53, n.º 7.
[9] *PL,* pág. 243.
[10] *PL,* pág. 217.
[11] *PL*, pág. 215.
[12] Véase, Bruce Ackerman, *Whe the People* (Cambridge: Harvard University Press, 1991).

actos sin impedimentos de la voluntad personal, sino en el esfuerzo colectivo de cada uno de nosotros para justificar nuestro poder político a través del diálogo público. El voto secreto es valioso sólo porque nos protege de los intentos coercitivos de otros por imponemos su voluntad cuando han fracasado para convencemos a través de los argumentos. Pero esta valiosa protección no debería transformarse en una espada que permita a una mayoría de votantes imponer su voluntad sobre otros bajo formas que no están dispuestos a justificar en público.

El compromiso superpuesto del liberalismo político con el diálogo público asume una fuerza renovada cuando incorporamos un quinto elemento al marco básico. Le denomino el principio del *límite conversacional:* Antes de que un ciudadano liberal ofrezca una razón en un diálogo público, no es suficiente que la encuentre persuasiva. También debe convencerse que otros ciudadanos la encontrarán razonable a pesar del hecho de que mantendrán su desacuerdo sobre el significado último de la vida. De otra manera, debe aceptar la necesidad de un *límite conversacional* y negarse a imponer sus controvertidas nociones de razonabilidad a sus conciudadanos.

Una vez más, estoy totalmente dispuesto a firmar esta cláusula del nuevo contrato ralwsiano. Mi desacuerdo únicamente surge en el paso siguiente, donde procedemos a proponer límites particulares al diálogo continuo en el nombre del liberalismo político. Rawls continua creyendo que el velo de la ignorancia debería servir como un instrumento organizador para modelar el espectro admisible de las razones públicas. Yo no. Pero antes de volver a ésta y a otras diferencias, quiero delinear una zona final de convergencia.

El sexto punto no es un nuevo punto de partida para Rawls, y me influyó profundamente desde que oí sus conferencias como estudiante a principios de la década de 1960. Esto implica la importancia central de la estructura básica de la sociedad en la teoría de la justicia. Aquí es donde los liberales políticos difieren de los libertarios. Reconocemos, y ellos no, que el punto de partida de cada ciudadano en la vida es configurado de un modo omnipresente por la familia, el sistema educativo, la distribución de la riqueza, la institución de la propiedad privada y la organización del mercado. Los liberales se niegan a tratar estas instituciones básicas como si fueran producidas por una mano invisible que se tiende desde el estado de naturaleza. Insistimos en someterlas al control democrático. Antes de que estas estructuras fundamentales puedan ser consideradas legítimas, deben sobrevivir al riguroso *test* del diálogo público de ciudadanos libres e iguales que respetan el derecho de los demás a discrepar acerca del significado último de la vida[13].

---

[13] *PL,* capítulo 7.

II. ¿Es Rawls un rawlsiano?

Para resumir la promesa distintiva del liberalismo político, considérese su crítica a una de las grandes banalidades de nuestro tiempo. En incontables ocasiones he oído a personas inteligentes decirme que el «liberalismo» es compatible únicamente con una forma «instrumental» de la razón. Citando a Hobbes, a Hume o a algún otro Hombre Blanco Europeo Muerto, mi gentil crítico me dice que los liberales no pueden razonar acerca de los fines, sino sólo sobre los medios eficientes para alcanzarlos.

A lo que respondo: deje al muerto enterrar su muerte. El liberalismo político vivirá o morirá en un esfuerzo por construir una forma constitutiva de razón pública; una que permita que tipos muy diferentes de personas razonen juntos sobre las cuestiones fundamentales de la justicia social. Dado el escepticismo omnipresente del momento presente, este esfuerzo no generará mayores aplausos. Pero no llegaremos a ninguna parte si permitimos que el modernísimo escepticismo nos paralice. Debemos comenzar a razonar sobre la razón liberal.

Después de todo, es posible construir modelos muy diferentes de diálogo político que parecen ampliamente consistentes con las seis ideas delineadas en la sección precedente. ¿Qué está en juego al elaborar un modelo en lugar de otro?

Realmente no lo sé, y llevará mucha más discusión de muchas más personas antes de que podamos informarnos. Pero el diálogo debe comenzar en alguna parte, y por lo tanto propongo confrontar el modelo particular de Rawls de la razón pública con otro avanzado en mi libro sobre *The Liberal State.* Para no sorprender a nadie, concluiré que mi modelo es mejor. Si esto provoca el desacuerdo del lector y propone algo que le es propio, tanto mejor. El liberalismo político es más grande que nosotros dos, y su destino estará determinado por la amplitud y la profundidad del diálogo subsiguiente; entre los lectores de *DOXA;* y en una comunidad mayor.

1. ¿Velos de la ignorancia?

Supóngase, entonces, una sociedad de liberales políticos que deliberan sobre los principios que deberían organizar la estructura básica de sus instituciones. ¿Cómo deberíamos proceder con el diálogo público?

No situándose detrás de un «velo de la ignorancia». Es verdad, este experimento imaginario impide a las partes diseñar principios que les favorezcan o que favorezcan a sus teorías globalizadoras de

lo bueno. Dado, por hipótesis, que los ciudadanos son liberales políticos, encontrarán que esto es una característica deseable del procedimiento del velo.

Pero si éste es su único objetivo[14], hay más de una manera sencilla de alcanzarlo. Simplemente podrían adoptar un protocolo que les prohíba comprometerse en argumentos justificatorios que exijan a cualquier ciudadano afirmar que su concepción de lo bueno es superior a la de sus conciudadanos. Para poner la cuestión en términos rawlsianos, los ciudadanos pueden omitir el escenario de la posición originaria y proceder directamente a especificar los límites apropiados de su uso de la razón pública.

Este es precisamente el procedimiento propuesto en mi *Liberal State.* El último párrafo reafirma el principio de neutralidad que propuse como un límite fundamental al diálogo político. Al proceder adoptando la neutralidad como su primer movimiento en la política liberal, los ciudadanos evitan para siempre la necesidad de hablar de sí mismos como si fueran «seres sin ataduras», carentes de toda identidad social. La conversación política comienza con un espíritu muy diferente; con los participantes comprometiéndose *a construir una nueva dimensión para su identidad social.* Si no se hubieran comprometido en el diálogo liberal, su identidad tendría que ser conformada únicamente por otros compromisos sociales; con sus familias, trabajos, comunidades religiosas, y similares. Ahora, sin embargo, se están comprometiendo para agregar todavía otro papel a su identidad social; mutuamente se tratarán, en las ocasiones relevantes, como ciudadanos de un Estado liberal, interactuando a través de las formas especiales reguladas por su mutuo compromiso con la concepción liberal de la razón pública[15].

Mi crítica del velo rawlsiano es una reminiscencia de, aunque diferente a, la crítica de Sandel[16]. Sandel afirma que el velo de Rawls exige un compromiso metafísico con una concepción neo-kantiana del yo; en la cual la esencia de la personalidad se revela sólo cuando uno es despojado de todo compromiso particular. Rawls desvía esta objeción recordando que los liberales políticos no demandan a los ciudadanos que se comprometan con una teoría del yo profundamente controvertida. En su lugar, deberían considerar su decisión de poner el velo como si esto fuera similar a «representar un papel en

---

[14] Rawls no ofrece ninguna otra justificación para el velo. Véase *PL,* pág. 24.

[15] Para una discusión más amplia sobre este punto; véase Bruce Ackerman, «Why Dialogue?, *Journal of Philosophy,* LXXVI, 1 (enero, 1989); págs. 5-24; 19-21; y *LS,* sección 67.

[16] Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge: Cambridge University Pres, 1982).

una obra, Macbeth o Lady Macbeth por ejemplo». Esta decisión no les compromete más con una metafísica kantiana del «yo sin ataduras» de lo que interpretar a Macbeth «nos compromete a pensar que somos realmente un rey o una reina ocupados en una desesperada batalla por el poder político. Casi lo mismo vale para los papeles que generalmente se interpretan»[17].

Esta respuesta es satisfactoria en la medida que agregamos una cláusula importante. Mientras un actor no se compromete a ser realmente un rey, se compromete a interpretar el papel de un actor. Antes de hacerlo, debe persuadirse de que ésta es una actividad que merece su energía y compromiso. Al tomar esta decisión, además, una persona debería considerar la calidad de los papeles que puede esperar interpretar: puede comprometerse razonablemente con un teatro shakesperiano, aunque rechace razonablemente una lucrativa carrera en películas pornográficas y dedicar su vida, por ejemplo, al esquí acuático.

Del mismo modo, cuando se demanda a una persona que se ponga el velo, se compromete con el papel de un ciudadano liberal; y las líneas que tiene que decir en este papel tendrá algún peso en su respuesta a la última pregunta que tiene que hacer, ¿es el papel de un ciudadano liberal merecedor del esfuerzo que tiene que hacer?

Obviamente, hay mucho más para esta decisión que la calidad dramática del guión con el que un ciudadano político actuará en el escenario de la vida política. Como hemos visto, el ejercicio liberal en el consenso superpuesto tiene por objeto ofrecer a los supuestos ciudadanos razones muy fundamentales, enraizadas en opiniones morales globalizadoras diferentes, para comprometerse con la ciudadanía liberal. Por lo tanto, si la única manera plausible de comprometerse en este papel fuera poniéndose el velo, estaría más que dispuesto a interpretar el papel.

Pero otra cosa totalmente diferente es hacer esta demanda cuando hay otra especificación en el guión que evita la necesidad para ponerse el velo. Es a este respecto a la que se refiere mi crítica sandeliana. No he rechazado el velo porque piense que compromete a alguien con una teoría metafísica del yo. La rechazo en el nombre de un instrumento rival que sustituye la neutralidad por el velo. ¿Por qué debería obligarse a un ciudadano a interpretar el papel de un ser sin ataduras cuando el diálogo liberal puede proceder *exactamente igual* sin imponer esta demanda?

Si se está tenazmente persuadido de la analogía de Macbeth de Rawls, se podría estar tentado a responder en términos estéticos,

---

[17] *PL* pág. 27.

¿No es un juego hermoso el que se da cuando los ciudadanos están recorriendo el escenario cívico hablando sobre velos imaginarios? Pero estoy seguro de que Rawls no apoya los esfuerzos actuales en boga por introducir la estética en la moral política. En cambio, nos conminaría a consultar a nuestros compromisos comunes con el liberalismo político, y a considerar si estos principios podrían ser desplegado para inclinar la balanza en favor, o en contra, del uso continuado del velo como la guía de un experimento imaginario.

En mi opinión, estos principios se inclinan decisivamente contra el velo y en favor de la neutralidad (pero una vez más, entonces, estoy haciendo un sopesamiento). Mi argumento es simple: tal como yo lo veo (principio l), los liberales políticos se comprometen a diseñar una doctrina que haga tan pocas demandas como sean posibles a los compromisos morales globalizadores de sus diversos ciudadanos. Dado este objetivo superpuesto, el velo debería rechazarse porque impone demandas innecesarias. Por una parte, los partidarios de Sandel podrían razonablemente considerar la petición de jugar con los velos como algo simplemente gratuito dada la disponibilidad de un guión alternativo. A los partidarios de la neutralidad no se les exige interpretar el papel de un «yo sin ataduras», pero se les invita a enriquecer su proyecto de constitución social agregando otro papel a su repertorio.

Por otra parte, los partidarios de las concepciones kantianas del yo no pueden hacer críticas similares si el guión se organiza a través de líneas neutralistas. Los kantianos no niegan que el yo empírico está constituido en parte por sus papeles sociales; únicamente insisten en que este proceso de constitución social supone una deducción trascendental previa del yo. Parecería, entonces, que el neutralista no ofende ninguno de los compromisos globalizadores de los kantianos cuando proponen su concepción de una razón pública, mientras que el velo ralwsiano pone un obstáculo adicional en el camino de los supuestos ciudadanos comprometidos con la metafísica sandeliana. Algunos podrían considerar que esta carga es pequeña, más pequeña que la carga puesta sobre los supuestos actores que sopesan la posibilidad de interpretar un papel pornográfico en lugar de Macbeth. Otros pueden considerar esta carga muy pesada. Cualquiera sea su peso, nadie puede negar que los velos imponen una carga innecesaria, una que los liberales políticos serios no deberían poner en el camino de un Estado liberal.

Se sigue que Rawls debería abandonar el velo y modelar el uso de la razón pública en un Estado liberal imponiendo directamente límites fundamentales sobre el diálogo del tipo propuesto por el Principio de Neutralidad.

2. El Principio de Diferencia

Rawls debería ser particularmente cauto con el velo, dado que no consiguió en gran parte los resultados que esperaba en *A Theory of Justice.* En su anterior trabajo argumentaba que los contratantes bajo el velo serían racionalmente compelidos a aceptar una fuerte concepción igualitaria de la justicia, preocupados por maximizar la situación de la clase de los peor situados. Este argumento, sin embargo, no sobrevive en la transición a *Political Liberalism.*

Rawls no presta mucha atención al estatus del principio de diferencia en su nuevo libro. En una simple nota, subraya que «algunos han pensado que mi desarrollo de la idea de liberalismo político suponía abandonar la concepción igualitaria de la *Theory of Justice.* No estoy dispuesto a ninguna revisión que implique un tal cambio y pienso que esa suposición no tiene fundamento»[18].

Estoy en desacuerdo, por razones que exigen una breve revisión de las bases rawlsianas. Es bien conocido que el argumento en favor del principio de diferencia es extremadamente sensible al diseño del velo de la ignorancia[19]. La distinción crucial es entre un velo tenue y uno denso. Bajo un velo «tenue», los contratantes no conocen su posición de clase o sus ideales particulares. Pero conocen el porcentaje de la población que se encontrará en cada una de las clases sociales relevantes. Bajo un velo «denso», son privados de esta información.

Espesar el velo de la ignorancia es grave porque Rawls está claramente equivocado acerca del principio de diferencia cuando los contratantes se ubican detrás del velo tenue. Suponga, por ejemplo, que se les permite conocer que la clase superior contendrá el 90% de la población, y que sólo el 10% se encuentra en la clase más baja. En ausencia de información adicional, contratantes racionales asumirán que cada uno de ellos también tendrá el 90% de posibilidades de pertenecer a la clase superior después de que el velo se levante. Parecería, entonces, que serían muy tontos si insistieran en el principio de diferencia; que puede maximizar la probabilidad de un 10% al coste de reducciones muy grandes en las probabilidades con las que se enfrentarán la mayor parte del tiempo. Por supuesto, pueden tomar el riesgo inferior lo suficientemente en serio como para acercarse a su elección con muchísima aversión al riesgo. Pero el principio de diferencia les exige que lleven su aversión al riesgo a extre-

---

[18] *PL,* pág. 7, n. 6.

[19] Véase, John Harsany, «Can the Maximin Principle Serve as a Basis for Morality? A Critique of John Rawls' Theory», *American Political Science Review,* LXIX, 2 (junio, 1975), pág. 594-606.

mos ridículos. En suma, a menos de que Rawls nos persuada de poner un «velo denso», ha producido de hecho algunos nuevos y caprichosos argumentos en favor de la desigualdad.

Usted no pensará que la mera aceptación de un «velo denso» despejará un suave camino en favor del principio de diferencia. Al contrario, creo que actores racionales rechazarían la justicia rawlsiana aun cuando actúen bajo esta condición extrema de ignorancia. Pero al menos Rawls tiene algo más que decir en su favor una vez que nos persuada de que tenemos que espesar el velo tan drásticamente.

Rawls está bien dispuesto a ello, y ha trabajado en los últimos años para presentar un argumento persuasivo en favor de espesar el velo. Esto no se ha manifestado como una tarea fácil. Después de todo, nadie cree que la ignorancia sea verdaderamente una buena cosa, especialmente cuando nos imaginamos a nosotros mismos haciendo elecciones fundamentales en la vida. En el mejor de los casos, el velo es una herramienta analítica, que tamiza la información que conduce a actores racionales a predisponer sus decisiones de una manera tal que ofenden nuestro sentido de la justicia como equidad. Pero el velo «tenue» es lo suficientemente denso como para cumplir con este objetivo: los contratantes ya han sido privados del conocimiento de sus propios ideales y de su posición de clase y de ese modo no pueden situarse para favorecer sus intereses particulares. ¿Por qué, entonces, un sentido de la equidad nos obliga a espesar el velo aún más?

Pensé durante mucho tiempo que Rawls no tenía una respuesta plausible hasta que encontré mi copia de su *Dewey Lecture* de principios de la década de 1980 y descubrí una. Ésta era una época donde Rawls estaba en el punto culminante de su fase kantiana y fue esta inspiración la que le suministró el impulso de su defensa de un velo denso. El velo tenue era inadecuado, habíamos sostenido, porque dramatizaba de un modo insuficiente la dimensión neo-kantiana del experimento imaginario de Rawls. Despojando a los contratantes de toda información, la posición originaria les revelaba lo que realmente eran; seres kantianos constituidos por su sentido de la justicia y con el poder de dar significado a sus vidas. El velo tenue era inadecuado porque confundía la posición originaria con otra información y, por lo tanto, distraía nuestra atención de su prístina descripción neo-kantiana de la naturaleza humana[20].

Dejo a los neo-kantianos decidir si encuentran esto convincente. Sólo una cosa es clara: las justificaciones de este tipo no tienen lugar en el nuevo mundo del liberalismo político de Rawls. Toda la impor-

---

[20] John Rawls, «Kantian Constructivism in Moral Theory», *The Journal of Philosophy,* LXXVII, 9 (septiembre, 1980), págs. 515-72, 549-50.

tancia del proyecto es evitar hacer prisionero al liberalismo político de cualquier punto de vista metafísico particular. Para poner el problema de una forma dialógica: Rawls no puede responder a Michel Sandel diciendo que el liberalismo político no aprueba la concepción kantiana del yo, y luego volver atrás y decir que los contratantes emplean un velo «denso» porque expresa mejor la concepción del yo kantiana.

Y, sin embargo, siento informar que esto es precisamente lo que sucede en *Political Liberalism:*

> «Comenzando con un estado de no información, permitimos que sólo la información suficiente haga racional al acuerdo, aunque todavía convenientemente independiente de una casualidad histórica, natural y social. *Una información más amplia sería compatible con la imparcialidad pero un punto de vista kantiano busca más que eso»*[21].

Este comentario aparece en el libro al final de la Parte III, que sugiere una precaución general: la Parte III reproduce sin modificaciones los ensayos escritos en 1977 y 1981, cuando Rawls todavía no había formulado claramente su proyecto de liberalismo político. Es mejor leer el nuevo libro como si finalizara con la Parte II, tratando la Parte III como un apéndice sugerente, pero problemático.

Siguiendo con mi recomendación metodológica, otorgo prioridad a la única discusión que resta de la problemática del velo, aunque aparezca en una rápida nota del Capítulo Uno. Aquí Rawls reconoce el error de basarse en el kantismo para justificar el velo denso y pretende deducir la noción de «la cultura política pública de una sociedad democrática»[22].

Pero esta pretensión es manifiestamente falsa. No hay una sociedad democrática en el mundo que adopte la proposición general de que *las decisiones políticas fundamentales se toman mejor en la ignorancia, y que el más ignorante de quienes toman decisiones hace la mejor decisión.* Por el contrario, hay y debe haber un principio general en favor de un proceso informado de toma de decisiones. Este esfuerzo para salvar el velo denso a través de una apelación directa a «la cultura política pública» no es una salida.

Quizás podamos redimir al velo denso con un argumento más complicado. Éste no comienza con la perversa pretensión de que la ignorancia es una dicha en una democracia, sino que afirma que el valor de la imparcialidad juega un papel crucial en «la cultura políti-

---

[21] *PL,* pág. 273 (el subrayado es mío).
[22] *PL,* págs. 24-25, n.º 27.

ca pública». Esta afirmación tiene el halo de la verdad. Además, hemos visto que poner a los contratantes tras el velo es una técnica que puede ser usada para expresar la imparcialidad. El problema llega en el paso siguiente; cuando los rawlsianos tratan de explicar por qué el concepto de imparcialidad nos exige ubicar a los contratantes detrás de un velo denso, como opuesto a un velo tenue. Con todo, hemos visto ya que Rawls confiesa -no obstante en la Parte III- que este paso siguiente no puede ser dado con éxito. Hemos llegado, entonces, a un callejón sin salida: si Rawls debe renunciar al velo denso o debe hacerlo al liberalismo político.

Nos hemos movido más allá de la nota de Rawls en un esfuerzo por salvar el velo denso. Hasta que algún otro vaya también y llene este hueco abierto, los rawlsianos quedan bloqueados por el velo tenue si esperan jugar con las reglas del liberalismo político. En consecuencia, deben rechazar el principio de diferencia y defender una u otra forma de desigualdad en la distribución de los recursos básicos. El compromiso igualitario de *A Theory of Justice* no sobrevive al movimiento hacia *Political Liberalism.*

Por el contrario, el fuerte igualitarismo de *The Liberal State* no sufre ninguna turbación similar. No está en cuestión su modelo de razón pública que exige a los participantes ubicar sus identidades particulares detrás de algún velo, denso o tenue. Se les interroga para enriquecer, no para empobrecer, sus identidades sociales. Cuando interpretan su papel en el escenario cívico, los ciudadanos liberales pueden ser absolutamente conscientes de lo que son y tienen derecho a decirle a algún otro que sus identidades vitales y proyectos reales son buenos; incluso infinitamente buenos. Hablan por sí mismos, no en nombre de algunas criaturas desarraigadas.

Esto no significa, por supuesto, que puedan decir todo lo que quieran. Como cualquier otro papel social, la ciudadanía liberal impone límites severos a un comportamiento adecuado. Tal como los buenos trabajadores, vecinos o deportistas reconocen los límites de un comportamiento adecuado dentro de sus empresas colectivas, así también deben hacerlo los ciudadanos liberales. Mientras son libres para proclamar la calidad de su bien, la neutralidad les prohíbe afirmar que su bien es algo mejor que los sostenidos por sus conciudadanos. Éste es, por supuesto, un límite muy fuerte sobre la razón pública. Sin embargo, *The Liberal State* establece que los ciudadanos limitados por la neutralidad pueden aprobar principios fuertemente igualitarios para la distribución de los recursos básicos.

Sin duda, mis esfuerzos para elaborar estos diálogos neutrales sufren todo tipo de dificultades particulares. Pero en ningún punto sufren los problemas metodológicos que estamos discutiendo. En ningún punto los ciudadanos liberales son interrogados para que

supongan quienes podrían llegar a ser después de que levanten el velo. En ningún punto son interrogados para negociar la posibilidad de que serán ricos contra la posibilidad de que serán pobres. Y es la necesidad de hacer esta negociación la que conduce a los contratantes racionales de Rawls, que operan bajo un velo tenue, a elegir la desigualdad en el nombre de la justicia.

Rawls se equivoca, entonces, cuando supone que su nuevo compromiso con el liberalismo político es compatible con sus compromisos más antiguos con la posición original y la igualdad. Cuando se enfrenta con esta inconsistencia básica, ¿descartará el «velo de la ignorancia» que desarrolló décadas antes que reconociera las aspiraciones características del liberalismo político?

III. ¿Es conservador el liberalismo?

Analizaré a continuación los fundamentos del liberalismo político. Rawls describen esa doctrina como si fuera profundamente dependiente de una «cultura política pública de una sociedad democrática». Las fuentes de esta cultura son totalmente limitadas, «comprenden las instituciones políticas de un régimen constitucional y las tradiciones públicas de su interpretación (incluidas las del poder judicial), tanto como los textos históricos y los documentos que son de conocimiento público»[23]. Desde esta perspectiva, el liberalismo político es parasitario de la práctica liberal. Rawls parece poco dispuesto a presentar esta doctrina como un ideal que permanece libre; algo por lo que los liberales de todo el mundo no sólo deberían estar dispuestos a hablar, sino a luchar y a morir.

Reitera que las invocaciones a una «cultura política pública» deberían distinguirse de su apelación al «consenso superpuesto». Esta segunda noción está relacionada con ideas, no con prácticas. Afirma que la mejor manera de defender el liberalismo político es demostrando su apoyo racional en diversas doctrinas globalizadoras; que van desde el pensamiento neo-kantiano y del humanismo pragmático hasta el catolicismo liberal, y más allá. Apoyo el «consenso superpuesto». Por cierto, es este mismo apoyo el que me lleva a rechazar la invitación de Rawls a considerar el liberalismo político como un provincialismo angloamericano actualmente (¿temporalmente?) en ascenso en Europa y en otros lugares.

Mi argumento es sencillo: si, como insiste el «consenso superpuesto», hombres y mujeres de muy diferentes ideales morales y

[23] *PL,* pág. 14.

religiosos pueden alegar sus compromisos comunes con el liberalismo político, ¿por qué este compromiso de principio no debería trasladarse a casos en los cuales los liberales no tienen el control de la cultura política? Si el liberalismo político es lo suficientemente convincente como para motivar una batalla en su defensa en aquellos lugares donde tiene ascendiente, ¿por qué no está lo suficientemente convencido como para inspirar una batalla para crearlo?

La respuesta, si es que existe alguna, tiene que ser encontrada en la manera cómo Rawls usa la apelación a la «cultura política pública» en su argumento mayor. Con dos grandes excepciones que se señalarán más tarde, este concepto no cumple una función demasiado efectiva; en la medida que somos cuidadosos en distinguirlo del «consenso superpuesto». Naturalmente, si Rawls hubiera tomado en serio su apelación a una cultura política existente, habría escrito un libro muy diferente. La versión revisada de *Political Liberalism* habría comenzado con reflexiones sobre los grandes acontecimientos políticos que sirven de fundamento histórico de las políticas liberales modernas; desde la firma de la Carta Magna hasta la Reforma Protestante, la Revolución Inglesa, las revoluciones francesa y estadounidense, las grandes reformas liberales del siglo diecinueve en Inglaterra y de la Reconstrucción Estadounidense, el Estado de bienestar inglés y el *New Deal* estadounidense. En cada uno de estos puntos, Rawls tendría que haber considerado los grandes documentos que expresaron la «cultura pública» que desarrolló el liberalismo en Inglaterra, en Estados Unidos y en el Continente europeo. Después de desarrollar este trasfondo histórico, tendría que haberse trasladado hacia el último medio siglo triunfante, cuando el liberalismo salta más allá de sus países tradicionales. ¿En qué medida está dando este salto histórico mundial un nuevo significado a la «cultura política» moderna?

Sería el último en negar el valor de un esfuerzo de este tipo; ha provisto mi agenda principal en los últimos quince años[24]. Mientras Rawls tiene algunas cosas interesante que decir acerca de mi trabajo, un tal ejercicio historicista no le ofrece -y no debería- su principal inspiración. Naturalmente, está comprometido con las ideas de Locke y de Mill, de Kant y de Hegel. El poder de la obra de Rawls se debe por completo a su creativa reformulación de los argumentos filosóficos abstractos heredados de la tradición occidental. Dado este hecho, es importante señalar que ni Locke ni Kant, ni aun Mill escri-

[24] Véase, Bruce Ackerman, *We the People* (Cambridge: Harvard University Press, 1991); *The Future of Liberal Revolution* (New Haven: Yale University Press, 1992). Existe versión castellana, *El futuro de la revolución liberal.* Traducción: Jorge F. Malem Seña. Barcelona, Ariel, 1995.

bieron en una época donde el liberalismo estaba en ascenso en la «cultura política pública». Por cierto, escribían con la intención de *cambiar* sus culturas de un modo profundo.

Y así deberían actuar los liberales políticos de hoy en día. Ninguna nación sobre la tierra ha alcanzado el tipo de justicia social al cual aspira el liberalismo político. Como consecuencia, toda cultura política existente está envuelta con miles de documentos apologéticos porque no se puede hacer justicia. Este estado de cosas infeliz es completamente consistente con la construcción de un «consenso superpuesto» en cuestiones de valor político. Es extraordinariamente fácil que hombres y mujeres olviden sus principios políticos en sus ansias por usar el poder estatal para sus propios engrandecimientos; y luego escriben obras fantásticas proclamando su virtud pública. El liberalismo político se convertiría en una racionalización provinciana si se siguiera el consejo de Rawls. El hecho de que los textos sagrados de la «cultura política» estadounidense niegue a los ciudadanos su derecho fundamental a un ingreso mínimo decente es parte del problema, no la solución. De un modo similar, la reciente decisión de Alemania de limitar el derecho de asilo político representa una ruptura fundamental de los ideales liberales; sin importar cuán buenos resultan ser los alemanes para producir documentos que impulsan su «cultura política» en direcciones antiliberales.

La tarea es criticar la cultura política, no racionalizarla; cambiarla por la mejor y luchar contra la represión autoritaria. Si esto es verdad respecto de aquellas políticas moralmente ambiguas que transitan por las «democracias liberales», es más cierto aún en aquellas vastas áreas donde los principios liberales son tratados con desprecio. El liberalismo político es una doctrina revolucionaria, que se basa en una idea radical; que hombres y mujeres de diferentes creencias pueden establecer un sistema político justo que ofrezca a todos los participantes el igual derecho a vivir sus propias vidas según sus propios deseos. El último reto de la filosofía liberal es mostrar precisamente cuán radical es esta idea; imaginando mundos en los cuales los ciudadanos liberales tuvieran realmente éxito al hacer realidad esta promesa. Tales mundos imaginarios están, por supuesto, a años luz de las horribles realidades a las que nos enfrentamos. La distancia es tan grande que sería una locura usar las conclusiones de una teoría ideal como el fundamento inmediato para un programa de acción práctica.

Sin embargo, requerimos urgentemente una especulación utópica. Precisamente es demasiado fácil abandonar la esperanza y dejar por completo la política a los cínicos con hambre de poder. Dado el mundo tal como es, la promesa de la política liberal puede hacerse evidente sólo a través de actos de imaginación. La imagen luminosa

de ciudadanos liberales comprometiéndose exitosamente en el proyecto de una razón pública sirve como una crítica profunda a la cultura pública existente; subrayando áreas donde las políticas actuales fallan estrepitosamente, provocando a la parte más seria de nuestras almas para que considere si, pese a todas las dificultades, no podemos dar algunos pasos genuinos hacia la realización de la promesa de una libertad igual para todos.

Es especialmente importante revitalizar el lado especulativo del liberalismo actual, después de la larga y dura noche del siglo veinte. Durante las luchas contra el nazismo y contra el comunismo, fue bastante difícil para los liberales preservar el *statu quo* contra la embestida de la pretensión totalitaria. Comprensiblemente, este largo período de defensa condujo a muchas mentes soberbias a desacreditar la facilidad con la cual el pensamiento utópico puede ser pervertido en una apología en favor del asesinato masivo y de una conformidad aplastante[25]. Pero después de 1989, otro peligro llegará a ser cada vez más claro; privado de los retos morales de la guerra fría, el liberalismo del *statu quo* puede degenerar fácilmente en una persecución cínica del autointerés, produciendo una política que desacreditará por completo la promesa revolucionaria del liberalismo.

Por lo tanto, soy completamente impenitente respecto del tono enfáticamente utópico adoptado en *The Liberal State*. En incontables ocasiones, he sido preguntado -a menudo con una condescendencia pobremente disimulada- acerca de si tiene sentido realmente comenzar una filosofía política imaginando que usted y yo *estamos* en una nave espacial cuyo objetivo es la colonización de un nuevo mundo. Pero estamos en una nave espacial. Es el llamado planeta Tierra. Mientra este mundo esté cargado de antiguas injusticias, el compromiso liberal hacia la razón pública debería conducirnos a rechazar que lo Real es lo Racional. Realmente debemos someter la cultura política existente a una crítica dialógica globalizada, aunque especulativa. Ésta es la cuestión de mi utópico experimento imaginario.

Sus hallazgos se ponen de manifiesto al oponerse a la perspectiva de Rawls. No quiero exagerar. Aunque Rawls diga que únicamente está elaborando las premisas de las culturas políticas existentes, perro conservador que ladra no muerde. Sin embargo, hay momentos cruciales en los cuales su deferencia hacia la práctica existente compromete seriamente su visión. Y lo que es más notable, está la cues-

---

[25] Véase, por ejemplo, Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty* (Londres: Oxford University Press, 1969); Friedrich Hayeck, *The Road to Serfdom* (Chicago: University of Chicago Press, 1944); Michael Oakeshott, *On Human Conduct* (Oxford: Clarendon Press, 1975); Karl Popper, *The Open Society and its Enemies* (Princeton: Princeton University Press, 1950.

tión de los límites del Estado; nuestro malévolo hábito de trazar líneas imaginarias y excluir aquello que es lo suficientemente desafortunado como para ser indeseable. Esta técnica ofrece a los ricos un recurso inapreciable en su permanente batalla para racionalizar sus posesiones de desiguales recursos. Aun cuando reconozcan algún tipo de obligación redistributiva hacia los pobres dentro de su propio Estado, se niegan a reconocer una obligación comparable en cualquier otro lugar. La mayoría de los residentes blancos de Los Angeles, por ejemplo, reconocen un deber de ayudar a los negros pobres de Harlem, a tres mil millas de distancia y a quienes nunca han visto. Pero cuando se encuentran personalmente incluso a negros más pobres en sus vacaciones en Jamaica raramente piensa en ello. Y respecto de los inmigrantes mexicanos ilegales, ¡estos extranjeros deberían ser expulsados inmediatamente!

The Liberal State critica esta práctica política profundamente arraigada. Rechaza que los occidentales ricos puedan imponer vallas a sus problemas de justicia señalando simplemente que los extranjeros han nacido en «otro lugar»[26]. Esto no implica que los Estados liberales nunca puedan imponer vallas. Una afluencia súbita de millones de extranjeros puede destruir el arte de la propia política liberal, especialmente si estos extranjeros no están entrenados en las formas del diálogo liberal. Dentro del marco del liberalismo dialógico, ningún derecho individual es más precioso que el derecho de la comunidad liberal a mantener el proceso continuado de razón pública que sirve como la matriz constitutiva de todos los otros derechos. Se sigue que podría haber algunos fundamentos en favor de la restricción en los Estados del mundo real: demasiados inmigrantes inundando el país al unísono podrían socavar la fábrica del discurso liberal. Pero esta salida del cascarón debería ejercerse con gran cuidado, dado lo fácil de su abuso[27]. Si se acepta una limitación de la inmigración, debe estar acompañada de un incremento masivo de la ayuda exterior[28]. Solo de esta manera podemos dejar claro que, al limitar la inmigración, rechazamos la ridícula afirmación de que los Estados liberales pueden resolver el problema de la justicia social imponiendo vallas a las personas que hubieran nacido en «otro lugar».

---

[26] *LS,* págs. 89-95.

[27] Véase, *LS,* págs. 89-95. Dada la naturaleza de esta excepción, resulta particularmente difícil justificar la exclusión de los inmigrantes que lucharon en favor del liberalismo en sus países de origen y corren el riesgo de un castigo si son forzados a regresar a «casa». Dado sus sacrificios por los principios liberales, no hay razón para suponer que su admisión socavará la vitalidad del diálogo liberal del Estado que los admite.

[28] Véase *LS,* págs. 256-57.

Quizás esté equivocado a este respecto, pero al menos mi utópico experimento imaginario obliga a mis lectores a enfrentarse a esa cuestión. No así la versión de *Political Liberalism* de Rawls: «Asumo que la estructura básica es la de una sociedad cerrada: esto es, la consideramos como autocontenida y sin relaciones con otras sociedades. Sus miembros entran únicamente por nacimiento y la dejan sólo con la muerte». Rawls admite que este movimiento supone una «abstracción considerable», pero insiste que el pensamiento liberal debería comenzar con el caso de una sociedad completamente cerrada, totalmente aislada de otras sociedades[29].

No podría estar más en desacuerdo con tal afirmación. La movida de Rawls es profundamente hostil a las mayores aspiraciones del liberalismo político. Como hemos visto, este proyecto comienza con la idea de que el pluralismo «es una característica permanente de la cultura pública, y no una mera condición histórica que pasará pronto». Mientras que los individuos y los grupos extranjeros parezcan diferentes de nosotros, los liberales políticos rechazarán tratar la conmoción del desacuerdo aislando a su propio grupo de los extranjeros. Recorrer este camino extiende cada vez más la xenofobia y la represión violenta. El reto es reunir a los extranjeros en un proyecto común de cooperación política, basado en un reconocimiento mutuo del igual derecho a ser diferente de cada uno de los individuos. En vez de incluir a los inmigrantes en este proceso liberal de razón pública, las naciones occidentales tratan a los «extranjeros» arrojándolos más allá de sus fronteras. Es esta elección de la fuerza sobre la razón la que hace de las prácticas de inmigración actuales un escándalo del Occidente liberal. Al comenzar este experimento imaginario con la noción de una sociedad completamente cerrada, Rawls facilita que se ignore esta notoria injusticia.

El supuesto también es falso respecto de los hechos de la vida moderna. Leyendo la estipulación de Rawls de una sociedad cerrada repasé en la noche mis actos del día. Sin despertarme a pesar del sonido de mi reloj despertador hecho en Taiwan, me vestí apresuradamente con ropas manufacturadas en China, India, Italia e Inglaterra. Luego me senté para mi única acción totalmente estadounidense: el desayuno; en el *New York Times* leí transversalmente acerca de la tragedia en Bosnia y las amenazas de ataque nuclear de Corea del Norte. Luego me introduje en mi auto alemán, corrí apresuradamente por los barrios pobres de New Haven para pasar una mañana provechosa machacando mi ordenador japonés en mi oficina de Yale. Almorcé en un restaurante hindú con amigos que defendían las últimas ideas locas que llegaban desde París. Fui a clase a hablar

[29] *PL,* pág. 12.

sobre la justicia a un grupo grande de estudiantes multinacionales, luego me entrevisté separadamente con cuatro estudiantes graduados, dos estadounidenses, uno japonés y uno hindú. Luego, mi esposa y yo fuimos a cenar a un restaurante chino para oír a amigos describir su reciente viaje a Grecia. Estoy seguro de que la vida de Rawls no es tan diferente y que un día típico de un intelectual holandés o italiano es aún más cosmopolita. ¿Por qué, entonces, no deberíamos comenzar el análisis desde la posición ventajosa de una sociedad abierta en vez de la de una cerrada?

Pero, se puede objetar, sólo la decadente clase superior de los intelectuales vive como cosmopolitas desarraigados. La mayoría de los estadounidenses están mucho más aislados de los beneficios culturales y económicos del intercambio internacional. Esta retórica populista es falsa frente a los hechos. Mientras la clase superior consigue beneficios característicos del cosmopolitismo, también las personas comunes se aprovechan enormemente. Ésta es la lección de cincuenta años de exitosas políticas de libre comercio. Yendo más allá de la estrecha economía, la cultura de los estadounidenses comunes no es «hecho en los Estados Unidos». Incluso las religiones desarrolladas en el país, como la mormona o la ciencia cristiana, son impensables si no se las ubica en un contexto más cosmopolita. Si esto es verdad de los Estados Unidos, lo es aún más respecto de otras naciones.

¿Qué justifica, entonces, el postulado de clausura de Rawls que es culturalmente improbable y moralmente problemático? Rawls recoge esta pregunta en un ensayo reciente sobre el *«Law of Peoples»*[30]. Defiende su premisa sobre la base de que «los pueblos como cuerpos corporativos organizados por sus gobiernos existen actualmente bajo alguna forma alrededor del mundo. Históricamente hablando, todos los principios y estándares propuestos por el derecho internacional para ser factible deben mostrarse aceptables para la opinión pública reflexiva y meditada de los pueblos y de sus gobiernos»[31]. Las últimas tres palabras sugieren cuánto ha capitulado Rawls a la cultura política existente. Por supuesto, los funcionarios gubernamentales no aceptarán una crítica fundamental de los límites existentes; su poder político presupone su legitimidad. Otorgarles un veto sobre la pregunta de los límites es como dar al rico un veto sobre la distribución de la riqueza[32]. En vez de ser condescendientes

---

[30] John Rawls, «The Law of Peoples», en Stephen Shue y Susan Hurley, comps., *On Human Rights* (Nueva York: Basics Books, 1993),págs. 41-82. En lo que sigue, citado como *LP*.

[31] *LP,* pág. 50.

[32] Ofrecer un poder de veto a los funcionarios gubernamentales es especialmente sorprendente dado el reconocimiento de Rawls de que muchos límites son «arbitrarios... desde un punto de vista histórico». *LP,* págs. 56-57.

con los funcionarios gubernamentales, los liberales políticos deberían tratar de convencer a la «opinión pública reflexiva» en todas las naciones de la necesidad de domeñar al poder estatal a través de las demandas rigurosas de una razón pública.

En vez de completar esta empresa, Rawls propone un compromiso político desastroso con los regímenes autoritarios de todo el mundo. Según él, debemos distinguir entre las sociedades jerárquicas que son «bien ordenadas» y los sitios realmente malos. Las sociedades jerárquicas bien ordenadas pueden ser teocráticas en sus leyes, autoritarias en sus políticas y paternalista en su organización social. Sin embargo, los jefes de una jerarquía «bien ordenada» creen sinceramente que están sirviendo al bien común y que incluso están dispuestos a consultar con sus seguidores antes de usar la fuerza para ponerlos en vereda. Mejor aún, están dispuestos a dar a sus ciudadanos una porción [muy] pequeña de libertad antes de que estallen en actividades contestatarias[33]. Sobre todo, no nos agredirán si somos buenos chicos.

En la medida que los autoritarios satisfacen este mínimo muy mínimo, Rawls urge a los Estados liberales a alcanzar con ello un entendimiento de principios. El velo de la ignorancia ofrece los principales medios para definir los términos del nuevo orden mundial. Los representantes de los Estados «bien ordenados» deberían situarse detrás de un velo en el que no conocen si provienen de políticas liberal o jerárquica. No es nada sorprendente, el procedimiento de poner un velo genera un contrato social rawlsiano que consolida el derecho de los Estados autoritarios a oprimir a sus ciudadanos que disientan; esto es, en la medida que permanezcan «bien ordenados» y usen el «imperio de la ley» cuando metan en prisión a sus elementos perturbadores.

---

[33] La noción poco generosa de Rawls de derechos humanos es conducida por su inflexible insistencia de que las jerarquías «bien ordenadas» deben ofrecer «al menos ciertos derechos mínimos destinados a la subsistencia y a la seguridad (el derecho a la vida), a la libertad (la libertad de la esclavitud, de la servidumbre y del empleo forzoso) y a la propiedad (individual), tanto como a la igualdad formal tal como es expresada por las normas de la justicia natural (por ejemplo, que casos similares deben ser tratados de un modo similar)». *LP,* pág. 62.Otro pasaje señala que «los individuos no tienen el derecho a la libertad de expresión como en una sociedad liberal... [pero] tienen el derecho en algún momento del proceso de consulta a expresar el desacuerdo político». Id. también se les concede «cierto grado de libertad de consciencia y de libertad de pensamiento, aun cuando estas libertades no son iguales en general para todos los miembros de la sociedad». *LP,* pág. 63. Dado este panorama poco prometedor, resulta perfectamente comprensible que Rawls insista que si despotismo «bien ordenado» «deba tomar en consideración el derecho de emigración». Id. Desgraciadamente, no intenta una discusión prolongada sobre las obligaciones de los Estados liberales de admitir a éstos y a otros emigrantes.

Aun dentro de los limitados horizontes de 1994, Rawls es demasiado acomodaticio. La pequeña lista de derechos humanos enumerada por su «law of peoples» es desconcertantemente empobrecedora cuando se la compara con los pronunciamientos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[34]. Después de 1989, se puede y se debe insistir en tomar la Declaración en serio en el derecho internacional emergente.

Pero Rawls no está jugando a ser un analista entrometido vigorosamente en política internacional. Está diciendo que en principio es correcto que los Estados liberales hagan un contrato con los autoritarismos «bien ordenados». Para apoyar esta afirmación, ocasionalmente se permite la denigración relativista de principios liberales[35]. Pero no veo por qué el relativismo debería tener esta disposición aun cuando estuviera convencido de que esto era verdad[36]. El hecho es que ninguna de las jerarquías «bien ordenadas» de Rawls estará libre de sus nacionales que se inspiran en las ideas liberales de libertad e igualdad. No hay ninguna nación islámica sin una mujer que insista en iguales derechos; ninguna sociedad confuziana sin un hombre que rechace la necesidad del respeto. A veces, estos liberales serán una minoría en sus países de origen, pero es incluso posible que sean una mayoría. Dado estos hechos, occidente debe elegir, ¿y por que deberíamos elegir traicionar nuestros propios principios y tomar partido por los opresores en vez de por los oprimidos?

Y en este sentido, por favor no invoque el pretendido derecho de las naciones a oponerse a las interferencias del exterior. El nacionalismo no es menos un concepto occidental de lo que lo es el ideal liberal de razón pública[37]. Y es bastante menos fundamental. Si los

---

[34] La Declaración Universal comienza con la vibrante afirmación de que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos» (art. 1), procede a prohibir la «discriminación de cualquier tipo, tales como las de raza, color, sexo, lengua, religión, opiniones políticas o de otro tipo, origen nacional o social, propiedad, nacimiento u otro estatus» (art. 2), insiste que «todos tienen el derecho a tomar parte en el gobierno de su país, directamente o a través de representantes libremente elegidos (art. 21), y define muchos otros derechos que van más allá de la noción de Rawls de una jerarquía «bien ordenada». La Convención Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales -que entró en vigor en 1976 con el asentimiento de las principales naciones de todas las áreas del mundo- garantiza derechos económicos que también van más allá de los comentarios muy cautelosos de Rawls sobre estos aspectos. Véase nota 42. Los documentos relevantes son compilados por Louis Henkin; *Basic Documents Supplement to International Law,* 2.ª edición (St. Paul: West Publishing, 1987), capítulo 12.

[35] Véase, e.g. *LP,* págs. 65, 66, 69, 70.

[36] Dejo una discusión sobre esta cuestión para otra oportunidad.

[37] Para una descripción brillante de la génesis del nacionalismo moderno, véase Benedict Anderson, *Imagined communities* (Londres: Verso, edición revisada 1991).

occidentales insisten en usar la razón pública para poner a prueba las pretensiones de sus propios Estados-naciones, ¿por qué deberían cerrar sus ojos cuando los liberales hacen la misma demanda en otros países?

Rawls está en lo cierto al sugerir que los Estados liberales occidentales no serán siempre capaces de ir más allá de la condena moralizante para una acción efectiva en nombre de los derechos humanos. Pero una cosa es que los Estados liberales confiesen una falta de poder; y otra muy distinta entrar en el pacto rawlsiano con dictaduras «bien ordenadas» que les dota de autoridad legítima.

Rawls invoca a Kant, además de al modernísimo relativismo, para apoyar esta sorprendente conclusión: «un gobierno mundial -por el cual entiendo un régimen político unificado con los poderes jurídicos que usualmente ejercen los gobiernos centrales- sería un despotismo global o un frágil imperio desgarrado por tantas frecuentes contiendas civiles como diversas regiones y pueblos traten de ganar autonomía política»[38] Aun si esto fuera verdad, no alcanzo a ver porqué justifica algo que no sea un *modus vivendi* con los Estados opresores.

Tampoco estoy impresionado con las credenciales de Kant como lo está el principal científico político del siglo veintiuno. Es verdad, por supuesto, que estamos muy lejos del federalismo mundial. En la próxima generación, el acercamiento hacia este objetivo distante llegará, si llega, a nivel de una federación regional. La batalla más importante será en la Unión Europa. Si los europeos dominan la locura nacionalista del siglo veinte y crean una unión federal, incluso una Federación más amplia puede no parecer tan loca a la siguiente generación. Si los europeos fracasan, el liberalismo político entrará en otra época de ansiedad.

Esto es, si se prefiere, un diagnóstico eurocéntrico pasado de moda. Pero los estadounidenses también tienen un papel importante para jugar. También hemos comenzado un proyecto regional redefiniendo los límites de nuestra área de libre comercio que incluye Canadá y México. Si esta iniciativa tiene éxito, los norteamericanos podemos hallar una voluntad política para usarla como la base de una Unión más perfecta; en la que el libre movimiento de bienes es seguido por el libre movimiento de personas y luego por la construcción de una federación política. Este proyecto puede tomar más tiempo que el experimento europeo de federación. Pero debemos aprender a hacer proyectos de gran envergadura.

El proyecto de Rawls es insignificante incluso dentro de los límites de los Estados existentes. Nos dice que una Constitución adecua-

---

[38] *LP,* págs. 54-55.

da no necesita comprometer la forma de gobierno para la persecución de la justicia social y económica. Es suficiente garantizar las libertades liberales clásicas, «tales como el derecho a votar y a participar en política, libertad de consciencia, libertad de pensamiento y de asociación, así como la protección del Estado de derecho», junto a «un mínimo social que provea a las necesidades básicas de todos los ciudadanos». Niega, sin embargo, que ese tipo más fuerte de igualdad garantizado por el «principio de diferencia» deba ser guardado como un primer principio constitucional[39].

¿La razón? «Esta[s] cuestiones están casi siempre abiertas a amplias diferencias de opiniones razonables»[40], y de ese modo la aplicación del principio de diferencia rawlsiano no generará el mismo grado de «acuerdo». Es bastante cierto, pero Rawls fracasa al señalar el peligro opuesto: sin un compromiso constitucional y uno institucional mantenido hasta el final, el proceso político no puede tomar la norma de la justicia económica en serio.

Este es un riesgo especialmente peligroso, dado el tipo especial de igualdad económica que Rawls y yo favorecemos. Mientras ambos insistimos que las personas tienen derecho a un punto de partida igualitario en la vida, también pensamos que deberían ser libres para comprometerse en transacciones en el mercado que predeciblemente generarán un amplio grado de desigualdad intrageneracional. Esto conduce al peligro claro e inminente de que cada una de las generaciones de los ganadores en el mercado usarán su poder económico para inclinar el proceso político en favor de sus propios hijos por encima de los niños que fueron lo bastante desafortunados de nacer de padres pobres.

Puede ser ingenuo suponer que cualquier conjunto de estructuras constitucionales podría controlar efectivamente esta tendencia inducida por el mercado que socava el compromiso del Estado liberal con la igualdad del punto de partida. Pero sin atrincherar un esfuerzo de este tipo en la Constitución, es probable que la persecución de la justicia social se tome un fraude piadoso; como hemos visto en el caso de los Estados Unidos. Es esencial, entonces, que una Constitución haga un esfuerzo enérgico para contrapesar la predecible erosión del mercado sobre el compromiso público con la justicia social. Los liberales políticos, por supuesto, disentirán razonable-

---

[39] Rawls agrega más tarde «la libertad de movimiento y la libre elección de trabajo» a esta lista de libertades esenciales, pero las distingue de la versión más detallada de «la igualdad de oportunidades» desarrollada en su *Theory of Justice.* Como el principio de diferencia, una concepción amplia de la «igualdad de oportunidades» no necesita estar garantizada constitucionalmente. Véase *PL,* págs. 228-229.

[40] *PL,* pág. 229.

mente sobre la mejor manera práctica de implementar los principios igualitarios en cada generación. Pero esto no debería servir como una razón que evite un compromiso constitucional solemne en primer lugar. Mientras que el esfuerzo permanente para perseguir la justicia social generará muchas controversias, la tranquilidad política no debería ser perseguida a expensas de las clases peor situadas.

Este rechazo de la igualdad también fue la consecuencia del «law of peoples» de Rawls, su primer gran compromiso con la «cultura política» existente. Enviando a la mayoría de los pueblos pobres del mundo a las manos piadosas de autoritarismos «bien ordenados»[41], degradando la persecución de la igualdad en el ámbito constitucional en Occidente, *Political Liberalism* consume gran parte de la fuerza práctica de *A Theory of Justice.* Incluso a los ojos rawlsianos, la Constitución estadounidense no es perfecta. A diferencia de los documentos europeos modernos[42], no garantiza el «mínimo social» que Rawls especifica como un «elemento constitucional esencial». Ni este desgraciado estado de cosas muestra algún signo de cambiar pronto. Sin embargo, la brecha entre lo ideal y la realidad no es tan grande, ¿no es así?

Esto no es filosofía, es apología.

IV. El fundamento comunitarista de los derechos liberales

Usted ha sido testigo de una disputa dentro de una familia. Es mejor concluir volviendo a los primeros principios y exponer por qué Rawls tiene razón en adelantar que el liberalismo político (despojado de sus brillos conservadores y estatistas) es una opción filosófica genuinamente importante.

Considere la batalla actual entre los comunitaristas y los liberales por la influencia intelectual. Este debate se ha reducido ahora a una banalidad estilizada: «Los liberales» -estamos escuchando- son los

---

[41] En cierto punto, Rawls sugiere que su«law of peoples» impone un deber a los Estados ricos de ayudar al pobre más allá de sus fronteras. Este deber no se basa en algún principio liberal de justicia distributiva, sino en la afirmación de Rawls de que los Estados autoritarios deben satisfacer las «necesidades humanas básicas». *LP,* pág. 76. Desgraciadamente, la derivación de esta obligación no es transparente, ni lo es el método por el cual las «necesidades básicas» tienen que ser identificadas. Pero los rigores de la doctrina de Rawls podrían ser aminorados por el desarrollo decidido de estas sugerencias. Seguramente, el marco rawlsiano es capaz de un desarrollo más internacionalista, véase Thomas Pogge, *Realizing Rawls*. Ithaca: Cornell University Press, 1989, parte 3.

[42] Véase, por ejemplo, Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, artículo 20. Theodor Maunz y Guenter Duerig, vol. 2, *Grundgesetz: Kommentar*. Munich: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991), artículo 20, VIII.

campeones de abstractos derechos de individuos aislados; «los comunitaristas» nos conminan a descubrir nuestras identidades concretas como miembros comprometidos de comunidades duraderas; etcétera.

Para los liberales políticos, este debate se basa en una falsa dicotomía. Los liberales políticos *no buscan* fundar los derechos directamente sobre alguna noción de individualismo abstracto, sea kantiano o de otro tipo. Su apelación fundamental es a la comunidad, aunque a una comunidad de un tipo especial: una en la que sus miembros respetan los profundos desacuerdos de cada uno con los otros, pero en la que sin embargo están dispuestos a trabajar con ellos para construir una forma de razón pública que les unirá en un diálogo común que todos puedan compartir, a pesar de sus otras diferencias.

El objetivo de la superposición no significa glorificar al individuo sin ataduras, sino construir una forma concreta de identidad a la que todos los miembros de la comunidad puedan sostener en buena consciencia. Para hacer esto, debemos diseñar el papel de la ciudadanía liberal con gran cuidado, construyéndole un vestido convenientemente suelto que muchos puedan ponerse sin grave disconformidad cuando entran al foro público.

Esta es la razón por la cual los debates acerca de la estructura de la razón pública juegan un papel central en la permanente empresa filosófica. Sólo cuando los ciudadanos llegan a un acuerdo acerca de los modelos apropiados de un argumento público -usando el velo de la ignorancia, el límite de la neutralidad u otras construcciones por inventar- pueden proceder a las cuestiones de justicia social. Una vez diseñado un discurso cívico de razón pública, pueden usarlo en un esfuerzo común para controlar las estructuras básicas de la sociedad que de otra manera se desarrollaría por la mera fuerza y el accidente.

Sólo a este nivel el liberal habla de que los derechos ganan centralidad. Un ciudadano tiene un derecho fundamental a un recurso cuando la balanza de la razón pública favorece decisivamente sus intereses sobre los de los demás. No existe una cosa tal como los derechos naturales, sólo aquellos pueden ser redimidos a través de la conversación comprometida de ciudadanos liberales, que operen bajo un nivel de razón pública que reconozca que una diversidad de ideales morales y religiosos «no es una mera condición histórica que pronto puede pasar».

Tanto Rawls como yo pensamos que si razonamos juntos sobre esta base, nuestra conversación pública será más provechosa de lo que muchos suponen. En vez de enfrentar rápidamente la ruptura de la cultura liberal, iremos hacia una comprensión profunda de los requerimientos de la justicia liberal. Estos requerimientos son muy

onerosos. Requerirán siglos de trabajo cívico alrededor del mundo; y al final, permanecerán insatisfechos.

Y con todo, el liberalismo político seguirá siendo la mejor esperanza de la humanidad en un mundo donde la diversidad cultural no es sólo un hecho de la vida, sino una alegría del vivir.

(Traducción de Jorge F. Malem Seña)

DOXA 17-18 (1995)

COMUNITARISMO Y NACIONALISMO

Si partimos de la idea común de que una filosofía política es esencialmente un conjunto de argumentos morales sobre la justificación tanto de las instituciones como de la acción política podemos acotar inicialmente el tema así: ¿Tiene el *nacionalismo* un mejor punto de apoyo en los argumentos morales del *comunitarismo* que en los de la filosofía moral liberal? Es decir: ¿Es el *comunitarismo* un conjunto de argumentos morales particularmente idóneo para justificar ese conjunto de convicciones, actitudes e ideas políticas que llamamos *nacionalismo?* ¿Hay una buena sinfonía de base entre el nacionalismo como proyecto político y el comunitarismo como teoría moral? Si tuviéramos que dar una respuesta afirmativa a estos interrogantes tendríamos que concluir también que el nacionalismo tiene una dificultad considerable para configurarse como una actitud política que diera satisfacción a las exigencias morales del liberalismo, o, para formularlo en la otra dirección, que la filosofía moral liberal no suministra puntos de apoyo idóneos para justificar el nacionalismo. Las reflexiones que siguen tratan de suministrar algunos datos para orientarse en estas cuestiones. En cierto sentido puede muy bien decirse que se inspiran en puntos de partida que pueden llamarse, en la acepción precisa que tiene hoy esta palabra en la filosofía moral, «liberales» y que personifican de una manera especialmente luminosa trayectorias vitales e intelectuales como la de Ernesto Garzón Valdés, alguien que no acepta los argumentos del comunitarismo y que, desde luego no es nada nacionalista, lo cual no le impide, por cierto, sentir un genuino dolor por los problemas de su vieja y lejana patria.

I

La dicotomía entre comunitarios y liberales, o entre comunitaristas e individualistas, que hoy nos ocupa tanto en la teoría moral,

puede que no sea sino un nuevo reflujo de contraposiciones muy hondas que parecen convivir en la historia del pensamiento y de la cultura y hacen su aparición periódicamente en los distintos ámbitos de la reflexión social, política y científica. Creo que será útil recordar algunas de esas dicotomías y tratar de situar nuestro tema en su marco para ir, poco a poco, definiendo las coordenadas en que se inscriben los distintos rasgos del comunitarismo. Quizás así podríamos también intentar una presentación general de la naturaleza de esta «nueva» teoría moral. La primera de esas grandes dicotomías podría ser la dicotomía entre *naturaleza y cultura.* Dentro de ella me parece que el comunitarismo se dejaría situar predominantemente en el ámbito de la *naturaleza* más que en el de la *cultura,* puesto que, al menos en sus versiones más rotundas pretende hablarnos de realidades que tienden a estar más allá de la inevitable artificiosidad de la cultura, es decir de realidades humanas naturales o muy parecidas a las naturales, en el sentido de que son imposibles de «construir» deliberadamente. Paradójicamente otra de las grandes dicotomías del pensamiento, la dicotomía entre *razón* e *historia* vería cómo el comunitarismo tendería a situarse más bien del lado de la historia que del lado de la razón. No es una simple construcción o reconstrucción racional lo que permite dar cuenta de las realidades de que habla el comunitarismo, sino una reconstrucción histórica: sin historia no puede darse la «comunidad» de los comunitaristas. La paradoja de que en la primera dicotomía se sitúe en el ámbito de lo natural y en la segunda dicotomía en el ámbito de lo histórico se produce porque en el primer caso trata de eludir la inevitable componente de «artificio» que tiene toda cultura frente a la naturaleza, mientras que en el segundo caso lo que trata de evitar es lo que tiene de «constructo» lógico, deliberado, aquello que se presenta como *racional,* frente a lo que tiene de «cronológico», heredado, tradicional lo *histórico.* La paradoja, a mi juicio, sólo es aparente, puesto que ambas opciones se sustentan en criterios cuyo paralelismo pudiera enunciarse así: postergar todo lo que de artificial tiene lo construido racionalmente en favor de lo que tiene de natural aquello que ha surgido anónimamente en la historia. La tercera gran dicotomía cultural, consabido eje de coordenadas de la teoría social y política, es la dicotomía entre *individuo* y *sociedad.* No es necesario decir que en esta dicotomía parece evidente que el comunitarismo se ubica claramente, aunque con diferentes grados de intensidad según las propuestas, del lado de la sociedad. Para el comunitarismo la realidad humana primaria y original es la sociedad y no el individuo.

Todas estas dicotomías, y algunas más, tienen también su correlato en la teoría política. Es relativamente sencillo presentar, por ejemplo de la mano de Bobbio (Bobbio, 1985, págs. 92 y ss.), un par

opuesto de modelos teóricos con los que la filosofía política ha tratado de dar cuenta de su objeto de estudio. De acuerdo con el primer modelo, llamado por Bobbio «modelo hobbesiano», el espacio político, es decir, la *politeia,* la *respublica,* la sociedad política o el estado, como se prefiera, es un producto cultural, una construcción artificial de la razón, lógica y deliberada, llevada a cabo por *individuos* preexistentes, libres e iguales por naturaleza, mediante un consentimiento que *crea* o *constituye* esa realidad nueva llamada sociedad política o estado. De acuerdo con el segundo modelo, llamado por Bobbio «modelo aristotélico», la comunidad política es una *herencia,* producto de un desarrollo histórico y cronológico desde formas naturales de sociabilidad (por ejemplo, la familia) hacia formas más complejas, pero nunca deliberadamente creadas por el consentimiento o la razón, sino forjadas en la tradición y la historia, y dentro de las cuales y de conformidad con roles y dependencias preestablecidas, «habitan», por así decirlo, los individuos.

En realidad, la ontología social que se transparente en uno y otro modelo vuelve a repetirse, como un reflejo más, a lo largo de la teorización sociológica de fin de siglo pasado. Me refiero a esa distinción entre «comunidad» y «asociación» que formula Tönnies, a la paralela distinción entre solidaridad «mecánica» y «orgánica» de Durkheim, o a la teoría de los grupos «primarios» y «secundarios» de Cooley. Como se sabe, para Tönnies, la *comunidad* es un organismo vivo, con vida orgánica y real, basado en la convivencia íntima, privada, excluyente, con vínculos de sentimiento y relaciones muy inmediatas, que expresa unidad y reciprocidad, se sustenta en fines y objetivos compartidos y tiene una gran fuerza como criterio de identificación colectiva. Su germen, una vez más, es la familia, y dentro de ella la relación materno-filial. Tönnies subraya que es algo que tiene valor en sí mismo, hasta el punto de que hablar de una *Gemeinschaft* «mala» resulta ser una contradicción en los términos. Por su parte, la *sociedad o asociación* se constituye mediante estructuras imaginarias y mecánicas, urdidas, construidas, diseñadas artificialmente, no vitalmente, producto de la voluntad, de la razón, del contrato que establece normas externas que se programan para constituir el grupo. No tiene ningún poder identificatorio ni valor alguno en sí y como tal. Es, simplemente, una realidad creada a partir de normas, como una escritura notarial crea una sociedad mercantil, establece las condiciones para ser socio, los órganos de gobierno de la sociedad y los derechos y deberes de cada uno (cfr. Tönnies, 1979).

Naturalmente el comunitarismo se ubica como es lógico mucho más cerca del «modelo aristotélico» y, por supuesto, de la teoría sociológica de la «comunidad», que del «modelo hobbesiano» y de la teoría sociológica de la asociación con vínculos de solidaridad

meramente mecánicos. El éxito de la filosofía moral comunitaria en este fin de siglo no sería así, sino un reflujo más de uno de los términos de esa antigua dicotomía, Incluso cabría hacer una especie de conjetura histórico-sociológica: Igual que, como se ha dicho, la oleada industrializadora generó la añoranza por la idea de comunidad agraria a finales del siglo XIX, la gran oleada tecnológica actual, la universalización de los procesos económicos, y la ajeneidad y atomización del ser humano en sociedades ultradesarrolladas, producen también hoy la vuelta hacia comunidades intensas y cercanas que sustenten la posibilidad de relaciones vitales inmediatas para los seres humanos.

II

Vamos a considerar ahora algunos aspectos generales del comunitarismo y, en particular, algunas dimensiones o implicaciones políticas del mismo. Para empezar parece cuestión pacífica entre los glosadores del comunitarismo que el enfoque que éste usa para justificar los valores morales es un tipo de enfoque que Walzer ha denominado «justificación local», y que «asume que en el fondo la gente comparte una vida común», y que «podemos llegar a acuerdos sobre lo bueno a través de una mejor interpretación de nuestros compromisos» (Thigpen and Downing, 1989, pág. 536). Los liberales, por el contrario, apelan a la llamada «justificación cosmopolita» que necesita puntos de partida que superen los límites contextuales en que se desarrolla el debate moral y la socialización empírica de los agentes. Como ha visto bien Carlos Thiebaut (Thiebaut, 1992) esta tensión entre términos teóricos como universalidad y particularidad desborda su carácter puramente epistémico para manifestarse como tensión política en la configuración de las sociedades occidentales. De nuevo una gran dicotomía, o quizás simplemente otra versión de una de las grandes dicotomías que antes veíamos, y que ahora aparece con una dimensión claramente política: en este caso entre el particularismo político y el cosmopolitismo de una política universalista. La teoría comunitarista, pues, se inclina por una metodología que lleva implícita la idea de que la moralidad -y por tanto también la moralidad que ha de subyacer a las instituciones políticas- no puede ser concebida en términos universales, sino sólo en términos de ámbitos vivenciales concretos. Incidentalmente recordaré tan solo lo que esto supone en términos de rechazo de pautas y criterios morales que, como los derechos humanos, muestran una clara vocación universalista (Sobre ello, cfr. Ruiz Miguel, 1992).

En segundo lugar, y conectado con lo anterior, está, naturalmente, el fundamental compromiso ontológico que supone la noción fuerte

de «comunidad». Salir con bien de la tarea de ofrecer un concepto de «comunidad» no es nada fácil. Cualquier diccionario de Sociología, Política o Filosofía que utilicen nos advierte de esto. Por ejemplo: «El término "comunidad" es uno de los más vagos y escurridizos de la sociología, y de momento carece, en gran medida, de sentido específico» (Abercrombie y otros, 1994). Tan es así que ya ha sido incluido en la nómina de los llamados *conceptos esencialmente contestados,* es decir, aquellos conceptos cuyos criterios de uso son insaciables y permanentemente debatidos (Plant, R. 1978). No es fácil, por ello, encontrar entre los comunitaristas definiciones muy explícitas. En el «Glosario de algunos conceptos clave» del conocido libro de Robert N. Bellah (Bellah y otros, 1989) encontramos una tan arbitraria como otra cualquiera, pero ilustrativa de algunos puntos: «un grupo de personas que dependen socialmente una de otras, que participan juntas en los debates y en la toma de decisiones y que comparten ciertas *prácticas* que a la vez definen la comunidad y son alimentadas por ella». En cuanto al concepto de *práctica* los autores en cuestión, tras las huellas de MacIntyre, afirman que no son actividades puramente instrumentales y que no se caracterizan simplemente por su aspecto repetitivo, sino que «son éticamente buenas de por sí». No necesito recordarles a este respecto el concepto de *práctica* del propio MacIntyre: «...cualquier forma coherente y compleja de actividad humana cooperativa establecida socialmente, y a través de la cual los bienes internos a esa forma de actividad son realizados en el curso de los intentos para alcanzar aquellos standards de excelencia que son apropiados a, y parcialmente definitorios de, esa forma de actividad, con el resultado de que los poderes humanos para lograr la excelencia y las concepciones humanas de los fines y bienes implicados, son sistemáticamente extendidas» (MacIntyre, A. 1982, pág. 187). No se trata, pues, cuando hablamos de esas prácticas sociales en que consiste, y que definen a la «comunidad» de la noción común de prácticas sociales, sino de algo que lleva ya en sí, como un lastre significativo, aspectos morales normativos. La idea de comunidad no se separa por ello tampoco ahora de la original idea aristotélica de que «...toda comunidad está constituida en vista de algún bien...» (Política, libro I, 1252 a), ni de la de Tönnies de que «...hablar de mala *Gemeinschaft* viola el significado del término» (Tönnies, 1979, pág. 28). La comunidad es, por tanto, una realidad en la que se encarna necesariamente un *bien* en sentido moral.

Todas estas consideraciones ya sabidas vienen a cuento porque tienen una dimensión política innegable. Esa dimensión política puede ponerse de manifiesto haciendo una referencia indirecta a la teoría de la legitimidad, o mejor, a la teoría de la obligación política, sugiriendo que con respecto a la obligación política los comunitaristas,

casi inadvertidamente, proceden a *trasladar la carga de la prueba,* y esto tiene algunas importantes consecuencias. Trataré de explicarme. De acuerdo con los presupuestos de la filosofía liberal, el individuo dotado de derechos morales es un dato *previo* a la construcción y diseño de las instituciones políticas, y éstas adquieren su justificación en la medida en que son un vehículo para la garantía de esos derechos morales individuales. Como quiera que la mera existencia de esas instituciones, con su coacción organizada, limita ciertos derechos individuales, son *esas instituciones* las que tienen la carga de la prueba de su propia legitimidad, es decir, son ellas las que tienen que justificar su propia existencia. Esto es extremadamente importante porque esa necesidad incesante de justificarse a sí mismas es lo que explica la paulatina y cada vez más profunda evolución liberal de las formas políticas de gobierno y las permanentes exigencias de articular las instituciones y los poderes conforme a pautas de democracia e igualdad. Este proceso de perpetua autocrítica es inconcebible en el comunitarismo, porque en él el dato previo que preexiste al debate ético-político es precisamente la existencia de la comunidad dotada de cierto valor intrínseco. Y ello determina, en primer lugar, que sea el ciudadano el que soporte la carga de la prueba, es decir, el que tenga que justificar sus reticencias ante la obligación de obedecer las normas, el que, en definitiva, tenga que responder a la pregunta por la obligación política. Las instituciones, en la medida en que encarnan ese bien intrínseco, tienen un derecho «prima facie» a exigir lealtad. A pesar de todos sus matices la posición de MacIntyre implica esto: el patriotismo supone que al menos algunos de los proyectos y prácticas de mi nación «deben estar permanentemente exentos de crítica» (MacIntyre, 1984, pág. 13). Y de esto quedan también en alguna medida exentas las instituciones políticas que dan forma a mi nación, contra la propuesta que hace el propio MacIntyre, porque no sirve distinguir entre la política, que puede ser criticada, y la nación, que no puede serlo. Si la nación es un conjunto de proyectos y prácticas *tiene necesariamente* que tener una articulación política e institucional (de lo contrario estamos fabulando una entidad perfectamente imaginaria o mágica). En consecuencia, el ciudadano tiene una obligación «prima facie» de carácter político y si quiere ignorarla tiene que argumentar él. Y si seguimos con MacIntyre, sospecho que argumentará en vano, porque la patria es también un conjunto de tradiciones, y las tradiciones tienen incorporada una suerte de racionalidad interna (la historia es racional). El ciudadano, por tanto, tiene también un límite para acudir al arsenal donde están depositadas las razones. La comunidad, tengo la impresión, está blindada contra toda crítica.

Me parece que estas reflexiones no se aplican sólo al pensamiento, particularmente conservador, por así decirlo, de MacIntyre. Creo que están implícitas en cualquier modelo semejante, es decir, en cualquier modelo que atribuya un valor intrínseco a la mera existencia de la comunidad. Sandel, por ejemplo, no duda en afirmar que existen también esas lealtades y fidelidades fuertes (Sandel 1984, pág. 23), porque, obviamente, si el «yo» no puede ser concebido sin lastres, sin arraigos, esto va mucho más allá de una mera consideración epistémica: es esencialmente una cuestión práctica porque si niego a mi comunidad política me niego a mí mismo, si la traiciono me traiciono a mí mismo. No es simplemente que yo *no me entienda a mí mismo* como agente moral, como ciudadano: es mucho más que eso, es que al poner en cuestión mi comunidad moral o mi comunidad política me estoy poniendo en cuestión a mí mismo.

Mencionaba esto para enlazar con el siguiente tema que me interesa, que es aquel de la pertenencia, «membrecía» o, en términos más decididamente políticos, ciudadanía. Entre los comunitaristas, como es bien sabido, Sandel es particularmente importante a este respecto porque postula con una particular fuerza el carácter *constitutivo* de la comunidad tanto en términos de agente moral como en términos de ciudadanía política: «una comunidad tal que envolvería la identidad tanto como los intereses de los participantes, y así implicaría a sus miembros en una ciudadanía más profunda *(through-going)* que la que el yo desarraigado pueda conocer» (Sandel 1984, pág. 19). Es decir, que de la misma manera que el agente moral es «constituido» por la comunidad moral el ciudadano sería constituido por esa especie de comunidad moral que sería la *politeya*. Pues bien, al margen de las aporías en que desemboca esta «noción homogénea y no compleja de identidad y comunidad», y que han sido analizadas lúcidamente por Thiebaut (Thiebaut 1992, págs. 161 y ss.), mi consideración es otra. ¿Cómo es posible eludir la idea de que desde esta perspectiva teórica la moralidad conformaría una especie de geografía dentro de la cual ciertos sujetos *pertenecen* a un territorio y otros no? Si la comunidad nos constituye como agentes morales, nos adscribe nuestra condición moral, entonces los agentes humanos de una comunidad serán, por fuerza, *moralmente distintos* a los de otra comunidad. Y con ello se habrá establecido una clara distinción entre «nosotros» y «ellos». Esto no significa ni más ni menos que nuestro obrar moral respecto de los otros, de los «ellos», resulta modificado por las distintas pertenencias, lo que es o puede ser la base de discriminaciones e intolerancias (Cfr. Thiebaut, 1992, pág. 58). Contra esta amenaza quizás podría oponerse la teoría de Walzer sobre la distribución de la «membership», pero tengo que confesar que, al margen de algunos matices, y dicho en trazos un

poco gruesos, tal idea no me parece, en el contexto teórico en que está expuesta, demasiado comprensible. ¿Qué significa que se pueda manipular, es decir, constituir por nuestra comprensión y fijar por nuestro trabajo y conversación (Walzer 1983, pág. 66), ese bien que es la «membership»? ¿Qué significa que una vez así definida podamos nosotros «distribuirla»? ¿Quiénes somos «nosotros»? Todo parece indicar que una serie de sujetos pueden adscribir la pertenencia o membrecía y con ello la identidad moral a otros sujetos. Esto en el pensamiento liberal es fácil de entender por lo que respecta al ámbito político (es la concesión arbitraria de ciudadanía por carta de naturaleza), pero en el lenguaje comunitario es imposible de concebir. Porque ¿cómo se puede ser miembro de una comunidad *comunitaria* «por decreto», por así decirlo? Si el depósito de identidad moral se encuentra en la comunidad, aceptar que unos sujetos puedan administrarlo deliberadamente de este modo resulta decididamente contradictorio. Porque si aceptamos que alguien sin vínculos, sin tradición, sin historia, sin parientes, sin cultura y sin «entendimientos compartidos» puede ser agraciado por algunos miembros de un grupo con la condición de «miembro» o «perteneciente», entonces ¿qué papel juega en todo esto la «comunidad»?

Vamos a pasar ahora a otro tema interesante. Aunque no se formulase explícitamente, antes se ha querido sugerir que la idea tan cara a MacIntyre, de que ha de fomentarse una virtud que consista en el hábito de desarrollar comportamientos leales y patrióticos hacia la comunidad, deja a un lado la cuestión peliaguda de si tal lealtad es debida cualquiera que sea el sistema político en el que se articula esa comunidad. El comunitarismo sería así indiferente respecto de cuestiones tan fundamentales políticamente como la de las formas de gobierno. Me parece que esto se complica más cuando vemos la dificultad que encuentran los comunitaristas para entroncar el sistema democrático en su teoría moral. Porque en efecto, para nuestra sorpresa, nos encontramos con que la mayoría de los comunitaristas que se confiesan demócratas parecen ser partidarios de un tipo de democracia muy especial, de moda en la teoría, pero completamente inédito en la realidad, y que se viene llamando «democracia participativa». Y ello se debe seguramente a que la ontología de la «comunidad» establece sobre los tipos de organización política aceptables fuertes condicionamientos. De acuerdo con esa ontología las instituciones políticas han de construirse sobre las «autocomprensiones compartidas» (Sandel), sobre la «vida común» basada en la persuasión y el argumento (Walzer), sobre la «común deliberación, la común decisión y la común acción» (Barber). La democracia «fuerte» de Barber, en contraste con la democracia «flaca» que conocemos, es un proceso participativo de conversación, es «el arte de

envolver a los extraños en la conversación y estimular en ellos un parentesco artificial hecho a partes iguales de empatía, causa común y autointerés ilustrado» (Thigpen and Downing, 1987, págs. 645 y ss.). Y claro, resulta muy evidente que todas esas actividades que consisten en argumentarnos, persuadimos unos a otros, deliberar en común, y sentir empatía es algo sólo posible en relaciones humanas muy cercanas, es decir, en relaciones humanas no mediadas. Y aquí el comunitarismo pone de manifiesto que todavía sigue vinculado a la idea de comunidad como ámbito de convivencia íntima, cercana, con vínculos de sentimiento, relaciones muy inmediatas y fines y objetivos compartidos. Lo que significa que tal modelo de democracia no parece servir para comunidades políticos muy grandes, ni para sociedades multiculturales y heterogéneas. E incluso cabría dudar de que sirva para pequeñas comunidades políticas, porque tanto deliberar, persuadir y parlamentar tiene un coste personal en tiempo que pocos socios estarían dispuestos a pagar, y que en el fondo casi nadie consideraría necesario porque con sentimientos tan cercanos, fines tan compartidos y una autocomprensión común tan profunda ¿de qué hay que discutir? Cualquier comunero, por turno, podría hacer lo que todo el mundo sabe que se tiene que hacer.

Voy, por último, a hacer una pequeña excursión por uno de los temas en los que la crítica comunitaria al liberalismo parece más potente. Me refiero a la imposibilidad del liberalismo individualista y universalista para dar cuenta de nuestros deberes morales especiales hacia los seres más cercanos. Me interesa porque creo que sobre el molde de esos deberes se quiere construir la idea de lealtad política, y eso tiene implicaciones que no pueden ignorarse. Dworkin describe así la situación: «creemos que tenemos particulares responsabilidades hacia aquellos con quienes tenemos especiales relaciones: nosotros mismos, nuestra familia, amigos y colegas. Gastamos más tiempo y más recursos en ellos que en los extraños, y pensamos que eso es lo correcto» (Dworkin 1992, págs. 221-222). Los comunitaristas se muestran particularmente de acuerdo con este esquema, hasta el punto de que toda su teoría moral gira en torno a él, y de acuerdo con él quisieran también diseñar el vínculo político. En consecuencia, afirmarían que también hemos de tener hacia nuestros conciudadanos un «special concern» que no tenemos con los extranjeros. Desde luego, el característico universalismo de la filosofía liberal no tiene una fácil respuesta para esto: Si todos los seres humanos son moralmente iguales no parece haber ninguna razón para que mis obligaciones con respecto a los cercanos sean más intensas que para los demás. Sólo lo que Walzer ha llamado «universalismo reiterativo» (Walzer 1990, pág. 531) sería capaz de dar cuenta de ello: ese «special concern» hacia mis hijos, mis amigos,

mis compañeros y mis conciudadanos sería el producto de los actos de *especialización moral* en el marco del universalismo reiterativo. Dejando a un lado la idea del universalismo reiterativo, que sería digna de análisis, lo que me interesa es esa sugerencia de que puede darse una «especialización moral» o, como ha afirmado alguien muy poco comunitarista, que hay una «división del trabajo moral» (Henry Shue 1988, pág. 687). Por ahí me parece que habría que explorar la respuesta a la crítica comunitaria, pero no voy a hacerlo. Lo único que quiero es llamar la atención sobre el hecho de que los comunitaristas establecen esa «especialización moral» sobre la base de relaciones afectivas: familia, amigos, compañeros... hasta incluir conciudadanos, como si la relación de conciudadanía tuviera un obvio componente sentimental. Y esto me inspira dos reflexiones: en primer lugar, que es posible que esa concepción de la especialización moral se sustente en una confusión entre la justificación de los deberes y la motivación para cumplirlos (la sempiterna confusión entre razones en sentido justificatorio - razones en sentido estricto - y razones en sentido explicativo - motivos). Y en segundo lugar, que esa concepción de la especialización moral, para hablar en términos de Hume, opta por la pasión en lugar de por la razón, es decir, opta por el sentimiento frente a la racionalidad. Y eso es sumamente problemático porque, como ya nos advirtió el propio Hume, las pasiones se debilitan con la distancia y con el tiempo, de forma tal que la mayor fuerza de nuestros deberes morales sería para los cercanos en el espacio y en el tiempo. La cohesión moral entre «nosotros» sería muy intensa: nuestros deberes para con las gentes exteriores, más débiles, y con personas remotas en el espacio o el tiempo, inexistentes. Y, claro está, este tipo de consideraciones son muy relevantes para calibrar qué lógica interna puede presidir la posición comunitarista en materias como la solidaridad internacional o las relaciones entre comunidades o pueblos distintos.

III

Vamos ahora a realizar una breve indagación por entre la trama del ideario nacionalista. Para hacerlo vamos a partir de una distinción que he hecho en algún trabajo anterior entre «nación-organización» y «nación-alma». No estoy seguro de que ésta sea la más feliz de las terminologías pero creo que su sentido está razonablemente claro. La «nación-organización», que corresponde a lo que hoy llamamos Estados nacionales, es una organización político-administrativa definida, con un sistema jurídico con criterios de identidad razonablemente claros y un ámbito de validez de sus normas acotado en

lo personal y en lo territorial. Al margen de la parafernalia sentimental y cultural que se pretenda adherir a ella, su núcleo fundamental es la estructural institucional de carácter jurídico, político y administrativo en que se sustenta. Respecto de esa idea de nación cabe hacer dos consideraciones. En primer lugar, en ella el ámbito territorial está racionalizado. En segundo lugar, los problemas de «membrecía» están resueltos con arreglo a criterios razonablemente claros y explícitos. Me explico. Si los teóricos de este modelo de nación tienen razón en sus análisis entonces este concepto lleva consigo la idea subyacente de que las fronteras son algo que puede ser determinado por «razones» instrumentales, y en último término, algo que puede ser «establecido» (como se hizo en África durante el XIX y el XX) en función de criterios prudenciales o convencionales. Naturalmente todos saben que las fronteras de las viejas Naciones-Estado (como también son llamadas) son el producto de azares históricos, circunstancias arbitrarias, contingencias imprevisibles, etc..., pero en la medida que saben eso, saben también que no son ni naturales ni sagradas, es decir, que son un potencial tema de disputa y desacuerdo, y por tanto también de negociación y arreglo. Hoy eso es, por lo que respecta a ese tipo de naciones, materia asumida. Si hay desacuerdo fronterizo se establecen sistemas de arbitraje (el Papa, el Secretario de las Naciones Unidas, etc...) y se salda el conflicto restableciendo mediante «razones» el equilibrio de intereses. Lo que me interesa destacar de esto es precisamente esa posibilidad implícita de dibujar el mapa de una organización político-administrativa en base a razones intersubjetivamente compartibles. La otra consideración se refería a la pertenencia del sujeto a la nación, a la «ciudadanía» o la «membrecía» (para usar otra vez este americanismo que parece inevitable). Y por lo que respecta a esto sucede lo mismo. Los criterios para obtener la condición de miembro de esas comunidades políticas pueden ser modificados, diseñados y manipulados en base a argumentos inteligibles y pueden ser establecidos en normas jurídicas. Por cierto que tales criterios pueden parecer arbitrarios para quien tenga una idea demasiado «sanguínea» de lo que es la nacionalidad, pero vistos desde otra perspectiva pueden obedecer a razones mucho más «racionales», por así decirlo, que el llamado «ius sanguinis». Las concesiones de nacionalidad por carta de naturaleza son un buen ejemplo de ello. Lo que nos indican es que la adscripción de ciudadanía puede estar gobernada por la racionalidad, es decir, puede estar basada en «razones» y razones de todo tipo: prudenciales o morales (económicas, políticas, deportivas, humanitarias, etc...).

Pero pasemos ahora a lo que llamaba la «nación-alma». Es terminología deudora de una tradición larga. Es el equivalente a la

«nación-genio». La caracterización es conocida, aunque difícil de sentar en el lenguaje: grupo humano como alma colectiva, totalidad inclusiva, basada en tradiciones y con hondas raíces en un pasado, que se constituye por vínculos «naturales» orgánicos y expresa una comunidad viva de lengua, raza y cultura (Delannoi 1993, pág. 45). Frente a la pre-existencia, que antes hemos visto, de algún tipo de dominación política, realidad económica, u organización administrativa, aquí lo que se afirma que preexiste a todo es esa realidad denominada «pueblo». Algo muy determinado, o al menos usualmente definido, mediante una metáfora del parentesco, en la que el *ius sanguinis* y los lazos afectivos son muy importantes, que se diseña mediante una apelación constante a la familia. Para esta concepción de la nación hay una suerte de división natural de la especie humana por razón de su raza, de su lengua y de su hábitat vital, y el resultado de esa división natural son las naciones. Esta articulación inevitable de la especie humana en «naciones» se manifiesta en la historia y en la tradición. Para los nacionalistas de esta especie, la historia y la tradición son fuentes de identificación y origen de pautas de organización social. Los partidarios de este tipo de entidad nacional descansan, en efecto, muy especialmente en la historia. En ella y en la lengua, la cultura y la literatura localista. Con cierta frecuencia también en la religión. A la hora de definir todo eso se recurre mucho más a la voluntad colectiva, a los fenómenos plebiscitarios tácitos, que a la racionalización de la organización y sus fines. Una amalgama de todas esas cosas, que no en vano se ha tachado siempre de confusa, constituye la nación en este sentido. Esa confusión se produce porque mantiene que, al margen de cualquier estructura institucional dada, las naciones son conocidas por ciertas características que pueden ser descubiertas y establecidas, y se ha dicho con toda razón que no hay manera de validar esta proposición (Birch 1993, pág. 16). Pues bien, a pesar de ello esa característica amalgama que mezcla en distintas dosis raza, lengua, sangre y linaje, historia y tradición, religión y una mística y cotidiana «voluntad de ser» se confabula con demasiada frecuencia para hacer creer a muchos que hay ahí una unidad humana innegable y que esa unidad humana tiene una especie de derecho natural a desarrollar una dimensión política institucional. Esto es el fenómeno del nacionalismo. Cuando este fenómeno encuentra un contexto histórico propicio se impone culturalmente a los demás; cuando se despierta en un ambiente hostil se desarrolla, en palabras de Javier de Lucas, como «un proceso reactivo y en gran medida victimista» (Lucas 1992).

Esta peculiar manera de concebir las entidades políticas más importantes va acompañada también de una peculiar visión de la idea de frontera y de la idea de pertenencia o membrecía. Respecto a

lo primero hay una especie de creencia en una cierta relación mística o natural entre una unidad humana y un territorio. Un lazo o vinculación que, cualquiera que sea su naturaleza: histórica, natural, etc... no puede ser puesto en cuestión sin poner en cuestión la naturaleza misma de ese todo social humano. Ésta es la teoría, tan difundida en tiempos, de las fronteras naturales. Los Pirineos, los Alpes y el Rhin son las fronteras naturales de Francia. Una franjita en el cercano oriente es el territorio natural de la patria judía. Y así sucesivamente. Como la realidad traiciona sistemáticamente este tipo de aseveraciones y las fronteras muestran todos los días su carácter arbitrario y convencional, entonces se utiliza la idea de las «fronteras interiores» que son eso lazos invisibles de que hablaba por ejemplo Herder al referirse a la vinculación de la lengua. Es decir, que ni aquellas fronteras naturales pueden ser concebidas como objeto de negociación, racionalización o regateo, ni, y esta es la segunda consideración, la idea de membrecía o pertenencia que dibujan las llamadas «fronteras interiores» puede ser objeto de decisión voluntaria.

Pues bien, eran sólo estas dos consideraciones lo que ahora me importaba hacer: Parece formar parte de la lógica interna de este modo de pensar que el ámbito de validez espacial de las normas de la sociedad política, es decir, el ámbito de la organización político-administrativa, está en gran medida dado de antemano y no es, por tanto, susceptible de ser diseñado en función de razones de uno u otro tipo. En segundo lugar, la condición de miembro o los criterios subjetivos de pertenencia a la nación tampoco pueden ser sometidos a una argumentación basada en razones. Si hay «razones» para la demarcación fronteriza y «razones» para la membrecía, son ambas «razones» que nos vienen impuestas desde la naturaleza o la historia, y por tanto son «razones» frente a las que poco podemos nosotros hoy «razonar».

Todo este mosaico de convicciones dibujan la idea de nación-alma en el molde de las llamadas características «étnicas». Y en consecuencia establecen una relación intensa entre nacionalismo y etnicidad. En efecto, la reciente publicación de un libro que trata de ver le nacionalismo desde la perspectiva de la antropología (una de las pocas perspectivas desde las que no se había examinado exhaustivamente) ha puesto de manifiesto de forma que a mí me parece muy contundente que el nacionalismo lleva consigo necesariamente componentes de «etnicidad» (Eriksen, 1993). La etnicidad es la conciencia viva en un grupo de que se dan diferencias culturales respecto de los otros grupos con que se relaciona, tales que permiten la clasificación sustantiva entre «nosotros» y «ellos», crean estereotipos, son la base de juicios fundamentalmente «adscriptivos» (no descriptivos) y demandan una organización social de la «distintividad cultural». Pues

bien, creo que puede afirmarse que la idea de nación-organización no se basa necesariamente en una ideología que incorpore la «etnicidad», mientras que la idea de nación-alma no es más que la aplicación al ámbito de la política de una idea intensa, de «etnicidad», una idea que, según Eriksen, establece una relación definida entre «etnicidad» y «Estado». Por eso creo que el nacionalismo en sentido estricto, y sobre todo en sentido agresivo, deriva mucho más de la idea étnica de una comunidad con alma que de la artificiosa, aunque también estúpida y peligrosa a veces, creación cultural de unos arquetipos destinados a intensificar la cohesión social en una realidad colectiva ya dada.

IV

En su excelente libro sobre comunitarismo Thiebaut advierte de que «el carácter de la crítica comunitarista democrática norteamericana no es fácilmente transportable a este lado del atlántico, pues el debate se transforma aquí en el debate del nacionalismo y del cosmopolitismo» (Thiebaut 1992, pág. 146). Aun aceptando lo que de exigencia de precisión y rigor tiene esa advertencia, tengo sin embargo que decir que esa desviación del debate comunitario hacia el problema del nacionalismo es extremadamente fácil de explicar: la sintonía entre comunitarismo y nacionalismo es demasiado evidente como para que pueda extrañar. El comunitarismo es un tipo de teoría moral que suministra al nacionalismo argumentos que le son muy queridos. Incluso si empezamos por lo que parecería más disparatado, como es la relación mágica entre un grupo humano y un territorio, podemos, por ejemplo, leer en Walzer la siguiente afirmación: «Las naciones buscan países porque en algún sentido profundo ya tienen países: el vínculo entre la gente y la tierra es un rasgo crucial de la identidad nacional» (Walzer 1983, págs. 80-81). Es ese misterioso «vínculo profundo» de que habla Walzer con sentido aprobatorio lo que hemos visto en el famoso problema de las fronteras naturales. En segundo lugar la idea de comunidad preexistente como bien en sí, superior a la peripecia moral de sus componentes individuales y cuyos supuestos fundamentales han de mantenerse al margen la crítica se compadece perfectamente con la idea nacionalista de «pueblo» como entidad orgánica con valor moral, con el sacrificio característico de los individuos al destino nacional y con la tendencia nacionalista a sacralizar a la patria y su historia acríticamente, y fomentar la lealtad hacia la misma al margen de la forma política que su organización adopte. El nacionalismo, se ha dicho muchas veces, no tiene credo político. En tercer lugar, el comunita-

rismo alienta el concepto natural, histórico o cultural de «membership» frente al concepto racional y deliberado de «ciudadanía», al afirmar que la comunidad, entendida en confusos términos histórico-culturales, tiene una dimensión constitutiva del agente moral y político. En cuarto lugar, el comunitarismo mantiene que las pautas de comportamiento social y político tienen una mejor justificación local, interna la cultura, intrahistórica, que universal, transcultural y suprahistórica. Como afirmaba antes Thiebaut, el comunitarismo en este sentido es un perfecto correlato del nacionalismo particularista. En quinto lugar, el comunitarismo ofrece una plataforma teórica óptima para apoyar la distinción entre «nosotros» y «ellos», «insiders» y «outsiders», y con ello se inscribe en el grupo de aquellas teorías que usan entre sus ingredientes la noción técnica de «etnicidad», algo que es, según recientes investigaciones, arquetípico del nacionalismo y de su distinción político-moral básica entre «nacional» y «extranjero». Y, por último, ese género de cohesión moral de carácter sentimental sobre el que se quiere edificar la comunidad como colectivo de seres «cercanos» encajaría perfectamente como descripción del tipo de cohesión emocional que trata de inducir el nacionalismo entre los ciudadanos. Y se sustenta en el mismo error: articular la división necesaria del trabajo moral, la especialización moral, en base a las motivaciones sentimentales del obrar en lugar de sobre la justificación del deber.

Todas estas razones nos deben llevar, pues, a concluir que comunitarismo y nacionalismo tienen un claro parecido de familia. Y en la medida en que el nacionalismo puede ser comprendido y justificado como algo que deriva de la lógica interna de una filosofía moral de tipo comunitarista, entonces algunos evidentes corolarios del nacionalismo y algunas de las experiencias históricas que ha desencadenado podrían ser objeto de esa comprensión y de esa justificación. Los comunitaristas nos tienen todavía que decir si, como parece, esto es así.

REFERENCIAS

Abercrombie y otros, *Diccionario de Sociología.* Ed. Tecnos. 1994.
Avineri, S. y De-Shalit, A., *Communitarianism and Individualism.* Oxford University Press. Oxford. 1992.
Bellah, R. N. y otros, *Hábitos del Corazón.* Alianza Universidad. Madrid. 1989.
Birch, A., *The Concepts and Theories of Modern Democracy.* Routledge. New York. 1993.
Delannoi, G. y Taguieff, P. A., *Teorías del Nacionalismo.* Paidós. Barcelona. 1993.
Dworkin, R., *Liberal Community,* en Avineri y De-Salit. 1992.
Eriksen, M., *Ethnicity and Nationalism.* Pluto Press. London, Boulder. 1993.
Lucas, Javier de, *Europa: ¿Convivir con la Diferencia?* Ed. Tecnos. Madrid, 1992.
Plant, R., «Community: Concept, Conception and Ideology». *Politics and Society* 8, 1978.
Ruiz Miguel, A., *Derechos Humanos y Comunitarismo. Aproximación a un debate.* Doxa n.º 12. 1992.
Shue, H., *Mediating Duties,* Ethics, 98, julio 1988.
Thiebaut, *C., Los Límites de la Comunidad.* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1992.
Thigpen and Downing, *Liberalism and the Communitarian Critique,* American Journal of Political Science, vol. 31, n.º 3. 1987.
- *Liberal and Communitarian Approaches to Justification.* The Review of Politics, 1989, vol. 51.
Walzer, M., *Membership,* fragmentos de *Speheres of Justice* 1983, ahora en Avineri y De-Shalit 1992.
- *National and Universe.* The Tanner Lectures on Human Values, vol. XI. 1990.

¿HAY DERECHOS COMUNITARIOS?

¿No pueden ustedes decidir,
uno a uno, qué es lo correcto
y qué es lo incorrecto?
¿Tienen ustedes que seguir
creyendo en grupos?
FAY WELDON

Hasta hace pocos años la lucha por los derechos civiles se libraba en nombre del liberalismo, buscando el otorgamiento de derechos individuales. La histórica decisión de la Corte Suprema norteamericana en el caso *Brow vs. Board of Education* consistió en otorgar a los individuos integrantes de la minoría negra los mismos derechos a la educación de los que ya disfrutaban los integrantes de la mayoría blanca, y que les habían sido negados en la decisión anterior que se adoptara en *Plessy vs. Ferguson*.

El liberalismo ha sido interpretado usualmente como una doctrina que presta especial atención a la protección de los integrantes de los grupos minoritarios. En tiempos cercanos, sin embargo, el movimiento comunitario ha cuestionado seriamente la capacidad del liberalismo para proteger a ciertos grupos minoritarios mediante la concesión de derechos individuales, y ha reclamado el otorgamiento de otro tipo de derechos: los derechos comunitarios.

Voy a analizar sucintamente la historia de la doctrina comunitaria y a señalar sus rasgos principales, para concentrarme luego específicamente en el tema de los derechos comunitarios y de su eventual adecuación para proteger los derechos de las minorías. No creo que la concesión de los llamados «derechos comunitarios» constituya la solución para proteger a las minorías amenazadas en su propia existencia y hay remedios mejores para ello, aunque no estén exentos de defectos.

Pero es conveniente aproximarse a esta conclusión de manera pausada.

Los antecedentes de la tesis comunitaria

Hay dos orígenes distintos del comunitarismo, los que se identifican con la filosofía aristotélica y la filosofía hegeliana, respectiva-

mente. Aristóteles se proponía descubrir el bien a través del significado social de los roles que desempeñaban los individuos en la sociedad y de allí parte la versión comunitaria de MacIntyre, por ejemplo. Él piensa que la unidad de la vida humana se vuelve invisible cuando se postula una separación aguda entre el individuo y los roles que él desempeña. Su intento de rescatar el papel de los roles tiene por objeto el concebir nuevamente al yo como el portador de las virtudes aristotélicas[1].

Hegel, a su vez, prefería a la comunidad frente al individuo, puesto que pensaba que la comunidad era el ámbito en el cual la ética alcanzaba su completitud[2]. Sería equivocado pensar, sin embargo, que estas dos vertientes comunitarias son incompatibles. Por el contrario, se ha mostrado que Hegel requería de la sociedad como ámbito para la plena realización de la libertad justamente porque él seguía a Aristóteles en la idea de que la sociedad constituía la realidad mínima auto-suficiente[3]. De modo que, de alguna forma, puede considerarse a Aristóteles como el inspirador central del comunitarismo.

Entre Aristóteles y Hegel, de toda forma, no puede obviarse la figura de Herder, quien privilegiaba las formas de vida en las que el individuo crece, prefiriéndolas al aislamiento cosmopolita. Sólo nos volvemos humanos -decía Herder- a través de la participación en la sociedad y en la tradición, puesto que no podemos tener ninguna comprensión de nosotros mismos, de lo que somos, y de lo que debemos ser, sino compartiendo formas comunes de vida. El papel de Herder en la reconstrucción del pensamiento comunitario es importante por la influencia que él ejerció sobre Hegel[4].

Pero si bien es cierto que Aristóteles y Herder ejercieron una fuerte influencia en Hegel, y Hegel -a su vez- ejerció una fuerte influencia en Marx, no es cierto en cambio que el pensamiento marxista sea comunitario. Por el contrario, la teoría marxista piensa que todas las formas de identidad humana que se han realizado históricamente son episodios que esconden -antes que revelar- la esencia humana, por lo que la humanidad comunista será muy distinta de lo que la historia ha conocido y las adscripciones culturales que han otorgado sus identidades a los individuos reales serán borradas[5].

---

[1] Alasdair MacIntyre, *After Virtue,* Indiana, University of Notre Dame Press, 1981, págs. 190-191.

[2] Charles Taylor, *Hegel and Modern Society,* Cambridge University Press, 1979, págs. 84-85.

[3] Taylor, cit., pág. 84.

[4] Charles Larmore, *Patterns of Moral Complexity,* Cambridge University Press, 1987, págs. 94 y 99.

[5] John Gray, *Post-Liberalism,* New York, Routledge, 1993, pág. 255.

Algunas caracterizaciones de la comunidad

Las teorías comunitarias contemporáneas tienen diferencias entre ellas que alcanzan a la concepción misma de la comunidad. Todas ellas, sin embargo, parecen tener en común una idea fuerte de comunidad, entendida como algo más que un elemento de los planes de vida de sus miembros, y concebida -en cambio- como una característica constitutiva de la auto-comprensión de tales miembros[6]. Así, por ejemplo, una sociedad al estilo rawlsiano no alcanzaría a constituir una comunidad, puesto que sus integrantes sólo poseen un deseo de participar en esquemas cooperativos.

Los límites mismos de la comunidad no son fáciles de discernir, puesto que no coinciden necesariamente con los límites del estado: es obvio que un estado puede contener más de una comunidad cultural. Tal vez sea útil -por esta causa- separar los conceptos de estado (como una entidad caracterizada jurídicamente) y de nación (como una entidad caracterizada culturalmente)[7].

Esto no concluye con la tarea, sin embargo, porque si la comunidad se equipara a la nación se asume ya un rasgo importante de aquella que dista de ser unánimemente aceptado: su tamaño. Algunos teóricos han postulado que las relaciones entre los miembros de una comunidad deben ser directas, sin mediación de líderes, representante o burócratas, y deben caracterizarse por la reciprocidad, por algún grado de ayuda mutua[8]. Si se aceptan estos rasgos la nación no es una comunidad, puesto que su tamaño es excesivo como para permitir que se prescinda de los representantes del estado o -incluso- que se practique la reciprocidad de un modo significativo.

Pero este concepto de comunidad -a su vez- ha sido considerado como muy estrecho, puesto que también puede hablarse de comunidad allí donde los miembros del grupo están unidos por un reconocimiento común o la cultura compartida, incluso cuando falta la familiaridad personal[9].

Esto implica, por otra parte, abandonar el requisito de la reciprocidad como elemento constitutivo de las comunidades, al

---

[6] Michael J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice.* Cambridge University Press, 1982, pág. 173.

[7] Neil MacCormick, *Legal Right and Social Democracy,* Oxford, Clarendon Press, 1982, pág. 249.

[8] Michael Taylor, *Community, Anarchy and Liberty,* Cambridge University Press, 1982, págs. 27-28.

[9] David Miller, «The Ethical Significance of Nationality», *Ethics,* Vol. 98, número 4, pág. 654.

menos entendido como fraternidad, como un vínculo emocional que liga a sus miembros[10]. El socialismo es la teoría más interesada en vincular a las comunidades con las naciones y el motivo de la vinculación así entendida es obvio: las naciones son las comunidades que interesan porque la comunidad se necesita para legitimar los procesos de justicia distributiva[11].

La teoría comunitaria y la redistribución del ingreso

Los teóricos comunitarios suelen recordar que los esfuerzos serios de provisión comunitaria de bienes tienen un carácter redistributivo[12]. Los vínculos creados por la comunidad permiten un alto grado de redistribución del ingreso y la riqueza, puesto que sus miembros tienen un interés recíproco en su bienestar. En realidad hay una relación directa entre esos vínculos y el grado de redistribución, puesto que cuanto más fuerte sea el vínculo más igualitaria puede ser la distribución[13]. En la medida en que me identifico más fuertemente con mis conciudadanos, más me interesa su bienestar, y menos estoy dispuesto a aceptar que su nivel de vida sea muy inferior al mío.

La solidaridad desempeña aquí un papel decisivo y hay quienes piensan que ella se corporiza en la propiedad en común y en la distribución acorde con la necesidad, aún aceptando que ciertas cosas serían utilizadas especialmente por ciertas personas[14].

Creo que los comunitarios se proponen dos objetivos respecto a la redistribución. El primero es obvio: redistribuir el ingreso y la riqueza de modo de eliminar las desigualdades más acentuadas. No se trata de un objetivo original y no se restringe -por cierto- a la teoría comunitaria. El segundo objetivo, en cambio, presenta más interés: en este caso el propósito consiste en limitar las consecuencias redistributivas, privándolas de todo alcance universalista y limitándolas a una comunidad. Un comunitario sostendría que en los Estados Unidos debería haber una mayor redistribución de la riqueza para llegar a un esquema más igualitario, pero también sostendría que ningún ciudadano norteamericano debería preocuparse por su riqueza *vis-à-vis* un ciudadano etíope, por ejemplo.

---

[10] David Miller, *Market, State and Community,* Oxford, Clarendon Press, 1989, pág. 250.

[11] David Miller, «In What Sense Must Socialism Be Communitarian?», *Social Philosophy and Policy,* Volumen 6, Issue 2, pág. 68.

[12] Michael Walzer, *Spheres of Justice,* New York, Basic Books, 1983, pág. 82.

[13] Miller, «In What Sense...», cit., pág. 59.

[14] Miller, *Market, State and Community,* cit., pág. 230.

De allí la importancia que reviste el tamaño de la comunidad. Para que la redistribución produzca consecuencias políticas de importancia la comunidad debe identificarse con la nación, como pretende el pensamiento socialista. Las comunidades locales pueden redistribuir internamente, pero esta circunstancia no se puede extrapolar para sostener que la suma de estas distribuciones separadas producirán una adecuada redistribución total[15]. En este caso, sin embargo, la apelación a la solidaridad y a la reciprocidad pierde parte de su fuerza, la que es inversamente proporcional al tamaño de la comunidad. Se puede sostener que la comunidad requiere una cierta igualdad económica entre sus miembros[16], pero cuanto más grande sea la comunidad menos percibirán sus miembros que esa igualdad es necesaria.

La identidad personal en la tesis comunitaria

El rasgo del liberalismo que más ha concentrado las críticas comunitarias es el de la concepción de las personas como seres individuales, cuyo bienestar es independiente de entidades tales como la familia, la comunidad, la tribu o la nación[17]. Es una crítica, en otras palabras, a la concepción que Charles Taylor denominó «atomismo» y que él cuestionó sosteniendo que la identidad de los individuos autónomos requiere una matriz social[18].

En este aspecto Hegel se adelantó a los modernos comunitarios al desplazar el centro de gravedad del individuo a la comunidad: lo que somos como seres humanos lo somos sólo en una comunidad cultural, puesto que muchas de nuestras experiencias más importantes serían imposibles fuera de la sociedad[19]. En una concepción fuerte, hablar del sentido de comunidad es afirmar que los individuos conciben su identidad como definida -aunque sea parcialmente- por la comunidad de la que son parte; la comunidad no describe lo que los ciudadanos *tienen,* sino lo que los ciudadanos *son*[20]. El hecho de que la identidad personal está parcialmente constituida por las vinculaciones comunales se apreciaría en la cir-

---

[15] Miller, *Market, State and Community,* cit., pág. 237.

[16] Michael Taylor, cit., pág. 157.

[17] John Bigelow, Robert Pargetter and Robert Young, «Land, Well-Being and Compensation», *Australasian Journal of Philosophy,* Vol. 68, número 3, pág. 332.

[18] Charles Taylor, «Atomism», en *Philosophy and the Human Sciences,* Cambridge University Press, 1985, pág. 209.

[19] Charles Taylor, *Hegel and Modern Society,* cit., págs. 85 y 87.

[20] Sandel, cit., pág. 150.

cunstancia de que la gente no se ve a sí misma sólo como individuos con intereses privados, sino como ligada a unidades sociales[21].

En una concepción más débil valorar la comunidad es advertir que sólo nos convertimos en seres humanos completos, capaces de definir nuestra identidad, a través de un instrumento comunitario como el lenguaje, entendido en el sentido amplio de abarcar no sólo las palabras, sino también otros modos de expresión, tales como los «lenguajes» del arte y del gesto[22]. La identidad de un individuo depende en este caso de sus relaciones dialógicas con otros[23]. Pero reconocer la importancia del lenguaje, desde luego, no compromete necesariamente a apoyar una tesis comunitaria. Puede aceptarse que los seres humanos sólo adquieren un sentido de su propia individualidad como resultado de sus experiencias sociales dentro de ciertas comunidades[24] sin abandonar por eso la tesis liberal: al fin de cuentas el individuo liberal no es un Robinson Crusoe, ni un individuo que no habla ni hace gestos. Negar la verdad de la proposición de que el individuo es un ser desencarnado no compromete a aceptar la verdad de la proposición de que la identidad de los individuos está completamente determinada por su pertenencia a una única comunidad moral y a un único orden político[25].

La crítica de Sandel a Rawls consiste en sostener que los individuos que prestan su acuerdo en la posición originaria rawlsiana existen sólo en la medida en que antes exista una comunidad. La exageración de Sandel reside en defender la idea de que el contexto social constituye completamente la identidad del individuo en lugar de aceptar que el yo está constituido sólo en forma parcial por su contexto y participa en la determinación de su propia identidad[26]. El yo liberal es un yo responsable de su cultura, por ejemplo[27], aunque Sandel diría, desde luego, que sólo puede existir un yo comunitario.

Pero el gran problema que enfrentan los comunitarios es el

---

[21] Miller, *Market, State and Community,* cit.. pág. 234.

[22] Charles Taylor, *Multiculturalism and «The Politics of Recognition»,* New Jersey, Princeton University Press, 1992, pág. 33.

[23] Charles Taylor, *Multiculturalism...,* cit., pág. 34.

[24] MacCormick, cit., pág. 247.

[25] Gray, cit., pág. 261.

[26] Robert K. Fullinwider, «Citizenship and Welfare», en Amy Gutmann (ed.), *Democracy and the Welfare State,* New Jersey, Princeton University Press, 1988, págs. 104 y 108.

[27] John R. Danley, «Liberalism, Aboriginal Rights, and Cultural Minorities», *Philosophy and Public Affairs,* Vol. 20, número 2, pág. 178.

hecho de que muchas de las características consideradas como constitutivas de la identidad de un individuo tienden a cambiar en el tiempo, tal como la religión, para citar un solo ejemplo[28]. En este caso un mismo individuo puede encontrarse apoyando y criticando, en etapas sucesivas de su vida, ciertas ideas de las que se suponía que su identidad dependía.

Esta circunstancia se relaciona con otra dificultad que afecta a la tesis comunitaria: ¿cuál es el tipo de sociedad que defiende el comunitarismo y cuál es la actitud del individuo respecto de la sociedad?

El individuo y la comunidad

El problema de los comunitarios reside en el hecho de que ellos sostienen que la identidad del individuo está constituida -total o parcialmente- por su pertenencia a una comunidad. Los liberales no tienen este problema, por supuesto, ya que piensan que el individuo es responsable -total o parcialmente- de su cultura[29]. El liberalismo no sólo no impide, sino que a veces estimula un examen de la comunidad que puede conducir a grandes transformaciones culturales[30], por lo que las comunidades, para el liberalismo, no son instituciones estáticas.

Contrastemos esta idea con el siguiente ejemplo: un gobierno argelino se ha establecido mediante una revolución que prometió respetar los derechos individuales. Una vez en el poder, sin embargo, el gobierno revolucionario viola sistemáticamente los derechos de los ciudadanos, justificándose mediante la apelación al argumento de que esta actitud es la única que se ajusta a las tradiciones argelinas y que es el único tipo de estado que los argelinos pueden considerar propio[31]. El gobierno sostiene, en otras palabras, que se debe vivir en Argelia bajo una dictadura porque así se vivió siempre, y porque la identidad de los ciudadanos está constituida en parte por su pertenencia a una comunidad de este tipo.

La primera objeción a este argumento es obvia: no tiene sentido decir que los individuos ejercen un derecho a expresar su cultura heredada cuando la forma de gobierno a la que están sometidos

---

[28] Leslie Green, «Consent and Community, en Paul Harris (ed.), *On Political Obligation,* London, Routledge, 1990, págs. 114-115.

[29] Danley, cit., pág. 176.

[30] Steven C. Rockefeller, «Comment», en Taylor, *Multiculturalism...,* cit., pág. 89.

[31] Michael Walzer, «The Moral Standing of States: A Response to Four Critics», *Philosophy and Public Affairs,* vol. 9, número 3, pág. 226.

perpetúa una tradición de miseria, ignorancia e intimidación[32], cuando es una forma de gobierno -en otras palabras- que viola sistemáticamente sus derechos. El asentimiento de los ciudadanos a un orden político determinado puede reflejar a veces un apoyo a ese orden, pero en muchos casos puede derivar también de una combinación de miedo, falta de interés y prudencia[33], de modo tal que la cautela nunca resulta exagerada cuando se trata de examinar los motivos de la conducta acorde con lo que el gobierno prescribe. Recomendar que una práctica continúe en el futuro sólo porque proviene del pasado es un consejo propio de un conservadurismo extremo, que identifica a la sociedad buena con una sociedad de tradiciones asentadas[34], en apariencia sin importar cuáles sean esas tradiciones. Sin que importe, por caso, que muchas prácticas culturales que prevalecen en ciertas sociedades fueron impuestas y definidas sólo por un sector de la población (hombres blancos de clase alta en los Estados Unidos, por ejemplo)[35].

Ciertas prácticas comunitarias pueden ser dañinas y casi todos coincidirían en que ellas deberían ser interrumpidas: vendar los pies a las mujeres, inmolar a las viudas y practicar sacrificios humanos no son prácticas recomendables, aunque las propias víctimas -por seguir la tradición- las aprueben[36]. A la inversa, ciertas prácticas no pueden prohibirse -al menos desde el punto de vista liberal- sólo porque ofendan a la mayoría de los individuos de una comunidad, como es el caso de las prácticas homosexuales entre adultos que consienten[37]. Pero, ¿pueden aceptarse estas críticas y atenderse estos consejos si se emplea una teoría de la identidad como la que los comunitarios postulan? Como puede apreciarse, el problema comunitario es muy claro: la identidad del individuo se identifica con su pertenencia a una comunidad, con la que él mantiene vínculos que no ha elegido y que no puede abandonar. Y -a su vez- la comunidad en cuestión puede muy bien no respetar los derechos individuales[38]. Si se

---

[32] Gerald Doppelt, «Statism without Foundations», *Philosophy and Public Affairs,* vol. 9. número 4, pág. 400.

[33] Joshua Cohen, «Review of Walzer "Spheres of Justice"», *The Journal of Philosophy,* August 1986, pág. 462.

[34] Amy Gutmann, «Communitarian Critics of Liberalism», *Philosophy and Public Affairs,* vol. 14, número 3, pág. 309.

[35] Will Kymlicka, «Liberal Individualism and Liberal Neutrality», *Ethics,* vol. 99, número 4, págs. 900-901.

[36] Janna Thompson, «Land Rights and Aboriginal Sovereignity», *Australasian Journal of Philosophy,* vol. 68, número 3, pág. 324.

[37] Will Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture,* Oxford, Clarendon Pres, 1989, pág. 88.

[38] Allen E. Buchanan, «Assesing the Communitarian Critique of Liberalism», *Ethics.* vol. 99, número 4, pág. 871.

acepta una tesis comunitaria en sentido fuerte quienes participen de una tradición no pueden explorar otras tradiciones[39]. Los individuos se subordinan a la ideología en la que viven, el espíritu de evaluación crítica se embota, y las únicas actividades y roles permisibles son aquellos que resultan compatibles con la ideología de la comunidad[40]. Este problema no se le presenta al liberalismo, puesto que el liberal cree que los individuos eligen la cultura a la que pertenecen.

Lo menos que podría exigirse a la tesis comunitaria es que reconociera en los ciudadanos una condición de racionalidad, que aceptara que ellos son capaces de someter las tradiciones de la sociedad a un escrutinio crítico[41]. Pero, obviamente, la tesis comunitaria fuerte carece de recursos como para ir más allá de las nociones de virtud que la comunidad acepta de hecho[42].

El problema central de los comunitarios, entonces, es el de encontrar un lugar en su teoría para evaluar a las comunidades a las que la gente pertenece[43]. Algunos comunitarios tratan de solucionar el problema liberando en parte al yo de sus vínculos con la comunidad: el yo encuentra su identidad moral a través de su pertenencia a comunidades, pero esto no implica que el yo tenga que aceptar las limitaciones morales de estas formas de comunidad. El yo, sin embargo, no puede aspirar a escapar por completo de la comunidad y entrar a un reino de máximas universales, que pertenecen al hombre como tal, y no como miembro de una comunidad[44].

Pero para que la tesis comunitaria resulte aceptable hace falta algo más que esto: las comunidades que se aceptan deben ser de un

---

[39] Julia Annas, «MacIntyre on Traditions», *Philosophy and Public Affairs,* vol. 18, número 4, pág. 402.

[40] Michael Taylor, cit., pág. 163.

[41] Miller, *Market, State and Community,* cit., pág. 241. Rawls lo expresa de manera adecuada: sostenemos nuestra sociedad y nuestra cultura, y tenemos un conocimiento íntimo e inefable de ellas, incluso aunque mucho de ellas podamos cuestionar, sino rechazar. John Rawls, *Political Liberalism,* New York, Columbia University Press, 1993, pág. 222.

[42] Miller, «In What Sense...», cit., pág. 62.

[43] Green, cit., pág. 116. Quiero prevenir una posible confusión mostrando que el liberal no enfrenta el mismo problema. Desde luego que un liberal no puede criticar a una comunidad liberal desde *adentro* de su teoría, aunque puede evaluar a esa comunidad desde *afuera* de ella, puesto que su identidad no está constituida por su pertenencia a esa comunidad. Y el liberal, por supuesto, puede criticar desde adentro de su teoría a cualquier comunidad no liberal. Entonces, la única comunidad respecto de la cual el liberal tiene un problema de evaluación, por carecer de un punto de vista externo para practicarla, es la comunidad liberal, esto es, una comunidad con un contenido bien específico. El problema del comunitario es más grave, por cierto. Él no puede evaluar, desde su teoría, *ninguna* comunidad, sea cual fuera su contenido.

[44] MacIntyre, cit., págs. 205-206.

cierto tipo. De un tipo tal como para permitir que se desarrollen las capacidades humanas y como para permitir el debate para clarificar y definir las alternativas disponibles[45], donde la estructura cultural se reconozca como un contexto de elección[46], de elección entre diversas alternativas que la comunidad respete. Esta idea excluye a algunas comunidades fundamentales. En realidad, algún lector avisado podría señalar que la única comunidad aceptada sería la comunidad liberal.

El teórico comunitario que defiende la versión fuerte de la tesis no puede compartir esta idea, desde luego, por la simple razón de que él piensa que la identidad de los individuos está constituida -al menos parcialmente- por su pertenencia a su comunidad, a *cualquier* comunidad a la que el individuo pertenece. Si se retiene la idea de una identidad así constituida la idea de acotar a las sociedades por su tipo debe rechazarse porque ella implica que sólo los individuos educados dentro de una comunidad que se aproxime a la liberal poseen una identidad[47], lo que sería absurdo que un comunitario sostuviera.

Como se ve la tesis fuerte de los comunitarios no es fácil de defender. La vinculación del individuo con la sociedad es demasiado estrecha y conduce a perpetuar sociedades donde habría acuerdo en sostener que se cometen graves injusticias. Lo menos que puede hacer el comunitarismo es debilitar su tesis y reconocer que los individuos pueden meditar críticamente acerca de sus sociedades. De esta forma la tesis comunitaria débil queda a medio camino de la teoría liberal en materia de derechos. Porque nada garantiza que luego de esta meditación crítica los individuos -que no pueden liberarse por completo de las tradiciones de la comunidad ni adoptar una perspectiva universalista- opten por una comunidad que otorgue derechos que la tesis liberal considera fundamentales.

---

[45] Charles Taylor, «Atomism», cit., págs. 197 y 205.

[46] Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture,* cit., pág. 166.

[47] Dicho sea de paso la existencia de comunidades liberales plantea una eventual paradoja para la tesis comunitaria. Porque si se es comunitario, si se respeta la cultura de la comunidad, y si se cree que la pertenencia a la comunidad es parte de la identidad del individuo, entonces los comunitarios tienen que aceptar que los individuos nacidos en una sociedad liberal deben ser liberales, propiciando una suerte de «comunitarismo individualista». Los individuos en cuestión no debería intentar cambiar su sociedad liberal por una de otro tipo. ¿Aceptarían los comunitarios la idea de una sociedad liberal basada en estas premisas?

Derechos individuales y derechos comunitarios

Como se advierte, hay diferencias fundamentales entre la doctrina liberal y la comunitaria acerca del modo de concebir el papel de los derechos. Las diferencias se agudizan, desde luego, cuando dentro de un mismo estado existe más de una comunidad, con diferentes rasgos culturales, o cuando existe una cultura pública -compartida por todos-, pero existen también diversas culturas privadas[48]. Cuando la comunidad no es homogénea y dentro de una misma sociedad coexisten distintas formas de creencias y de comportamiento estamos frente a un caso de diversidad cultural[49].

Una respuesta liberal posible frente a los casos de diversidad cultural consiste en eliminar las desigualdades y convertir a las leyes en instrumentos ciegos a la raza y al color[50]. El liberalismo no acepta el reconocimiento de grupos religiosos, raciales o lingüísticos como entidades corporativas que deban ser sujetos de derechos especiales[51]. El estado liberal, simplemente, se limita a garantizar el cumplimiento de los derechos individuales básicos -tanto civiles cuando políticos- que constituyen el contenido de cualquier *bill of rights*[52]. Esta posición, desde luego, equivale a adherir a la tesis atomista que he mencionado antes y que constituye el objeto de la crítica comunitaria. Los liberales aceptan el principio según el cual es obligatorio para los individuos pertenecer a una sociedad y contribuir a sostenerla, dice Taylor[53].

El sistema de protección liberal no garantiza -ciertamente- la subsistencia de todas las comunidades. Cada tradición cultural tendrá una libertad igual para desarrollarse y ninguna resultará favorecida en particular. Aquellas, entonces, que requieran para sobrevivir de una ayuda gubernamental preferente es posible que no sobrevivan[54]. ¿Es éste un rasgo negativo de la teoría liberal? Un argumento para rechazar esta afirmación consiste en sostener que las comunidades que no resisten la competencia no merecen sobrevivir. Otro argumento usual reside en afirmar que si la comunidad representa un papel muy importante en la vida de sus miembros, ellos lograrán que sobreviva. Sin evaluar estos argumentos, lo cier-

---

[48] Miller, *Market, State and Community,* cit., pág. 244.

[49] David Miller, «Socialism and Toleration», en Susan Mendus (ed.), *Justifying Toleration,* Cambridge University Press, 1988, págs. 243-244.

[50] Danley, cit., pág. 170.

[51] Kymlicka, «Liberal Individualism and Liberal Neutrality», cit., pág. 904.

[52] Buchanan, cit., pág. 854.

[53] Charles Taylor, «Atomism», cit., pág. 53.

[54] Gray, cit., págs. 265 y 267.

to es que la doctrina liberal -como dato empírico- tiende a producir una cultura única para toda la sociedad y concluye asimilando a esa cultura a las comunidades culturalmente minoritarias[55].

La diferencia entre liberales y comunitarios en este aspecto puede ser mostrada del siguiente modo: los comunitarios perciben a los diferentes grupos culturales como permanentes, como determinando en parte la identidad del individuo. Los liberales, por su parte, entienden la pertenencia a un grupo como un problema -al menos parcial- de preferencias personales, y ven a los grupos mismos como entidades transitorias que terminarán -eventualmente- asimilándose a la sociedad común.

Los liberales piensan que si bien un individuo no es responsable por la circunstancia de haber nacido en una tribu aborigen -por ejemplo- si lo es por su respuesta ante esa circunstancia. El individuo en cuestión todavía puede elegir entre vivir su vida dentro de la cultura en la que nació o asimilarse a otro cultura. La asimilación a otra cultura no produce daño alguno a los individuos en tanto se cumplan dos condiciones que los liberales garantizan: a) que la asimilación sea voluntaria y no forzada, y b) que los individuos asimilados no sean considerados como ciudadanos de segunda clase[56]. La concesión de derechos individuales es lo que garantiza el cumplimiento de estas dos condiciones. Y, en realidad, el atractivo de los derechos individuales es tan grande que incluso la doctrina comunitaria no aspira a que ellos desaparezcan, sino sólo a cambiarles su carácter, convirtiéndolos en este caso en instrumento de algún propósito de la comunidad[57]. Esta afirmación es verdadera al menos respecto del comunitario moderado, que reconoce la existencia de derechos individuales, aunque se diferencia del liberal al aceptar que ellos pueden ser limitados apelando al bien de la comunidad. Tal vez un comunitario radical, sin embargo, rechazaría cualquier derecho individual y los sustituiría por lo que él llama derechos grupales[58]. Contrastando con esta actitud del comunitario moderado, el teórico liberal es hostil a la concesión de derechos colectivos, los que identifica con doctrinas autoritarias, incluso de genealogía fascista[59]. Luego veremos cuál es el verdadero carácter que revisten estos supuestos derechos colectivos.

---

[55] Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture,* cit., pág. 152.

[56] Danley, cit., págs. 177, 179 y 181.

[57] George Kateb, «Democratic Individuality and the Meaning of Rights», en Nancy L. Rosenblum (ed.), *Liberalism and the Moral Life,* Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1989, pág. 201.

[58] Buchanan, cit., pág. 855.

[59] Michael McDonald, «Should Communities Have Rights?», *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence,* vol. IV, número 2, pág. 227.

Aunque la idea de los derechos individuales es bien conocida tal vez no lo sea tanto la idea misma de los derechos colectivos, por lo que conviene detenerse un momento aquí. Una medida determinada cuenta como un derecho colectivo si ella especifica que la propia comunidad ejerce un cierto poder[60] como consecuencia de ese derecho. El grupo mismo es detentador de derechos y actúa como su portador frente a varios portadores de obligaciones[61].

Quienes argumentan en favor de los derechos colectivos sostienen que no puede resolverse el problema de la discriminación grupal -especialmente el de la discriminación pasada- apelando a derechos individuales, puesto que con derechos individuales es sólo el individuo que acciona quien recibe una satisfacción[62]. Los negros norteamericanos de la actualidad no podrían invocar los males causados por la esclavitud a sus antepasados, ni podrían los indios norteamericanos actuales quejarse por las violaciones de derechos de la conquista del oeste. Tampoco la concesión de derechos individuales remedia aquello que los comunitarios consideran un mal: la asimilación de las culturas minoritarias y la resultante homogeneización cultural. Los comunitarios acusan a los liberales de limitarse a proponer programas para eliminar la pobreza, para asimilar a los indios o para llevar un modo de vida urbano al campo. Pero estas propuestas consisten sólo en dar más de lo mismo, dicen los comunitarios. En realidad agravan incluso el problema, puesto que la homogeneización ha socavado a las comunidades sin poner nada en su lugar[63].

Los derechos grupales, según los comunitarios, protegen intereses que no pueden ser protegidos de otra manera, puesto que son intereses colectivos o sociales, tal como los intereses de los seres humanos de pertenecer a -o identificarse- con un grupo cultural[64]. Y esos intereses deben ser protegidos por la comunidad, y no por el ejercicio de derechos individuales por parte de sus miembros, puesto que no son los intereses de los miembros los que están en juego, sino los intereses de la comunidad[65]. Estos derechos grupales se proponen lograr un espacio en el cual predominan las reglas del grupo y no las de la sociedad más amplia que se supone que el

---

[60] Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture,* cit., pág. 139.

[61] McDonald, «Should Communities Have Rights?», cit., pág. 220.

[62] Glazer, cit., pág. 88.

[63] Charles Taylor, *Hegel and Modern Society,* cit., págs. 114-115.

[64] McDonald, «Should Communities Have Rights?», cit., pág. 229.

[65] McDonald, «Should Communities Have Rights?», cit., pág. 232. Creo que no necesito enfatizar la raíz hegeliana de esta concepción, que considera posible la existencia de intereses societarios independientes de los intereses de los integrantes de la sociedad.

grupo integra, especialmente en áreas tales como la educación, las comunicaciones y la forma de las instituciones políticas, cuestiones consideradas cruciales para la supervivencia del grupo[66]. La concesión de estos derechos significa aceptar la política de la diferencia, en la que se reconoce la identidad única del grupo. El tratamiento diferencial consiste en conceder ciertos derechos especiales al grupo para permitirle preservar su identidad cultural[67], la que resultaría amenazada si su protección quedara librada a los derechos individuales.

Un problema específico

Conocido ya el alcance de las categorías de derechos individuales y de derechos comunitarios corresponde aplicarlas ahora a un caso concreto: la situación de una comunidad minoritaria cuya subsistencia está amenazada y que puede concluir asimilada a la cultura mayoritaria. Se trata de los aborígenes canadienses, que podrían concluir adoptando el modo de vida de los canadienses blancos, francófonos o anglófonos, perdiendo así su identidad cultural. La población india nativa vive en Canadá en reservas segregadas, sujeta a una legislación que discrimina entre indios y no indios. Los indios tienen restricciones respecto de su capacidad de usar la tierra y prohibición absoluta de venderla. Los no indios -a su vez tienen restringidos sus derechos de movilidad, residencia y voto[68]. Esta diferencia en el trato se justifica invocando la necesidad de respetar a los indios *como indios,* como miembros de una comunidad cultural distinta, y no *como canadienses,* como ciudadanos de una comunidad política común.[69] Si la tierra de los indios se dividiera entre los miembros individuales de la tribu y ellos fueran libres de venderla según su voluntad, en una generación la tierra podría estar en manos de urbanizadores blancos que cambiarían el modo de vida de la comunidad. Ya no existirían, por ejemplo, las

---

[66] Michael McDonald, «Liberalism, Community, and Culture», 42 *University of Toronto Law Journal* 113, págs. 124-125.

[67] Charles Taylor, *Multiculturalism...* cit., pág. 142.

[68] Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture,* cit., pág. 142. Estoy adoptando aquí -adrede- la posición más favorable al comunitarismo, la que consiste en suponer que en cada comunidad sólo hay *un* modo de vida. Esta posición es, falsa en determinados casos: los mormones tienen actitudes divergentes frente a la poligamia y los judíos ortodoxos la tienen respecto del estudio del Talmud por parte de las mujeres. Cfr. Amy Gutmann, «The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics», *Philosophy and Public Affairs,* vol. 22, número 3, págs. 175-176 y 188-189.

[69] Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture,* cit., pág. 51.

opciones de ser cazador, o brujo[70], y los niños aborígenes verían como normal el modo de vida occidentalizado y no en el modo de vida tradicional de su comunidad[71]. De modo que la preferencia de los indios (o, al menos, de parte de ellos) por la segregación no sería reflejada en el funcionamiento del mercado.

Esta consecuencia no se debería a ningún defecto peculiar de los aborígenes. Ocurre, simplemente, que ellos están sujetos a una ley extraña y no tienen control sobre los individuos que ingresan a su territorio. Los comunitarios sostienen que invadir el territorio de otras personas no sólo amenaza sus propiedades, sino también su vida común y sus pautas culturales. En el caso de los indios habría una clara conexión entre la pérdida de la soberanía y la pérdida de la capacidad para mantener su vida común[72], con el agravante de que cuando una comunidad se destruye es para siempre, pues no puede ser reconstruida de nuevo[73].

El problema no se confina a los indios, ciertamente. Los habitantes de Quebec, que ven su cultura amenazada por el predominio anglófono en Canadá, demandan el derecho de restringir el ingreso de otros canadienses a su territorio[74]. Por lo pronto, ya Quebec ha promulgado ciertas leyes en el campo del lenguaje: ni los francófonos ni los inmigrantes pueden enviar a sus hijos a escuelas angloparlantes y las empresas que tengan más de cincuenta empleados deben ser dirigidas en francés[75].

Sin embargo, y pese a que la principal preocupación de estas comunidades reside en la inmigración, es difícil proponer como solución el aislamiento de las mismas, dejándolas al margen de todo contacto con otras civilizaciones,[76] y de hecho no es ésta la solución que se propone. ¿Qué efectos produciría -entonces- el adoptar una solución ortodoxamente liberal para este problema? La política liberal no alienta de modo específico a las comunidades, pero las preserva -con su política de derechos individuales- en los casos en que ya existen, o en los que un número suficiente de individuos desea constituirlas. Obviamente no alienta su florecimiento, puesto

---

[70] Danley, cit., pág. 181.

[71] McDonald, «Liberalism, Community, and Culture», cit., págs. 128-129.

[72] Thompson, cit., págs. 316 y 320. En el caso de Australia el mercado nunca funcionó, por la sencilla razón de que los colonizadores despojaron a los indígenas de sus tierras.

[73] McDonald, «Should Communities Have Rights?», cit., pág. 230.

[74] Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture,* cit., pág. 225. No es casualidad, como puede verse, que el comunitarismo haya tenido tanta difusión en Canadá.

[75] Charles Taylor, *Multiculturalism..,* cit., págs. 52-53.

[76] Thompson, cit., págs. 325-326.

que la política liberal practica en este aspecto la neutralidad. En realidad los derechos individuales liberales permiten el cambio pacífico dentro de las comunidades[77], pero los comunitarios considerarían este rasgo más como un defecto que como una virtud.

Desde el punto de vista liberal, el Gobierno respeta la diversidad de las tradiciones culturales, y permite la existencia de culturas rivales, e incluso compatibles. Pero no garantiza, con subsidios ni de ninguna otra manera, la institucionalización de tradiciones o de modos de vida[78], puesto que no es esa su tarea.

Para aquellos que asignan un valor decisivo a la existencia continuada de las comunidades esta solución del liberalismo tradicional resulta insatisfactoria, por lo que se han propuesto otros remedios para este problema.

Dos soluciones que apelan a derechos comunitarios

El primero de tales remedios pertenece a Will Kymlicka y se caracteriza por mantener la estructura liberal a la par que incorpora a ella derechos comunitarios. La idea comienza sosteniendo la importancia que reviste la pertenencia cultural desde el punto de vista político, una vez que se ha aceptado el deber positivo del estado de proteger las condiciones culturales que permiten la elección autónoma[79].

Frente a esta situación tradicionalmente han aparecido dos respuestas. La liberal consiste en otorgar poder a los grupos desaventajados de modo que éstos puedan desarrollar las prácticas comunes que promueven sus fines, lo cual -sin embargo- no asegura la efectiva promoción de tales fines. La comunitaria -a su vez- postula la existencia de fines compartidos que sirven como base para una política del bien común, fines que pueden ser encontrados en los roles y prácticas históricas; pero esta postura olvida que esos fines sólo fueron definidos por una pequeña porción de la sociedad[80]. Ninguna de las soluciones tradicionales, entonces resulta por completo satisfactoria.

Los derechos de las culturas minoritarias aparecen en el momento en que se reconoce la circunstancia de que la gente pertenece a distintas culturas y tiene un interés legítimo en asegurar la continuación de su propia cultura. Los derechos comunitarios se justificarían, de este modo, por su capacidad para permitir a las culturas minoritarias el desarrollar su propia vida cultural, capaci-

[77] Buchanan, cit., págs. 865-866 y 872.
[78] Gray, cit., pág. 266.
[79] Kymlicka, «Liberal Individualism and Liberal Neutrality», cit., pág. 904.
[80] Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture,* cit., pág. 87.

dad que resultaría insuficientemente protegida, recurriendo a derechos individuales[81].

La dificultad que aparece ahora consiste en armonizar la existencia de estos derechos comunitarios con la doctrina liberal, puesto que a primera vista no hay lugar para la idea de derechos colectivos dentro de la ontología del liberalismo: para el liberalismo la comunidad no tiene pretensiones propias. Por eso mismo los liberales canadienses consideraron -yo creo que con corrección- que su teoría era incompatible con la asignación de derechos colectivos a la cultura minoritaria aborigen[82]. ¿Cómo puede solucionarse esta dificultad, entonces? Reconociendo que los miembros de las comunidades culturales minoritarias enfrentan problemas especiales con respecto al bien de la pertenencia cultural, y que esta desventaja requiere el otorgamiento de derechos minoritarios. No porque esas comunidades tengan algún tipo especial de *status* -desde luego-, sino porque sólo a través de una estructura cultural segura los individuos pueden conocer las opciones disponibles y examinar su valor. Si la pertenencia cultural es importante para perseguir nuestro interés en llevar una vida buena, entonces, piensa Kymlicka, tener en cuenta esa pertenencia forma parte del tener igual consideración por los intereses de cada miembro de la comunidad[83]. Claro está que podría argumentarse que las elecciones aborígenes, tal como las de los demás individuos, deberían estar sometidas a las exigencias del mercado. Si los aborígenes optan por un estilo de vida caro, que requiere la posesión de una gran cantidad de tierra que debe dejarse sin desarrollar, ¿por qué no pujan por ella en el mercado? Un intento de respuesta surge de considerar las circunstancias desiguales que los aborígenes enfrentan. La existencia misma de la comunidad cultural aborigen depende de las decisiones de la mayoría no aborigen que la rodea, por lo que ellos deben gastar sus recursos en asegurar su pertenencia cultural, mientras los no aborígenes la tienen asegurada gratis. Las medidas especiales requeridas por los aborígenes servirían sólo para eliminar una ventaja que los no aborígenes ya tienen antes de elegir[84]. Y -finalmente- la comunidad que se protege de esta manera no restringe la individualidad: por el contrario, es la pertenencia a una comunidad cultural la que permite la libertad individual y las elecciones significativas respecto del modo de conducir nuestra vida[85].

---

[81] Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture,* cit., págs. 136-137.
[82] Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture,* cit., págs. 140 y 144.
[83] Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture,* cit., págs. 162, 165 y 167-168.
[84] Kymlicka. *Liberalism, Community, and Culture,* cit., págs. 185 y 189.
[85] Kymlicka. *Liberalism, Community, and Culture,* cit., pág. 208.

¿Qué puede decirse de este intento de Kymlicka de compatibilizar al liberalismo con la concesión de derechos comunitarios? Ante todo -sin duda- que es una compatibilización parcial. Sólo se justifica proteger mediante este tipo de derechos a las comunidades que defienden la libertad de elección y valoran la autonomía: en otras palabras, a las comunidades liberales. Una comunidad fundamentalista no podría requerir su protección mediante este tipo de derechos, por lo que tendría razón McDonald en afirmar que Kymlicka argumenta en favor de la hegemonía de la cultura liberal[86].

Por otra parte la idea de Kymlicka se apoya en la afirmación de que la posición en la que se encuentran los aborígenes es un producto de las circunstancias y no un producto de la elección[87], y su argumento depende entonces de que pueda mostrarse que la cultura de un individuo es una circunstancia de la que él no es responsable. Pero aunque los aborígenes tengan sentimientos muy fuertes respecto de su identidad cultural pueden sin embargo construir nuevas relaciones e instituciones culturales[88], como lo demuestra, por cierto, la gran cantidad de aborígenes que han optado con éxito por asimilarse a la cultura occidental. De modo que no sería correcto comparar la pertenencia a una cultura con una deficiencia física, por ejemplo, porque los individuos con deficiencias físicas preferirían dejarlas de lado si pudieran hacerlo y su problema reside en que no pueden. Mientras, por el contrario, los miembros de las culturas minoritarias no desean abandonar su pertenencia cultural, aunque podrían hacerlo. Podrían hacerlo en la medida en que un individuo que es criado dentro de una cultura llega a un momento de su vida en el que es capaz de elegir entre retenerla o abandonarla, por lo que retener la pertenencia cultural se acerca a una elección[89].

Esta última crítica a la posición de Kymlicka le es dirigida desde el interior de la teoría liberal. Desde el punto de vista comunitario la crítica que se le dirige trata de mostrar que su concepción es insuficiente para asegurar la supervivencia de la cultura minoritaria. Protege a la gente que existe, pero no a las generaciones futuras, y esta última protección sería lo que está en juego[90]. El intento conciliador de Kymlicka parece no haber convencido entonces ni a liberales ni a comunitarios.

---

[86] McDonald, «Liberalism, Community, and Culture», cit., pág. 127.
[87] Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture,* cit., pág. 191.
[88] Danley, cit., págs. 175-176 y 181.
[89] Danley, cit., págs. 176-177.
[90] Charles Taylor, *Multiculturalism...,* cit., pág. 41.

Porque los comunitarios, desde luego, tienen su propia solución para el problema. Ellos son sin duda partidarios de las cuotas, de modo de garantizar los derechos de los grupos reservando para ellos una porción de los cargos en el Gobierno, negocios y universidades[91]. Si la mayoría de los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos hubiera adherido al comunitarismo Bakke hubiera perdido su caso frente a la Facultad de Medicina de la Universidad de California[92], puesto que el individuo de raza negra que había ingresado en su lugar, y con peores calificaciones, hubiera tenido su puesto asegurado en virtud de su pertenencia a una raza determinada. McDonald está interesado en defender los derechos grupales, por ejemplo, puesto que cree que los intereses del grupo no son separables en intereses individuales: ninguno de los miembros del grupo actúa simplemente por sí mismo, sino que cada uno juega su parte en el entendimiento normativo compartido[93]. Pero si esta actuación colectiva depende de que todos los integrantes del grupo se identifiquen con una forma de vida, no debe olvidarse que dos personas que comparten, sin embargo, sus fines y proyectos: los planes de vida de un franco canadiense que desea servir a Dios y el de otro franco canadiense que es ateo son planes de vida que revelan un conflicto entre ellos o -al menos- no son planes de vida compartidos, aunque ambos individuos participen de la cultura franco canadiense[94].

Los derechos grupales que los comunitarios apoyan se manifiestan típicamente en la propiedad de la tierra ya que ellos sostienen que, en los casos de muchas tribus aborígenes, ese derecho de propiedad debe otorgarse a las comunidades y no a los individuos[95]. Si no se apela al derecho comunitario, de todos modos el derecho de propiedad sobre la tierra que se propone como solución implica que éste se otorga de un modo limitado, con la propiedad ligada durante varias generaciones, de modo que el propietario presente no puede tratada como si fuera su dueño absoluto[96].

De modo que la existencia presente y futura de diversas culturas se ha querido proteger con derechos comunitarios tanto desde la teoría liberal cuanto desde la propia teoría comunitaria. Sin embargo, no es ésta la única solución posible al problema de la subsistencia de estos grupos, como ahora veremos.

---

[91] Glazer, cit., pág. 91.

[92] *Regents of the University of California v. Allan Bakke, U.S. 98 S. Ct. 2733, 46 LW 4896 (1978).*

[93] McDonald, «Should Communities Have Rights?», cit., pág. 218.

[94] Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture,* cit., pág. 239.

[95] Thompson, cit., pág. 328.

[96] Bigelow, Pargetter y Young, cit., pág. 344.

Una solución que no apela explícitamente a derechos comunitarios

Los mismos autores comunitarios sugieren a veces, de manera implícita, una nueva manera de resolver el problema de los grupos minoritarios. Los derechos por los que ellos ahogan tienden a establecer un espacio dentro del cual predominan las reglas del grupo respecto de temas tan específicos como los de la educación, las comunicaciones y la forma de las instituciones políticas[97]. Pero en este caso ese grupo dejaría de ser *minoritario* y pasaría a constituir un nuevo estado, con su propio ordenamiento jurídico. Esta solución, entonces, está limitada a aquellas minorías que ocupan un territorio determinado, como ocurre con los aborígenes del Canadá.

Un sistema similar se ha propuesto en Australia, donde para formular una concepción de derechos sobre la tierra que resulte adecuada a sus necesidades los aborígenes han reclamado su soberanía, la que no pueden ejercitar mientras sigan siendo ciudadanos de Australia[98]. Es también el método seguido en los Estados Unidos, donde los miembros de las comunidades indias -mediante el sistema de reservas indígenas- han sido capaces de proteger su cultura. Las reservas constituyen jurisdicciones políticas especiales respecto de las cuales las comunidades indias tienen ciertos poderes garantizados[99].

Esta solución reduce el aire paradójico que rodea a la idea de Raz de que ciertos bienes colectivos no pueden protegerse mediante la concesión de derechos individuales. El derecho de los palestinos a su autodeterminación es difícil de alcanzar otorgando derechos individuales a Arafat respecto de la autodeterminación[100]. Pero la preservación de la cultura palestina si se resuelve -como ya lo advirtió la comunidad internacional- mediante la creación de un estado palestino.

La creación de un nuevo estado atenúa el problema central de los llamados derechos comunitarios, que consiste en su marcada desigualdad. Si las tribus aborígenes se consideraran estrictamente como parte de los Estados Unidos no podría aceptarse que en ellas no se permitiera la libertad de culto. Como no son parte estricta de los Estados Unidos, y los integrantes de las tribus desean un siste-

---

[97] McDonald, «Liberalism, Community and Culture», cit., págs. 124-125.

[98] Thompson, cit., pág. 328.

[99] Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture,* cit., pág. 136.

[100] Joseph Raz, *The Morality of Freedom,* Oxford, Clarendon Press, 1986, pág. 136. De todos modos, si la auto-determinación se considera un bien público debo recordar que no es necesario resolver el problema de los bienes públicos otorgando derechos comunitarios.

ma jurídico de ese tipo, la dificultad se reduce (aunque no desaparece, salvo en el caso de que todos los habitantes de la reserva desean practicar el mismo culto, y no aparezca nunca ningún inmigrante que discrepe). Si la tribu de los inúes no formara parte estricta del Canadá podría ser razonable que estipulara ciertos requisitos para la aceptación de inmigrantes (entre los que podría contarse la práctica de un determinado culto). Como forman parte del estado canadiense, en cambio, no se comprende la manera en que ellos podrían limitar la libertad de tránsito de sus conciudadanos.

Como he dicho antes, no todas las culturas pueden beneficiarse de esta solución. Los portorriqueños viven en New York no disponen de un territorio en el que puedan aplicar sus propias formas jurídicas y constituir un nuevo estado: viven dispersos entre los ciudadanos norteamericanos que habitan allí. Pero donde la solución puede aplicarse ella parece preferible a la que los comunitarios proponen.

El funcionamiento de los derechos comunitarios

Hasta ahora parece que me he limitado a criticar ciertas deficiencias prácticas en la aplicación de los derechos comunitarios y que éste es el límite de mi objeción a ellos. No es cierto, sin embargo. Mi objeción es mucho más fuerte: creo que los llamados derechos comunitarios no son sino el modo en que se describe cierta restricción de los derechos individuales. Cuando se habla de derechos comunitarios lo que quiere decirse es que algunos derechos individuales han sido restringidos, y nada más que esto.

Abundan los ejemplos de lo que acabo de afirmar. A veces se enuncia expresamente que las metas colectivas pueden requerir ciertas restricciones al comportamiento de los individuos, y que esas restricciones pueden -a su vez- violar derechos de los individuos[101]. O se sostiene que es mejor que los ingresos comunitarios sean protegidos por la comunidad, puesto que los riesgos para tales intereses se incrementarían si los miembros de la comunidad pudieran ejercer ciertos derechos[102].

Tampoco faltan casos concretos de estas restricciones. Los comunitarios socialistas sugieren eliminar algunos derechos liberales en aquellas áreas en las que ciertas formas de cultura privada amenazan con tener un impacto destructivo en la cultura pública[103].

---

[101] Charles Taylor, *Multiculturalism...,* cit., pág. 55.
[102] McDonald, «Should Communities Have Rights?», cit., pág. 232.
[103] Miller, «In What Sense..», cit., pág. 72.

También proponen restringir la actividad de los partidos políticos locales, exigiendo que todos los partidos presenten candidatos en un cierto número de áreas geográficas antes de que sus representantes puedan ser elegidos[104].

El gobierno de Quebec -como hemos visto- restringe el derecho de sus habitantes a enviar a sus hijos a escuelas anglo-parlantes, y el derecho de sus grandes empresarios a dirigir sus empresas en otro idioma que el francés[105]. Y se han defendido estas restricciones argumentando que una sociedad como la de Quebec no puede sino dedicarse a la defensa y promoción de la cultura y el lenguaje franceses, aunque esto implique cierta restricción de las libertades individuales[106].

Es común insinuar, por otra parte, que los trabajadores extranjeros deben votar únicamente en las elecciones municipales, y no en las generales[107]. O abogar por restricciones a la movilidad sobre la base de que un mundo de movilidad completa sería un mundo de individuos desarraigados[108].

Pero es ciertamente en el caso de los aborígenes donde mejor se aprecia este rasgo restrictor de los supuestos derechos comunitarios. Para proteger a estas comunidades se han propuesto medidas tales como restringir la movilidad, propiedad y derechos de voto de los individuos no aborígenes, así como su derecho de residencia. Los líderes aborígenes pretenden una residencia de tres años antes de permitir el ejercicio del derecho de voto, un 30% obligatorio de representación aborigen en el gobierno regional, y un poder de veto en manos de esos representantes sobre aquella legislación que afecte intereses aborígenes cruciales[109].

Hablar de derechos comunitarios, entonces, es utilizar una forma de expresión que esconde la realidad. Todos los ejemplos de supuestos derechos comunitarios que he mostrado consisten sólo en la restricción de los derechos individuales de los individuos que no integran el grupo protegido. Si el grupo protegido -como suele ocurrir- es una minoría, los derechos comunitarios son disfraces que encubren la restricción de los derechos individuales de la mayoría.

Es muy extraño, entonces, que se haya pasado por alto el costo de imponer estos supuestos derechos comunitarios. Que se olvide

---

[104] Miller, «Socialism and Toleration», cit., pág. 251.

[105] Charles Taylor, *Multiculturalism...,* cit., págs. 52-53.

[106] Charles Taylor, «Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate», en Nancy Rosenblum (ed.), *Liberalism and the Moral Life,* cit., pág. 182.

[107] Fullinwider, cit., pág. 269.

[108] Walzer. *Spheres of Justice,* cit., pág. 39.

[109] Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture,* cit., págs. 138 y 146-147.

que las protecciones especiales para las culturas minoritarias resultan en una distribución desigual de derechos[110] y que no se preste atención a las pérdidas que resultan de adoptar políticas anti-individualistas[111]. La actitud de muchos individuos frente a la eventual protección de ciertas culturas sin duda variaría si se concibe el problema no como uno de *conceder* derechos a esos grupos, sino como el de *restringir* los derechos de todos los integrantes de los demás grupos.

Y no se piense -equivocadamente- que éste es un problema lejano que sólo afecta a aquellos vinculados de alguna manera con los inúes, por ejemplo. Cualquiera de nosotros puede verse afectado por la invocación de derechos comunitarios, como lo descubrieron -a su pesar- seis estudiantes norteamericanos que alquilaron una casa en la pequeña localidad de Belle Terre, Long Island. Para preservar el estilo de vida de la comunidad el municipio prohibía que más de dos personas que no tuvieran vínculos de sangre vivieran juntas y la Corte Suprema[112] sostuvo la constitucionalidad de la ordenanza municipal en cuestión. Disintió el juez Marshall, quien trajo a colación el problema central de invocar derechos comunitarios: esas ordenanzas municipales no podían infringir derechos constitucionales básicos.

Las relaciones entre las comunidades

Creo que el problema se aprecia con más claridad si observamos las distintas maneras en que puede operar la relación entre dos comunidades (llamémoslas A y B).

Un primer supuesto posible es que ambas comunidades convivan en territorios vecinos, o en un mismo territorio, sin deseos de conectarse mutuamente. Los indios matacos que habitan el norte de la Argentina -por ejemplo- no desean conectarse con el resto de los argentinos ni adoptar sus pautas culturales (conducta que es reflejada exactamente en la actitud del resto de los argentinos frente a los matacos).

Un segundo puesto posible es que la comunidad A desee conec-

---

[110] Danley, cit., pág. 175.

[111] Kateb, cit., pág. 185.

[112] *Village of Belle Terre v. Boraas,* 416 U.S. 1 (1974). De todas maneras es justo recordar que la Corte Suprema norteamericana declaró inconstitucional una ordenanza municipal que prohibía a los negros adquirir propiedad inmueble en un área residencial blanca *(Buchanan v. Warley,* 245 U.S. 60 (1917).

tarse con la comunidad B, infiltrándola[113] y que la comunidad B no tenga ningún inconveniente con este propósito. El mestizaje brasileño es el fruto de esta actitud, donde A representa a los negros y primitivos y B a los blancos primitivos. En ninguno de estos supuestos se requiere ninguno de los llamados derechos comunitarios.

Un tercer supuesto posible lo constituye el caso de la comunidad minoritaria A que desea infiltrar a la comunidad mayoritaria B, la que a su vez no desea que la infiltración se produzca. Es el caso de los negros norteamericanos (A) que deseaban vivir, trabajar y estudiar de la misma manera en que lo hacían los blancos norteamericanos (B). En este supuesto, como lo muestra la historia reciente, basta con otorgar derechos individuales a los integrantes de B o -mejor dicho- en otorgar a los integrantes de B los mismos derechos individuales de los que antes sólo disfrutaban los integrantes de A. Ésta es la solución adoptada en *Brown vs. Board of Education* que mencioné al comienzo de este trabajo.

Un cuarto supuesto posible lo constituye el de una comunidad mayoritaria A que desea infiltrar a la comunidad minoritaria B, la que a su vez no desea que la infiltración se produzca. Es el caso de los negros sudafricanos (A) que desean vivir, trabajar y estudiar de la misma manera en que lo hacen los blancos sudafricanos (B). Tampoco en este caso se requieren derechos comunitarios, desde luego. La única diferencia entre este supuesto y el anterior consiste en que aquí la comunidad A es mayoritaria, lo cual -en todo caso sería un argumento más para otorgar a sus integrantes los derechos de los que ya gozan los integrantes de B.

En realidad, y para su desgracia, los aborígenes canadienses que piden la concesión de derechos comunitarios para proteger su cultura frente a los blancos franco y anglo-parlantes se parecen mucho a los blancos sudafricanos que pedían que se mantuvieran sus derechos comunitarios para proteger su cultura respecto de los negros. Tal como lo he mostrado antes, esos derechos comunitarios consistían sólo en restringir los derechos individuales de los sudafricanos negros.

Puede decirse que el resultado final del multiculturalismo contemporáneo no difiere del sistema de privilegio y separatismo que apoyaban los conservadores autoritarios de Sudáfrica[114].

---

[113] No hay ninguna connotación peyorativa en la palabra «infiltrar». Sólo deseo describir el caso de una comunidad que desea adoptar el modo de vida de otra, manteniéndose en estrecho contacto con otra.

[114] Gray, cit., pág. 266.

Acepto que hay diferencias entre las dos situaciones, pero son diferencias sólo graduales. Los inúes llegaron al norte de Canadá antes que los ingleses y los franceses lo hicieran, lo que no fue el caso de los blancos sudafricanos. Los inúes no demandan tampoco el 87% de la tierra de Canadá ni el derecho de restringir al 84% de la población canadiense al uso del 13% de la tierra, como pretendían en cambio algunos sudafricanos blancos respecto de los negros[115]. Pero estas diferencias no constituyen un motivo para otorgar estos supuestos derechos comunitarios a los inúes (ni mucho menos entonces, a los blancos sudafricanos).

El reconocimiento de un nuevo estado atenúa el problema de la desigualdad de derechos entre los habitantes, como he señalado antes. Es posible que el nuevo estado, sin embargo, no otorgue -o no otorgue todos- los derechos individuales propios del estado liberal. Que limite la propiedad de la tierra a la propiedad colectiva, o que restrinja la libertad de los cultos, por ejemplo. ¿Es ésta una objeción para que los liberales acepten la formación de este estado? Yo creo que no es -en todo caso- una objeción decisiva. Los liberales aceptan que se formulen y se lleven a cabo los planes de vida más diversos, entre ellos -desde luego- el plan de vida de vivir como un aborigen. Los rasgos más característicos del comunitarismo que expuse al comienzo ayudan a entender los motivos por los que un aborigen acepta esta restricción de sus derechos. Si la comunidad es al menos parcialmente constitutiva de la identidad del individuo, él aceptará que allí se practique sólo el culto comunitario, como una manera de preservar su identidad. Y si tiene fuertes lazos fraternales con el resto de los miembros de la comunidad, el individuo aceptará la fuerte redistribución del ingreso que implica la propiedad colectiva. El liberal lamentará la forma en que el nuevo estado se ha organizado, pero él no limita su tolerancia a los estados liberales, y reconocerá que los habitantes del nuevo estado han aceptado voluntariamente las restricciones impuestas. Mientras tanto, los derechos individuales de los habitantes del viejo estado liberal no habrán sufrido ninguna merma, porque no habrán sido víctima de ese peligroso espejismo que son los supuestos derechos comunitarios. Pero no quiero ocultar la circunstancia de que esta solución tiene rasgos objetables, puesto el que, para que no los tuviera, el régimen político establecido en el nuevo estado debería haberlo sido por unanimidad. En caso contrario, el ciudadano *x*, que vive en el nuevo estado desde antes que

[115] Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture.* cit., pág. 247.

éste se formara y practica un culto diferente, perdería el derecho individual a la libertad de cultos de que disfrutaba en el estado anterior, y debería optar entre practicar el culto comunitario o emigrar. Pero mientras existan partidarios del comunitarismo, el liberal estará obligado a elegir el mal menor en materia de restricción a los derechos individuales[116].

[116] Estoy agradecido a Carlos Rosenkrantz por sus valiosas observaciones sobre este trabajo.

LAS PARADOJAS DEL COMUNITARISMO[1]

Quisiera, a modo de introducción, mencionar algunas condiciones que, a mi juicio, debe cumplir una discusión filosófica fecunda entre las posiciones comunitarista y liberal.

Como en cualquier otro ámbito o disciplina, una discusión sólo puede ser fructífera si es racional, y una discusión sólo puede ser racional si ambas partes comparten algún conjunto de creencias. Es imposible discutir cuando no hay absolutamente *nada* en común. Cuando éste es el caso, la discusión (o intercambio de ideas) se asemeja a lo que, en términos de Kuhn, podríamos llamar una lucha entre paradigmas. Nótese que hasta aquí mi afirmación quiere ser condicional: si se desea una discusión racional, entonces deben compartirse algunas creencias. No dice que *haya* o que sea *posible* un tal tipo de discusión. Podría ser cierto que todas las discusiones filosóficas (o científicas) fueran luchas de paradigmas. No voy a entrar en este tema. Lo que voy a hacer es, en cambio, *presuponer* que es posible una discusión racional entre comunitaristas y liberales.

De lo que dije hasta aquí resultan las dos primeras creencias que voy a presuponer que ambas posiciones aceptan en común: que una discusión racional presupone un acuerdo en algunas creencias, y, además, que es posible en este caso una discusión racional. La pregunta siguiente es, cuáles pueden ser esas creencias comunes en el caso particular que nos ocupa. No detallaré exhaustivamente alguna

[1] Agradezco a los integrantes del seminario sobre comunitarismo que, bajo la coordinación de Ernesto Garzón Valdés, tuvo lugar en la Universidad de Mainz en el semestre de verano de 1993, así como a los participantes de las Jornadas sobre comunitarismo realizadas en Tossa de Mar (España) en mayo de 1994. También le agradezco a Michael Baurmann por sus comentarios críticos.

posible lista, pero sí señalaré dos ámbitos en que es, a mi juicio, imprescindible el acuerdo. El primero se refiere al concepto de coherencia lógica. Supondré (tercera presuposición) que tanto el comunitarismo como el liberalismo consideran que la coherencia es una condición necesaria para la aceptabilidad de una teoría moral. Esto implica aceptar la lógica estándar, y, eventualmente, sus extensiones. Simultáneamente, implica rechazar algunas «lógicas alternativas» (aquellas que niegan alguno de los principios lógicos)[2]. Por último (cuarta presuposición), supondré que ambas posiciones aceptan que otra condición necesaria para la aceptabilidad de una teoría moral es su compatibilidad con afirmaciones fácticas que se consideran verdaderas, o al menos confirmadas.

La tarea que me propongo en este trabajo consiste, en algún sentido, en una búsqueda. La búsqueda de lo que podríamos denominar un comunitarista coherente y genuino. Es decir, una teoría comunitarista que no contenga afirmaciones contradictorias, y que sea distinguible de cualquier otra teoría moral.

I

Gran parte de los desarrollos teóricos de los comunitaristas se dirigen a analizar críticamente la posición antagónica arquetípica, es decir, el liberalismo (particularmente en su versión kantiana). Por ello, creo que conviene buscar en esas críticas el origen de las diversas formulaciones teóricas que el comunitarismo puede adquirir.

La primera pregunta que creo conveniente realizar, en tomo de la crítica comunitarista al liberalismo, es cuál es exactamente el blanco de la crítica. El liberalismo, como cualquier corriente de pensamiento y acción, posee una multiplicidad de facetas, y diferentes críticas pueden estar dirigidas a diferentes aspectos, que conviene siempre diferenciar. Michael Walzer, por ejemplo, distingue dos blancos de ataque[3]. Por un

---

[2] Esto parece muy inofensivo, pero no lo es tanto, si prestamos atención a afirmaciones como la siguiente: «...the tragic protagonist (aquél que caracteriza la típica situación de los agentes morales, según MacIntyre) cannot do everything that he or she ought to do. This "ought", unlike Kant's, does not imply "can". Moreover any attempt to map the logic of such "ought" assertions on to some modal calculus so as to produce a version of deontic logic has to fail». (MacIntyre [1985], p, 224). Y lo es todavía menos, si recordamos que al menos algunos comunitaristas toman aspectos esenciales de la filosofía de Hegel. Si la discusión entre comunitaristas y liberales ha de ser encarada como una reiteración de la discusión entre kantianos y hegelianos, entonces creo que estamos condenados a un diálogo entre sordos.

[3] Walzer (1990a), esp. págs. 7-11. Invierto el orden en que Walzer presenta sus dos críticas.

lado, el liberalismo en su faz teórica, es decir, la *teoría* política, o filosófico-política liberal, y, por otro, el liberalismo en su faz práctica, es decir, las sociedades liberales realmente existentes; llamaré a esto último, siguiendo a Walzer, la *práctica* liberal. Como bien lo indica Walzer, esta distinción da lugar a dos críticas que, al menos a primera vista, parecen ser algo contradictorias entre sí. Por un lado, se le dirige una crítica directamente a la teoría liberal. Esta crítica le reprocha a la teoría liberal haber construido un modelo de individuo o agente moral excesivamente abstracto. Sandel denomina a este yo liberal «yo trascendental» o «unencumbered self», refiriéndose a las dos versiones en su opinión más importantes de la teoría liberal: la teoría kantiana y la teoría de Rawls[4]. Se trata de un yo moral que no se condice con la realidad moral o psicológica de los individuos de carne y hueso. Por otro lado, se le dirige una crítica a la práctica liberal, es decir, a las sociedades liberales, según la cual esta práctica ha creado individuos (reales) excesivamente egoístas, separados entre sí, sin vínculos, carentes de solidaridad, de ideales comunes, etc. Indirectamente, esta crítica se dirige también a la teoría liberal, en la medida en que ésta refleja fielmente una práctica moral que no es deseable, y de la que, incluso, es parcialmente responsable. Según la primera crítica, la teoría liberal no refleja adecuadamente la realidad moral de los seres humanos en sociedad, ni siquiera los que pertenecen a sociedades liberales; según la segunda, en cambio, la teoría liberal sí refleja adecuadamente la realidad moral de los seres humanos en las sociedades liberales, es decir, la práctica liberal. Sólo que esta práctica tiene consecuencias morales no deseables. Dejo de lado el hecho de que estas dos críticas resultan (por lo menos) conflictivas entre sí, y de qué modo podría encontrarse un compromiso entre ambas.

Me interesa en cambio realizar otra distinción dentro del liberalismo, que da lugar a dos críticas similares a las mencionadas por Walzer, pero no idénticas. Esta distinción se sitúa dentro de la *teoría* liberal misma. Es posible, creo, diferenciar en la teoría moral (o conjunto de teorías morales) que denominamos «liberal», dos niveles (una distinción análoga es, creo, aplicable a cualquier teoría moral):

1. Por un lado, un nivel que (sin pretender excesivo rigor terminológico) denominaré «metaético» o de fundamentación. En este nivel, me interesa distinguir dos tesis liberales. En primer lugar, una tesis que llamaré «universalismo o tesis universalista», según la cual es posible fundamentar, o justificar normas morales universales,

[4] Ver Sandel (1984), esp. pág. 85.

donde «universales» quiere decir, que poseen una validez que trasciende las diferentes concepciones del bien o fines particulares de tal o cual sociedad o individuo. En segundo lugar, una tesis que llamaré «neutralismo» o «tesis neutralista», según la cual es posible fundamentar o justificar normas morales neutrales respecto de las diferentes concepciones del bien o fines particulares de un individuo o sociedad; estas normas neutrales son, obviamente, las normas liberales sustantivas.

Me interesa detenerme con algún detalle en estas dos tesis liberales, para observar con precisión sus diferencias. Que existen normas cuya validez es universal significa, específicamente, que su *obligatoriedad* moral no depende de ningún contexto social o geográfico. Su obediencia es moralmente obligatoria para cualquier individuo, cualquiera que fuera su contexto o su concepción del bien. Obviamente, las normas morales universales son todas, en un *cierto* sentido, neutrales, porque valen independientemente de las concepciones del bien y los fines individuales o sociales. Pero no es éste el sentido de «neutral» al que se refiere la segunda tesis, que he denominado «tesis neutralista». Para el liberalismo, es posible fundamentar ciertas normas que, además de ser universalmente válidas, son *independientes,* es decir, no están conceptualmente vinculadas a ninguna concepción del bien. Su contenido (no su validez u obligatoriedad) no se ve «contaminado» con ninguna concepción del bien. Si la tesis neutralista es verdadera, entonces quiere decir que, al menos en ciertas circunstancias, es posible para un agente moral distanciarse de su concepción del bien (es decir, de su medio social, sus fines, su tradición, etc.) y reflexionar moralmente con independencia de esos contextos. Esto no está implicado necesariamente en la tesis universalista.

Es probable que, agregando ciertas premisas adicionales, sea posible encontrar una relación inferencial entre la tesis universalista y la tesis neutralista. Desde el punto de vista del liberalismo, es obvio que la neutralidad conforma una *razón* para creer que las normas poseen validez universal; además, para el liberal, una norma sólo podrá poseer validez universal si su contenido no depende de ninguna concepción del bien o tradición particular. Pero esta inferencia no es necesaria para los fines que me propongo aquí. De hecho, es al menos concebible una teoría que defienda una determinada concepción del bien y, simultáneamente, sostenga que ella posee una validez universal[5]. Del mismo modo, lo es, al menos como posibili-

[5] Ejemplos de teorías universalistas que no defienden la tesis neutralista podrían ser el marxismo, o algún tipo de perfeccionismo. La pretensión de imponer una determinada religión universalmente puede ser también interpretada de este modo.

dad lógica, una teoría cuyo contenido fuera neutral, pero que no fuera moralmente vinculante para cualquier individuo en cualquier sociedad o contexto cultural. Lo importante es que el liberalismo necesita y sostiene ambas tesis, y que ambas serán blanco de crítica comunitarista.

2. Por otro lado, tenemos el nivel «normativo» o sustantivo, es decir, aquel en el que se da el conjunto mismo de normas o valores «liberales». Aquí se sitúa lo que llamaré la «teoría liberal sustantiva»: los derechos individuales, la tolerancia religiosa, la libre expresión, las normas de justicia distributiva, el valor de la autonomía individual, la democracia liberal, etc.

Teniendo en cuenta esta distinción, pueden surgir dos críticas comunitaristas frecuentes, que, como dije, se relacionan con las dos críticas que menciona Walzer, sólo que ahora ambas están dirigidas a estos dos diferentes aspectos de la *teoría* liberal:

1. En primer lugar, se suele dirigir una crítica al aspecto metaético del liberalismo. Ésta se dirige a las dos tesis liberales que he distinguido en este nivel. Por un lado, se critica la tesis neutralista: sostener que pueden fundamentarse normas morales (es decir, las normas liberales sustantivas) de un modo neutral respecto de cualquier concepción del bien presupone un modelo de agente moral totalmente abstracto, desligado de toda circunstancia social concreta o particular. El problema no es aquí, como en la primera crítica de Walzer, que este agente sea «irreal», es decir, que no se condiga con la práctica liberal. Este modelo de agente moral es criticable ya en el plano de la teoría, porque carece de las notas esenciales que hacen posible la moralidad misma, básicamente, la inclusión dentro de un marco narrativo, historia o tradición determinada, sea cual fuera esta historia o tradición. Por otro lado, también se critica el universalismo liberal, sosteniendo que la inclusión en un contexto o tradición es la fuente de legitimidad de las normas morales. Una norma sólo puede ser vinculante si emana del marco comunitario al que pertenezco. Esto quiere decir que la obligatoriedad de una determinada concepción moral no puede extenderse de un modo universal. Los dos aspectos de la crítica (i. e., al neutralismo y al universalismo) están, naturalmente, muy vinculados y no aparecen diferenciados en la argumentación comunitarista.

2. En segundo lugar, se dirige una crítica a la teoría liberal sustantiva, por defender valores excesivamente individualistas, promover el egoísmo, la aparición de «free-riders», desincentivar virtudes comunitarias como el patriotismo, la solidaridad, etc.

La relación entre estas dos críticas parece, a primera vista, ser no tan conflictiva como la de las dos críticas mencionadas por Walzer. Por el contrario, podría hasta encontrarse un vínculo argumentativo, que podría ser el siguiente: el modelo de agente moral que propone la teoría liberal metaética es un yo moral descarnado, neutral, «egoísta racional», capaz de desligarse de todo vínculo comunitario para elegir sus fines, que por tanto carece de las notas esenciales de un verdadero agente moral, y da lugar, naturalmente, a normas y valores sustantivos vaciados de autoridad moral. Sin embargo, la primera crítica es, en un sentido, bastante más débil que la segunda, y, si bien es posible que la segunda presuponga a la primera (o al menos alguna interpretación de la primera), la inversa no necesariamente debe darse. Creo, por otro lado, que ambas críticas reflejan posiciones teóricas profundamente diferentes dentro del comunitarismo. Por ello, me detendré algo más en analizar cada una de ellas:

1. La primera crítica creo que pertenece de modo arquetípico a toda posición comunitarista. Sostiene, fundamentalmente, lo siguiente: el liberalismo pretende ser una teoría «neutral» respecto de las concepciones del bien, o valoraciones particulares, fines, etc. Es decir, pretende no presuponer ninguna concepción del bien determinada, sino sólo establecer un marco en el que diversos ideales del bien puedan desarrollarse. Pero esto es (de acuerdo con esta crítica comunitarista) una pretensión imposible, que, incluso, frustra la posibilidad misma de la moralidad, que siempre aparece vinculada con una determinada concepción del bien. Es plausible pensar que la razón para rechazar el universalismo liberal sea este rechazo al neutralismo (aunque no deseo abrir juicio al respecto). Cierto es que la imposibilidad de distanciarse y ubicarse en un punto de vista neutral hace difícil pensar que una determinada concepción moral pueda valer universalmente. Así como su fundamentación y contenido, también su obligatoriedad surge de un modo particular. En este sentido, el comunitarismo encarna de modo arquetípico la defensa de un particularismo moral, es decir, de la negación del universalismo.

Además, continúa esta crítica, esto ha contribuido a alimentar, dentro de la práctica liberal, una autocomprensión equivocada y peligrosa: que la propia teoría y práctica están más allá de toda tradición, o, más bien, que carece de tradición; que sus valores son universales y neutrales, y no dependen de ninguna circunstancia históricas o social concreta. MacIntyre, por ejemplo, expresa esta opinión, del siguiente modo:

> «When men and women identify what are in fact their partial and particular causes too easily and too completely with

> the cause of some universal principie, they usually behave worse than they would otherwise do»[6]. (Aquí se ve claramente el carácter antiuniversalista de la posición de MacIntyre).

De modo más concreto, también Walzer sostiene que esta pretensión universalista ha tenido y tiene consecuencias nefastas, tales como la justificación del imperialismo y el sojuzgamiento de naciones supuestamente «bárbaras» o «atrasadas»[7]. El universalismo liberal (que él incluye dentro de lo que denomina «covering-law universalism»), dice Walzer, es «always a cover for expansion and exploitation»; o, utilizando de una metáfora teológica: «Covering-law universalism is a jealous God, and all other gods but mine are idols».

Pero téngase en cuenta que esta crítica no dice nada acerca de cuál deba ser el contenido de la concepción del bien concreta que una comunidad posee o debe poseer. Más aún, de esta crítica se desprende que la teoría liberal misma, en su nivel sustantivo, refleja una concepción del bien, y la práctica liberal constituye una tradición como cualquier otra. Esta concepción del bien habla, entre otras cosas, de los derechos individuales, del valor de la autonomía, de la libertad para perseguir planes de vida diversos (dentro de ciertos límites), etc. Lo único que dice esta primera crítica es que la teoría liberal se equivoca cuando afirma ser neutral respecto de valores o concepciones del bien particulares y que las normas liberales poseen una validez universal.

Ahora bien, si es cierto que la aspiración universalista y neutralista del liberalismo es imposible, entonces quiere decir que estamos «atados» a determinado conjunto de valores e ideales, del cual no podemos tomar distancia y juzgarlo neutralmente. El propio marco es, para usar un término frecuente en los comunitaristas, «inescapable», porque nos constituye como agentes morales. Taylor expresa esta idea claramente:

> «...our discussion on identity indicates rather that it belongs to the class of the inescapable, i. e., that it belongs to human agency to exist in a space of questions about strongly valued goods, prior to all choice or adventitious cultural change»[8].

Esto implica, entonces, necesariamente, que alguien perteneciente a una sociedad liberal (que defiende los valores de la teoría liberal sustantiva) tampoco podrá tomar distancia, y deberá ser, por lo tanto,

---

[6] MacIntyre (19851, pág. 221.

[7] Walzer (1990b), pág, 541.

[8] Taylor (1989), pág. 31.

liberal. Las normas liberales sustantivas serán, además, genuinamente vinculantes sólo para aquellos que pertenecen al marco liberal. No debería ser, por tanto, sorprendente que esto les ocurra a los propios comunitaristas. De hecho, es cierto que ninguno de los principales comunitaristas desea abandonar, por ejemplo, el discurso de los derechos individuales, o los valores democráticos, ninguno desea caer en un conservadurismo preliberal. Walzer expresa claramente esta idea diciendo:

> «The language of individual rights -voluntary association, pluralism, toleration, separation, privacy, free speech, the career to talents, and so on- is simply inescapable. Who among us seriously attempts to escape? If we are situated selves [...] then our situation is largely captured by that vocabulary»[9].

Dicho de otro modo, Walzer viene a decir algo así como: si esta crítica comunitarista es correcta, es decir, si es cierto que la teoría liberal metaética es falsa, y nuestra identidad está determinada por el marco o tradición al que pertenecemos y es cierto que el liberalismo es una tradición, entonces nosotros, que pertenecemos a la tradición liberal, deberemos ser, al menos en gran medida, liberales. Dicho burdamente, ser comunitarista en el plano metaético, en una comunidad liberal, implica ser liberal en el plano sustantivo.

2. La segunda crítica lleva a una posición sustancialmente más fuerte. Es más fuerte porque no solamente critica al liberalismo en su faceta metaética (es decir, al neutralismo y universalismo liberal), sino también en su faceta sustantiva. No dice solamente que la teoría liberal metaética, sino incluso la teoría liberal *sustantiva,* es decir, los valores o normas liberales, son rechazables. ¿Por qué los valores liberales son rechazables? Porque, si bien puede ser cierto que el liberalismo constituye, como lo afirma la primera crítica (y contrariamente a lo que afirma la teoría liberal metaética), una tradición y un marco comunitario como cualquier otro, la teoría liberal sustantiva ha contribuido a que este marco no sea suficientemente *homogéneo*. El liberalismo es una tradición, pero demasiado débil. Aquí las ideas frecuentemente defendidas por el comunitarismo de que la moralidad presupone una idea del bien, y de que la identidad como agentes morales presupone un marco comunitario, tienen un significado diferente y mucho más fuerte que en el caso de la primera crítica. Lo que se defiende en este caso es la necesidad de una concepción

[9] Walzer (1990b), pág. 14.

del bien y del agente moral *comunitaria,* es decir, en la que prevalezcan valores o virtudes como la solidaridad, y los vínculos familiares, vecinales o nacionales. Se considera la justicia sólo como un remedio indeseable, un mal menor, cuando una comunidad está enferma y carece de verdaderas virtudes. Al respecto, es paradigmática la posición de Sandel al referirse al problema de las circunstancias de justicia dentro de la teoría de Rawls. Las circunstancias de justicia de carácter subjetivo consisten básicamente en el altruismo limitado y el egoísmo desinteresado (i. e. no envidioso). Si estas circunstancias se dan, dice Sandel, entonces es lógicamente necesaria la justicia. Pero estas circunstancias se dan, precisamente, cuando otras virtudes, como las que he mencionado, no están presentes. Para ilustrar este argumento, Sandel menciona el caso de la familia. En una familia en la que existen lazos afectivos fuertes y reina relativa armonía, predomina la generosidad y nadie está constantemente detrás de aquello que, según criterios de justicia, le corresponde. En la medida que esta armonía decrece y los conflictos aumentan, el afecto y la espontaneidad ya no son efectivos y debe recurrirse a la justicia y a la observancia de los derechos de cada uno[10]. ¿Significa esto que se ha producido un mejoramiento moral? De ningún modo; por el contrario, afirma Sandel:

> «If an mercase in justice does not necessarily imply an unqualified moral improvement, it can also be shown that in some cases, justice is not a virtue but a vice»[11].

Esto es coincidente con la visión de Hume, que Sandel cita precisamente en este contexto:

> «Increase to a sufficient degree the benevolence of men, or the bounty of nature, and you render justice useless, by enpplyin its place with much nobler virtues, and more favourable blessings[12].

Si esta crítica es correcta, entonces no se trata solamente de que una sociedad defienda una concepción del bien cualquiera, sino que, insisto, debe ser una concepción del bien con rasgos *comunitarios,* como opuestos a individualistas.

Otro buen ejemplo para ilustrar esta crítica es el del patriotismo, conocidamente discutido por MacIntyre. El patriotismo, como actitud

---

[10] Sandel (1982), pág. 33.

[11] Sandel (1982) pág. 34.

[12] La cita es de Hume, en Sandel (1982) pág. 32.

de lealtad incondicional hacia una comunidad o nación, sólo puede surgir en la medida en que se cumplan determinadas condiciones. Debo sentir un tipo especial de agradecimiento o deuda hacia mi nación, pero no por haber recibido de ella algún beneficio concreto, sino por tratarse de *mi* nación[13]. Este vínculo con mi comunidad o nación sólo puede establecerse en la medida en que ella tenga, para mí, un valor superior, al punto que mi propia vida deja de tener sentido sin su existencia (de ahí la disposición a sacrificarla por ella). Esta valoración surge, a su vez, de la creencia de que la propia nación posee una misión histórica particular que cumplir, que es lo que, precisamente, da sentido a mi existencia. Hasta qué punto son necesarias todas estas condiciones para generar vínculos patrióticos, es algo discutible; pero lo que en todo caso es indudable, es que una sociedad liberal *no* cumple con ninguna de ellas. Las sociedades liberales (al menos de acuerdo con la teoría liberal) se limitan a crear cierto marco de reglas que permitan a los individuos perseguir fines diferentes; no hay ninguna «misión» que cumplir, ni ningún fin unificador. Por lo tanto, el liberalismo, según esta segunda crítica, no sólo es reprochable porque defiende una concepción del bien particular sin admitirlo, sino porque esa concepción del bien es tal que no permite el surgimiento de los lazos comunitarios necesarios para constituir agentes morales y hacer surgir verdaderas virtudes morales, de las cuales el patriotismo es un ejemplo, entre otros.

II

De acuerdo con cuál sea la posición que se tome frente a estas dos críticas, parece posible distinguir dos tipos de comunitarismo. En primer lugar, los comunitaristas que llamaré «débiles», es decir, aquellos que defienden sólo la primera crítica, y consideran compatible, por ejemplo, ser comunitaristas y ser liberales, si es que el propio marco está constituido por los valores liberales sustantivos. El liberalismo como teoría sustantiva, y como práctica política, contrariamente a lo que sostiene la teoría liberal metaética, constituye, en opinión de los comunitaristas débiles, una tradición y una concepción del bien como cualquiera. Además, en gran parte, es el marco comunitario de los propios comunitaristas. De allí que no deseen abandonar sus principios básicos, y, como dice Walzer, se vean «capturados» por su vocabulario. En segundo lugar, tenemos los comunitaristas que denominaré «fuertes», que defienden ambas críticas, subrayando fundamentalmente la segunda, es decir, aquellos que consideran que una

[13] MacIntyre (1984), pág. 86.

verdadera tradición requiere algo más fuerte que lo que el liberalismo ofrece. Estos están en desacuerdo con el liberalismo incluso en cuanto al contenido de los valores liberales sustantivos, por considerar que no crean los lazos suficientes para que surjan verdaderas virtudes morales. Analicemos ahora más de cerca ambos tipos de comunitarismo:

1. El comunitarista débil sostiene, como vimos, una posición relativamente modesta. Él no defiende determinados valores, en contraposición con los valores liberales, sino que subraya solamente la vinculación necesaria entre los valores constitutivos del yo moral, y los valores del entorno o marco al cual ese yo pertenece. Este marco es constitutivo, en el sentido de que determina la concepción del bien y los fines últimos de cada individuo. Este marco puede ser, naturalmente, liberal o no serlo. Si lo es, como es el caso del entorno de los propios comunitaristas, entonces dado que el marco es «inescapable», estaremos determinados a ser liberales. Si, además, no queremos engañamos, y creer que somos liberales por alguna razón universal y neutral, seremos liberales en el nivel sustantivo y, simultáneamente, comunitaristas en el plano metaético.

Ahora bien, ¿es coherente esta posición ética? Se puede ser liberal en el plano sustantivo y no serlo en el metaético, tal como he definido ambos niveles? Creo que lamentablemente esto no es posible. La razón básica por la cual esto no es posible es que ambos niveles no son lógicamente independientes, sino que existe entre ambos una relación profunda de implicación. Intentaré mostrar esta relación entre las tesis liberales sustantivas y la tesis metaética universalista.

Un comunitarista débil debería sostener que es posible ser liberal en el plano sustantivo (es decir, defender los derechos individuales, las libertades políticas, el individualismo, etc.), y, simultáneamente, que estos valores sólo valen para las sociedades liberales, es decir, defender el particularismo.

Creo que un buen modo de aclarar porqué esto no es posible y en qué reside el núcleo del conflicto es remitimos a un ejemplo concreto.

Supongamos que defendemos la teoría liberal sustantiva (en alguna de sus posibles versiones). Para no ingresar en terrenos conflictivos dentro del liberalismo, tomaré un ejemplo indiscutido: la libertad religiosa.

Un comunitarista débil, en tanto es un particularista moral, debe aceptar la existencia de diferentes tradiciones, diferentes comunidades con valores diferentes, cada una encarnando un determinado ideal del bien, un determinado conjunto de fines. De modo que un comunitarista débil perteneciente a una sociedad liberal, considera que tanto derecho tiene él y su comunidad en defender sus valores liberales, como cualquier otra comunidad en defender alguna otra concepción

del bien, por ejemplo, una comunidad que imponga un ideal de excelencia humana basado en la religión. La actitud del comunitarista débil sería de no intervención y consideraría igualmente válidos sus valores que los de esta comunidad en que, digamos, no existe la libertad religiosa y una determinada religión es impuesta coercitivamente.

Pero, por otro lado, alguien que defiende la teoría liberal sustantiva (y el comunitarista débil *debe* defenderla, en la medida en que pertenece a este marco) consideraría que los individuos poseen un derecho a la libertad religiosa, y que el hecho de haber nacido en el país A o B no es un dato muy relevante para determinar si un individuo posee o no un derecho. Esto es una tesis *sustantiva*. Un liberal nos dirá que el individuo es más importante que la nación, y una nación en donde una religión es impuesta coercitivamente es una sociedad en donde los derechos son violados y los individuos oprimidos. ¿Cuál puede ser la razón, para un liberal, por la cual la discriminación religiosa es mala en el país A y buena en el país B? Sostener esto es incompatible con la posición liberal sustantiva.

Si mi argumentación respecto del comunitarismo débil es correcta, y si el ejemplo presentado es suficientemente representativo (y creo que lo es), entonces quiere decir que existe una vinculación argumentativa profunda entre las normas sustantivas típicamente liberales y (al menos) la tesis metaética universalista: no se puede ser genuinamente liberal en el plano sustantivo sin creer, además, que las normas liberales valen independientemente de los contextos, comunidades, y naciones particulares.

2. Pasemos ahora a la posición comunitarista fuerte. Podría sostenerse que el comunitarista fuerte no posee el problema del débil. Él sostiene que un comunitarista *no* puede defender los valores o principios de la teoría liberal sustantiva. El comunitarista fuerte critica la teoría liberal, tanto en su nivel metaético como en el nivel sustantivo, pretendiendo sustituir los valores constitutivos de la concepción del bien liberal (individualismo, egoísmo, etc.) por una concepción del bien comunitaria (solidaridad, patriotismo, lazos comunitarios, etc.). Esto parece ser más coherente, dado que el comunitarista fuerte es un particularista moral (niega el universalismo y el neutralismo liberal) que además niega las normas liberales sustantivas. Esto parece funcionar bien, en la medida que el propio marco constitutivo sea comunitario; pero, ¿qué ocurre si el mismo es liberal? Ocurre, nuevamente, una situación muy paradójica. Por un lado, el comunitarista fuerte es un particularista moral, es decir, sostiene que el yo moral (es decir los valores y normas a las que uno adquiere) está constituido por el marco o tradición al que uno pertenece. Ésta es la crítica metaética, que el comunitarista fuerte comparte con el débil. Pero, por otro lado,

ocurre que el propio marco puede ser liberal, como es el caso, según lo que ya hemos visto, de los propios comunitaristas. Sin embargo, el comunitarista fuerte, a diferencia del débil, rechaza este marco, rechaza estos valores individualistas y egoístas. Pero entonces, ¿de dónde proviene esta posición crítica hacia su propia comunidad? ¿Cómo es que no se ve «capturado» por el vocabulario liberal? El comunitarismo no es algo que pertenezca a su marco constitutivo; su marco es liberal. Curiosamente, el comunitarista fuerte requiere razones neutrales para rechazar determinado tipo de concepción del bien (liberal), y abrazar determinado *otro* tipo (comunitaria). Necesita dar razones por las cuales una sociedad liberal no promueve verdaderas virtudes y sí lo hace una sociedad comunitaria[14]. No puede buscar las razones en su marco comunitario, porque éste es, para su desgracia, liberal. Esta capacidad de alejarse del propio marco es, precisamente, lo que afirma la tesis metaética neutralista. Y esta capacidad es lo que el comunitarista fuerte necesita para criticar su propio marco. Nuevamente, para poder defender la posición comunitarista, es necesario abrazar una tesis profundamente anticomunitarista: la tesis de que no estamos (al menos, *tan)* «capturados» por nuestro marco o tradición, y que este marco no es (tan) constitutivo.

El comunitarista fuerte podría ensayar la siguiente respuesta para escapar de esta dificultad. Se trata, por lo demás, de un argumento presentado a menudo por los comunitaristas, cuando desean evitar caer en un tradicionalismo conservador. La idea es formulada por MacIntyre con claridad:

> «Notice that rebellion against my identity is always one possible mode of expressing it»[15].

De este modo, un comunitarista fuerte podría sostener que, cuando el comunitarismo contradice las tesis sustantivas del liberalismo, está, de algún modo, siendo fiel a su identidad liberal. Pero esta estrategia es, en realidad, lo que en términos de Popper se denomina «hipótesis *ad hoc»*. Si un modo de expresar mi identidad es negándola, entonces mi identidad admite exactamente *cualquier cosa*. O,

---

[14] Véase la clasificación de diferentes tipos de virtudes que realiza MacIntyre, de las cuales el tipo superior, consiste en «having an adequate sense of the traditions to which one belongs or which confront one». La afirmación de que esto es una virtud es, sin duda, una afirmación universal (MacIntyre [1985], pág. 223).

[15] MacIntyre (1985), pág. 221. Para la aplicación de este argumento para escapar de una posición tradicionalista conservadora, que avala *cualquier* tradición, véase la nota anterior.

dicho de otro modo, cualquier cosa que yo haga o diga o exprese, podría ser interpretado como expresión de mi identidad. Aun cuando el liberalismo no es una teoría monolítica y admite diferentes versiones, y aun cuando parte del ideario liberal incluye la posibilidad de cuestionamiento y crítica, esto tiene límites precisos, fuera de los cuales no tiene sentido seguir diciendo que se defienden valores liberales.

Nuevamente es útil referirse a ejemplos concretos. Uno de los principios tradicionalmente liberales consiste en sostener que solamente existe responsabilidad moral de tipo *individual.* Esto se sustenta parcialmente en la creencia de que sólo los individuos son agentes morales y no existen entidades colectivas a las que se les pueda adjudicar esta cualidad. Este principio no es una fórmula vacía; es una tesis sustantiva e impregna y condiciona muchos de los juicios morales concretos. Por ejemplo, un liberal debe sostener que no existe actualmente una responsabilidad moral de la gran mayoría de los alemanes por los crímenes perpetrados por los nazis. No existe ni una responsabilidad individual (dado que no fueron autores de esos crímenes), ni colectiva (dado que no hay entidades colectivas moralmente relevantes)[16]. Ésta es una tesis fuerte y, tal vez, discutible. Pero lo importante ahora es que el comunitarismo debe negar este punto de vista, y de hecho algunos comunitaristas lo hacen explícitamente[17]. Se trata de un desacuerdo sustantivo. Si un individuo cuya identidad está constituida por la tradición liberal niega la posición liberal en este punto, defendiendo la idea de que existe una culpa moral colectiva, entonces, es mejor sencillamente sostener que se ha apartado de los valores liberales, que ya no es liberal. Lo importante, en el fondo, no es si alguien se adjudica el rótulo de liberal o no, o quién tiene derecho a hacerlo, sino que estamos frente a dos posiciones *diferentes,* y que si defendemos una, no podemos defender la otra.

Nótese la similitud entre las situaciones paradójicas en que quedan ambos tipos de comunitaristas: el comunitarista débil es un particularista moral, que, dada su situación particular (liberal), debe ser universalista; y el comunitarista fuerte es un particularista moral que,

---

[16] Salvo, por supuesto, los casos de criminales todavía vivos, que son individualmente responsables por sus actos. Deseo insistir en que, en este ejemplo, me estoy refiriendo a una responsabilidad *moral* directa. No es, por supuesto, inconsistente con el liberalismo defender la esencia de una responsabilidad *política* de Alemania, en el sentido de reparar los daños producidos a las víctimas del nazismo, así como la responsabilidad moral *indirecta,* consistente en asumir esa responsabilidad política y contribuir para esa reparación.

[17] Explícitamente rechaza esta posición, en éste y otros ejemplos, MacIntyre en (1985), págs. 220-221.

para escapar de su situación particular (que lo conminaría a ser liberal), debe también recurrir a criterios neutrales[18].

II

Un último intento de rescatar la posición comunitarista podría consistir en enfatizar la distinción entre el universalismo y el neutra-

[18] Al margen de la discusión de este trabajo, es interesante notar que puede establecerse una vinculación entre las dos posiciones comunitaristas analizadas y un cierto relativismo moral de tipo sociológico: nuestros juicios morales y los valores que defendemos no son universales, porque están determinados por las circunstancias sociales particulares en que estamos situados. No es posible «tomar distancia» y elaborar evaluaciones morales neutrales. (Más respecto de la relación entre comunitarismo y relativismo moral en Nino (1989), págs. 158 y ss.). Sin embargo, es necesario, a mi juicio, aclarar que el relativismo moral, independientemente de sus méritos propios, posee una ventaja sustancial respecto del comunitarismo. El relativismo moral (o al menos alguna versión de éste) no pretende construir una teoría moral. Justamente, se trata de una teoría destructiva de la moral: lo único que existe, según ella, son códigos morales diferentes, pero no existe ningún criterio para establecer la *validez* moral de los mismos. En el nivel metaético, el relativismo niega la posibilidad de toda fundamentación racional de las normas morales. El comunitarismo, en cambio, es una teoría ética *positiva,* que pretende establecer criterios de validez moral. Esto marca una diferencia fundamental. El relativismo moral, en tanto es base de una posición escéptica de la fundamentación ética, puede aceptar, junto con el liberalismo, el siguiente juicio condicional: *si* existe un sistema moral válido, éste debe ser universal. Sólo que el determinista escéptico niega el antecedente: pero él puede perfectamente aceptar que, en el caso de que se pudiera hablar de un sistema moral justificable, al menos algunas de sus normas deberían tener validez universal. En cambio, el comunitarismo debe negar este condicional, afirmando que es posible la existencia de códigos morales justificables que no posean *ninguna* norma en común. El determinismo moral niega el universalismo, pero niega también la posibilidad de justificación de normas morales; en cambio, el comunitarismo niega el universalismo, pero pretende justificar una moralidad. Para expresar crudamente con un ejemplo la diferencia, el escepticismo determinista considera que la moral democrática y la moral nazi se encuentran en el mismo nivel: aquellos cuyo contexto los ha determinado a ser demócratas creerán en la primera, y aquellos cuyo contexto los ha determinado a ser nazis, creerán en la segunda, pero *ninguna de las dos* puede justificarse como una moral válida. El comunitarismo, por su lado, sostiene igualmente que ambas se encuentran en el mismo nivel, y por las mismas razones, pero, además, sostiene que *ambas* son morales válidas. Por supuesto, un comunitarista puede escapar a esta consecuencia indeseable, diciendo que el nazismo es una desviación o aberración de la tradición alemana, mientras que la democracia es un representante genuino de su respectiva tradición. Pero esto es un recurso evidentemente *ad hoc,* que, por lo demás, requiere algún criterio universal para distinguir posiciones genuinas de aberrantes. Esta estrategia puede detectarse, por ejemplo, en el trabajo de MacIntyre sobre el patriotismo, cuando menciona el caso de la resistencia de alemanes contra el nazismo (MacIntyre, 1985, pág. 97). Vuelvo sobre este tipo de estrategias en la sección siguiente.

lismo que he realizado al comienzo del trabajo, y defender la independencia de ambas tesis, de modo de sostener alguna versión de la tesis universalista, y solamente rechazar el neutralismo. En esta dirección se encuentra el esfuerzo de Walzer en su Tanner Lectures, y al cual me referiré brevemente a continuación.

Walzer distingue dos tipos de universalismo. Por un lado, lo que él denomina «universalismo de ley general» (covering-law universalism), y, por otro, el «universalismo reiterativo». El primero está representado arquetípicamente por el liberalismo (aunque Walzer incluye en la discusión otras teorías universalistas como el marxismo, y ciertas interpretaciones de las religiones judía y cristiana), mientras que el segundo constituye una propuesta de Walzer que podría ser compatible con ciertos valores comunitaristas, como por ejemplo, el valor de la nacionalidad.

No es mi intención exponer la compleja (y a veces no del todo clara) argumentación de Walzer, pero algunas de sus principales tesis son las siguientes. En primer lugar, y como ya fue mencionado antes, el universalismo de ley general posee una pretensión hegemónica: si lo que es justo, es idéntico en toda sociedad, entonces debe tenderse a implantar esos valores, incluso contra la voluntad y la cultura imperante en determinada nación. Esto es, por lo tanto, una vía hacia el imperialismo y el sojuzgamiento. El universalismo reiterativo, en cambio, es respetuoso de las particularidades y del camino que cada nación o comunidad elige para realizar sus propios valores. ¿Qué es lo que diferencia al universalismo reiterativo del particularismo? El particularismo, como hemos visto en el caso del comunitarismo, posee la dificultad de que es incapaz de evaluar de un modo neutral la propia u otras culturas. No es capaz, en palabras de Walzer, de hacer un «rank ordering» objetivo que jerarquice de mejor a peor diferentes comunidades o naciones. El universalismo reiterativo tampoco pretende hacer esto, dado que «the rank ordering of cultures always threatens the men and women whose culture it devalues»[19]. Pero sí pretende realizar un «very limited ranking». Esta jerarquización objetiva mínima (que constituye el elemento *universal* del «universalismo» reiterativo), no se refiere a las pautas culturales internas de una nación, sino solamente al comportamiento de una nación respecto de otras, así como la represión del surgimiento de nuevas comunidades nacionales[20].

---

[19] Walzer (1990b), pág. 546.

[20] Walzer (1990b), pág. 551: «There is no universal model for a national culture, no covering law or set of laws that control the development of a nation. But there is a universal model for the behavior of one nation toward the others». Y más adelante (pág. 552): «...reiterative universalism operates as a constraint, ruling out policies

El universalismo reiterativo impone, por tanto, una restricción universal. Ésta consiste en un principio de no intervención o no expansión de una nación sobre otra. Excluye aquellas concepciones de la nacionalidad que contienen el valor de «nación con una misión» universal[21]. Más aún, Walzer sostiene que la noción de misión (a pesar de que la hemos visto aparecer en el contexto de la defensa que MacIntyre hace del comunitarismo) es propia del universalismo de ley general. El deseo de expansión de una nación sobre otra debe ser, normalmente, justificado por los líderes políticos y los intelectuales:

> «The need to justify themselves; hence their reasons are moral reasons, which take the form -I am not sure that any other is available- of coverin-law universalism»[22].

Sin intentar hacer una interpretación fiel del propósito de Walzer, podemos preguntarnos de qué modo esta posición combina ciertos componentes universalistas con otros particularistas. Esquemáticamente, la idea es la siguiente. Existen ciertos valores universales, tales como el principio «that human beings are entitled to equal respect and concern»[23]. Pero el universalismo de ley general ha convertido este principio en una ley hegemónica, pretendiendo imponer *su* interpretación del mismo; lo cual, a su vez, ha sido un pretexto para someter y explotar otras culturas. Este principio, en cambio, debe interpretarse de modo reiterativo, permitiendo que cada cultura realice su interpretación y recorra su propio camino, de acuerdo con sus circunstancias y su cultura. Esto lleva, concluye el argumento, a un respeto por la particularidad, en el sentido de que el único modo de experimentar y realizar esos valores es *a través* de la propia cultura o nación. En definitiva, el respeto por la particularidad y el nacionalismo (no expansionista) son el camino más seguro y genuino de alcanzar esos valores universales.

Creo que este argumento admite dos interpretaciones:

1. La primera puede formularse del siguiente modo. El universalismo de ley general (especialmente liberal) y el universalismo reiterativo poseen, formalmente, los mismos ideales o principios[24]. Pero el

---

that are inconsistent with the further "development of native talent" and local cultures» (La frase citada pertenece a Berlin, citado en pág. 551

[21] Walzer (1990b), pág. 540.

[22] Walzer (1990b), pág. 539.

[23] Walzer (1990b), pág. 529.

[24] De hecho el principio citado en la nota anterior pertenece a Dworkin.

camino para que esos ideales se realicen es diferente. El universalismo de ley general, queriendo *imponer* esos ideales, los frustra, al no permitir que se desarrollen espontáneamente sobre la base de las diferencias que caracterizan cada cultura. Ahora bien, esta interpretación se funda en una premisa *fáctica,* que, por otro lado, Walzer se esfuerza por demostrar: que el universalismo de ley general ha sido la principal fuente de imperialismo y opresión, mientras que los movimientos de liberación son de carácter nacionalista[25]. Más allá de la discusión acerca de si esto es empíricamente el caso[26], es claro que, en un sentido profundo, la posición de Walzer (bajo esta interpretación) no se distingue sustancialmente de la posición liberal. Se trata únicamente de una diferencia de estrategia para realizar valores comunes. De hecho, es un tema controvertido *dentro* del liberalismo, si es éticamente justificable o no la intervención en otros Estados para imponer coercitivamente, por ejemplo, el sistema democrático, o liberarlo de una dictadura[27].

2. La segunda interpretación puede reconstruirse del siguiente modo. No se trata de una cuestión empírica o estratégica, sino conceptual. El universalismo liberal (como cualquier universalismo de ley general) posee un ideal de justicia único. Él cree poseer *la* interpretación adecuada del ideal de igual respeto y consideración. Pero tal interpretación única no existe. Cada sociedad debe reiterar (siempre de modo diferente y particular) la búsqueda e interpretación de ese ideal. Por ello, el único elemento universalista debe consistir en el

---

[25] Véase esp. Walzer (1990b), págs. 536 y ss.

[26] Dicho sea de paso, creo que es empíricamente falso. Es *falso* que solamente (o principalmente) doctrinas universalistas han aumentado el imperialismo, la expansión y la opresión de otros pueblos. No haré un recuerdo, pero si hemos de ser imparciales, debemos reconocer que todo tipo de doctrinas han servido como pretexto para la agresión y dominación. No solamente la de que había que llevar la civilización a pueblos bárbaros (en el caso del liberalismo), o la liberación a los pueblos oprimidos (en el caso del marxismo), sino también la que habla del «espacio vital», o, más recientemente, de la «limpieza racial» de la propia nación. Cuál de estos pretextos ha llevado a aberraciones mayores, es algo en lo que vale la pena entrar, pero debemos admitir que ninguna tiene el privilegio de la exclusividad. Por otro lado, es *falso* que los movimientos de liberación frente a la opresión y el imperialismo hayan sido siempre (o principalmente) de índole nacionalista. Cabe recordar (y esto lo reconoce el propio Walzer) que los valores liberales, al menos en su versión democrática, también están en contra de la opresión y a favor del derecho de autodeterminación. En resumen, no podemos abogar en favor de este o aquel valor, sobre la base de que ha sido o no usado para buenas o malas causas: todos los valores han sido utilizados para respaldar las mejores y las peores.

[27] Más aún, la versión liberal clásica (que puede encontrarse en Kant y Mill) rechaza todo tipo de intervención. Para una exposición de las diferentes posiciones y defensa de la justificación de la intervención en algunos casos, véase Garzón Valdés (1991).

respeto por el «derecho a la reiteración»[28]. Si bien esta segunda interpretación parece más plausible (y, probablemente, más cercana a la intención de Walzer), es todavía muy ambigua. Por un lado, entendiendo «reiteración» en un sentido más o menos estricto, debemos afirmar que el derecho a la reiteración no puede ser interpretado como un derecho a la total autodeterminación, sea cual fuere el contenido. «Reiteración» implica que ciertos contenidos mínimos de aquello que es universal deben «reiterarse». En este caso, nuevamente estamos frente a una posición muy cercana al universalismo liberal. Éste tampoco niega el derecho a diferencias culturales o de elegir «a particular understanding of the good life». Por el contrario, intenta respetar esas diferencias. Sólo que establece límites precisos a esas diferencias, límites que pretenden poseer universalidad[29]. Ahora bien, si no incluimos determinados límites en el derecho a la reiteración, entonces quiero decir que puede darse el caso de que no se trate *en absoluto* de una reiteración; y entonces no se entiende por qué se usa el término reiteración, y dónde reside el elemento universalista del «universalismo reiterativo». Una respuesta a esta objeción podría ser que, permitiendo el desarrollo espontáneo de las culturas, la reiteración se producirá también espontáneamente. Sin embargo, esto es expresamente negado por Walzer: «Reiterative universalism, by contrast, makes no predictions [...] about the substance of the successive reiterations»[30]. En este caso, entonces, el universalismo reiterativo no se distingue relevantemente del particularismo: cualquier contenido es legítimo, y el principio de igual respeto y consideración admite cualquier interpretación. Si es así, entonces las mismas críticas que en la sección II dirigí al comunitarismo pueden aplicarse aquí.

Conclusión

Si bien la posición de Walzer merecería tal vez un análisis más detallado, me gustaría sintetizar a modo de conclusión el resultado al que hemos arribado: tanto el comunitarismo débil como el comunitarismo fuerte resultan posiciones paradójicas, cuando ocurre que el

---

[28] Véase Walzer (1990b), pág. 535: «We act immorally whenever we deny to other people the warrant for what I will now call *the rights of reiteration,* that is, the right to act automously and the right to form attachments in accordance with a particular understanding of the good life» (subrayado mío).

[29] Por ejemplo, que el «particular understanding of the good life» no puede contener el derecho de los hombres a disponer libremente de las mujeres, tal como ocurre en muchas culturas.

[30] Walzer (1990b), pág. 547.

agente moral que reflexiona acerca de su identidad moral y pretende comprenderla, pertenece a una práctica moral no comunitaria, sino liberal. El comunitarista débil, porque al pertenecer a un marco liberal, se ve obligado a aceptar el universalismo liberal que él desea rechazar, es decir, se ve obligado a rechazar el particularismo moral que le es propio; el comunitarista fuerte, porque necesita adoptar las tesis neutralista (y por tanto, negar que estamos «atados» a nuestra tradición) para poder criticar y rechazar la teoría liberal sustantiva. Estas paradojas se resuelven, naturalmente, en la medida en que se abandona el rechazo a la tesis universalista, tal como ocurre con el universalismo reiterativo de Walzer. Sólo que entonces es muy cuestionable si seguimos frente a una teoría genuinamente comunitarista (y si éste fuera el caso, entonces nuevamente parece caer en los problemas del comunitarismo débil o fuerte). Si es que existe un punto en común entre los diferentes comunitaristas es el énfasis en la vinculación fundamental (o incluso «trascendental» en el sentido de Kant, tal como puede encontrarse en Taylor[31]) entre el yo moral y el marco particular al que ese yo pertenece. Esto implica, hasta donde yo puedo entender, negar la tesis verdaderamente universalista, es decir, negar que existen normas que limitan o condicionan esa vinculación «constitutiva».

Si esto último es cierto, y si las dos posiciones comunitaristas que he distinguido son suficientemente representativas (en el sentido de que cubren de modo más o menos exhaustivo el espectro posible de teorías comunitaristas), entonces llegamos a la conclusión de que el comunitarismo debe hacer frente a algunos conflictos teóricos importantes. En el fondo, se ve enfrentado a un conflicto que (no casualmente) es similar al que se ve enfrentado todo nacionalismo, cuando la propia tradición le resulta adversa. Tal vez, todas las disquisiciones que he realizado puedan ser resumidas en la siguiente frase de Borges sobre el nacionalismo argentino: «el culto por el color local es un reciente culto europeo que los nacionalistas deberían rechazar por foráneo»[32].

---

[31] Taylor (1989), pág. 32.

[32] Borges (1989), págs. 270.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Borges, J. L., «El escritor argentino y la tradición», en *Discusión.* Obras completas. Tomo I, Barcelona, 1989.

MacIntyre, A., «Ist Patriotismus eine Iugend?, en A. Ronnet. *Kommunitarismus. Eine Debatte uber die moralischen Grundlagen moderner Gesellscharten.* Frankfurt, 1993. Cito MacIntyre (1984).

MacIntyre, A., *After Virtue. A Study in Moral Theory.* London, 2.ª ed., 1985.

Nino, C., *Ética y Derechos humanos.* Buenos Aires, 2.ª ed., 1989.

Sandel, M., *Liberalism and the Limits of Justice.* Cambridge, 1982.

Sandel, M., «The Procedural Republic and the Unencumbered Self», *Political Theory* 12, 1984.

Taylor, C., *Sources of the Self,* Cambridge, 1989. Walzer. M., «The Communitarian Critique of Liberalism». *Political Theory,* 18, 1, 1990. Cito [1990a].

Walzer. M., «Nation and Universe» en G. Peterson (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values.* Salt Lake City, 1990. Cito (1990b).

DOXA 17-18 (1995)

LIBERALISMO VS. COMUNITARISMO*
(JOHN RAWLS: UNA CONCEPCIÓN POLÍTICA DEL BIEN)

John Rawls, al retomar el tema de la relación entre lo *justo* (Τὸ δίκαιον, *right)* y lo *bueno* (Τὸ ἀγαθόν, *good*) en uno de sus últimos artículos[2], ha vuelto a centrar la reflexión filosófico-moral en uno de los viejos temas ligados al origen mismo de esta reflexión: la *congruencia* entre lo *bueno* y lo *justo*[3], o, lo que es lo mismo, la posibilidad de hacer compatible una teoría de la justicia con una concepción del bien y de legitimar el surgimiento de virtudes *políticas* como la tolerancia, la razonabilidad, el sentido de equidad, que son las bases de la cooperación social y por tanto de una sociedad justa y bien ordenada.

Rawls es consciente de la necesidad de esa compatibilidad si se quiere formular una concepción pública de la justicia que proporcione la estructura normativa para las instituciones sociales básicas de una *democracia constitucional* donde los individuos, que son parte integrante de ella, no solamente admiten la necesidad de un *ordenamiento* normativo de la misma, sino que también tienen una *concepción del bien,* que desean desarrollar y realizar dentro de dicha sociedad[4].

---

* Quiero expresar mi agradecimiento a Javier de Lucas por su lectura, consejos y sugerencias que han contribuido, sin duda ninguna, a mejorar la primera redacción de este trabajo, que fue presentada en el X Congrès de Filosofia al País Valencià.

[2] J. Rawls, «The Priority of Right and Ideas of the Good», en: *Philosophy and Public Affairs,* vol. 17, n.º4, 1988, págs. 251-77; ver también: *A Theory of Justice,* Oxford, Blackwell, 1972 (Trad. cast., *Teoría de la Justicia,* F.C.E., 1979); «Justice as Fairness: Political Not Metaphysical», en: *Philosophy and Publics Affairs,* vol. 14, n.º 3, 1985, págs. 223-51, «The Idea of an Overlapping Consensus», en: *Oxford Journal of Legal Studies,* vol. 7, nº. 1, 1987, pág. 25. (Estos artículos se citarán, respectivamente: P.R.I.G.; T.J.; J.F.P.M.; I.O.C).

[3] Cfr. Gilberto Gutiérrez, «La congruencia entre lo bueno y lo justo. Sobre la racionalidad en la moral», en: Revista de filosofía, 2.ª Serie, II, 1979, pág. 3.

[4] Sobre este punto, ver Mª Pilar González Altable, «John Rawls: una concepción pública de justicia para una sociedad pluralista y democrática», en: *Quaderns,*

La concepción rawlsiana, al proporcionar el marco normativo necesario para que la congruencia entre lo justo y lo bueno sea posible, abre una nueva perspectiva para el pensamiento liberal contemporáneo al separarlo de consideraciones neoconservadoras o libertarias como las de Hayek, Nozick y otros, y al colocarlo en un terreno donde los planteamientos más ligados a un liberalismo exclusivamente económico pasan a un segundo lugar[4].

En este sentido Rawls ha abierto un nuevo punto de partida para la reflexión político-liberal cuyo objetivo central es hacer compatible el individualismo con una valoración de la sociedad, de la cooperación social, y donde *libertad* e *igualdad* no sean conceptos opuestos, sino que la afirmación del primero lleve a la realización del segundo.

Por eso no es de extrañar que el liberalismo de Rawls haya suscitado una inmensa literatura tanto a favor como en contra y que la polémica esté servida sobre todo desde la línea de pensamiento inaugurada por comunitaristas como A. MacIntyre, M. J. Sandel, Ch. Taylor[5] que pretenden mostrar la incompatibilidad de las afirmaciones básicas del liberalismo, como son la defensa de los derechos básicos del individuo, la pluralidad de concepciones del bien y la prioridad de lo justo sobre lo bueno, con la necesidad de establecer prioritariamente una concepción comprehensiva del bien, cuyo núcleo sea el establecimiento de la *comunidad* como el *bien básico,* el fin último de la *vida buena,* y sin la cual la justificación de principios prácticos generales es imposible.

El adoptar una postura u otra indudablemente nos llevará a estructurar un modelo de sociedad distinto y una teoría política con una fundamentación ética distinta.

Ante este panorama de separación de posturas la teoría normativa de Rawls se presenta como un intento de elaborar una teoría capaz

---

vol. 18, 1991, págs. 43-45; y *John Rawls: Una concepción política y liberal de la Justicia,* La Coruña. Novo Século, 1993.

[4] Sobre este punto son muy interesantes los trabajos de: Javier Muguerza. «Entre el liberalismo y el libertarismo. Reflexiones desde la ética», en: *Zona Abierta,* vol. 30, 1984, págs. 1-62; Brian Barry, *The Liberal Theory of Justice,* Oxford, Blackwell, 1975: Chantal Mouffe, «Rawls: Political Philosophy Without Politics» en: David Rasmussen (ed.), *Universalism vs. Communitarianism,* Cambridge (Mass.), The M.I.T. Press, 1990, págs. 217-37.

[5] A. MacIntyre, *After Virtue,* University of Notre Dame Press, 1984, (trad. cast. *Tras la virtud,* Barcelona, Crítica, 1987): *Whose Justice? Which Rationality?,* London, Duckworth, 1988; M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice,* Cambridge University Press, 1981 «Justice and Good», en: M. Sandel (ed.), *Liberalism and its Critics,* Oxford, Blackwell, 1984, págs. 159-177; Ch. Taylor, «Hegel: History and Politics», en: M. Sandel (ed.). *ibid.* págs. 177-200; *Sources of the Self. The Making of Modern Identity,* Cambridge (Mass.), Harvard University Press. 1989.

de justificar un conjunto de principios prácticos subyacentes a una concepción política de la sociedad que incorpore una concepción del bien no moral sino política. Una teoría cuyo objetivo central es posibilitar la realización del bien moral de cada individuo, no sólo como ente particular, sino también como miembro de una colectividad, y sin intentar definir a priori la «buena comunidad».

Ello es, precisamente, lo que me ha llevado, en el presente trabajo, a analizar y exponer en primer lugar la concepción del bien que Rawls elabora como parte integrante de su concepción política de «justicia como equidad», y en segundo lugar a examinar hasta qué punto son acertadas o no las críticas comunitaristas a Rawls y en general al neoliberalismo.

Uno de los análisis más sugerentes actualmente sobre la relación entre los conceptos de lo *justo* y lo *bueno* es la concepción política de justicia elaborada por Rawls, donde la bondad como racionalidad juega un papel importante.

A este respecto comenzaremos el análisis con un texto de Rawls bastante significativo:

> «la idea de la prioridad de lo justo *(right)* es un elemento esencial en lo que he llamado liberalismo político y tiene un papel central en justicia como equidad como una interpretación de esa visión (...). Intentaré cambiar esas y otras ideas erróneas sobre lo que la prioridad de lo justo significa esbozando su conexión con cinco ideas bien fundadas en justicia como equidad: (1) la idea de bondad como racionalidad, (2) la idea de los bienes primarios, (3) la idea de permitir concepciones comprehensivas del bien, (4) la idea de las virtudes políticas, y (5) la idea del bien de una sociedad (política) bien ordenada»[6].

La concepción política de justicia rawlsiana no determina lo que es lo *bueno,* pero tampoco se ve condicionada a priori por una concepción comprehensiva del bien, siendo su objetivo central crear el marco normativo necesario para el desarrollo de la libertad. La concepción política de justicia de Rawls pretende ante todo justificar unos principios prácticos generales que garanticen las libertades y derechos básicos de los individuos en cuanto que son personas individuales y ciudadanos de una sociedad bien ordenada.

Rawls no trata en ningún momento de establecer o definir cuál es el valor fundamental de la vida humana, aquello que constituye la *vida buena,* sino de crear un marco normativo para una sociedad,

---

[6] P.R.I.G., pág. 251.

vista como una empresa cooperativa para el beneficio de todos los que la componen, sin que por ello haya un rechazo de las concepciones morales y filosóficas globales que forman parte de la concepción del bien de cada individuo como personas morales.

Ahora bien, para comprender la concepción del bien planteada por Rawls, tenemos previamente que analizar su liberalismo político.

El liberalismo político rawlsiano y el modelo de sociedad que éste sustenta se caracteriza, ante todo, por crear un espacio común donde una pluralidad de formas de vida con distintas concepciones del bien puedan coexistir, facilitando así la unión entre pluralidad, cultura, libertad individual, racionalidad pública y racionalidad individual.

Rawls desarrolla un liberalismo donde la prioridad de lo justo sobre lo bueno facilita la incorporación de un fuerte principio de libertad negativa, posibilitando así, por un lado, el reconocimiento de la pluralidad, y por otro, estableciendo el alcance y límites del poder del estado. El estado está para garantizar y posibilitar el desarrollo de derechos políticos y civiles de los individuos promoviendo la sociedad como una empresa cooperativa para el beneficio de todos.

De esta forma, si seguimos el razonamiento rawlsiano a lo largo de toda su obra, y sobre todo en sus últimos artículos[7], se aprecia perfectamente que el objetivo central de su argumentación estriba en fundamentar una concepción política de la justicia que soporte una concepción liberal del estado, pero en ningún momento intenta proporcionar una concepción sustantiva del bien.

Una concepción normativa de la política, según Rawls, no debe señalar cuáles son los fines últimos del hombre ni en qué consiste su felicidad. Esto es algo que cada individuo debe determinar por sí mismo y la concepción pública de justicia debe crear el marco adecuado para que cada individuo pueda intentar la realización de sus fines particulares, sean cuales sean. Ello no implica que esta concepción no lleve aparejada una concepción de las virtudes políticas necesarias para un mejor desarrollo de la cooperación social y una noción del bien, cuya característica esencial es que pueda ser compartida por todos los individuos que componen la unidad social, independientemente de sus concepciones del bien de un alcance más comprehensivo.

Por tanto, una concepción política según Rawls:

> «...debe dibujarse sobre varias ideas de bien. La cuestión es: ¿bajo qué restricciones puede el liberalismo político hacer esto?»[8].

---

[7] Ver nota (1).

[8] P.R.I.G., pág. 253.

La principal restricción, en la estructura argumentativa de Rawls, presupone la *prioridad* de lo *justo* sobre el *bien,* lo que únicamente significa que las ideas del bien para ser plausibles deben respetar los límites de la concepción política de la justicia. Esta concepción supone: 1) que puede ser compartida por ciudadanos libres e iguales y 2) que no presume una concepción comprehensiva del bien completamente particular[9].

La concepción del bien aceptable para una concepción política de la justicia concebida como un liberalismo político tendrá, por tanto, unas características propias que la harán diferente de una concepción comprehensiva del bien, tal como veremos a continuación.

Primeramente Rawls denomina a su concepción del bien *bondad como racionalidad.* Esta concepción se construye sobre dos ideas básicas: a) los miembros de una sociedad democrática tienen al menos una idea intuitiva de cuál es su plan racional de vida y a la luz de él ordenan todos sus recursos y esfuerzos; b) una concepción política de justicia, para ser factible y servir de base justificativa para los ciudadanos, debe incluir la vida humana y el cumplimiento de las necesidades y propósitos de cada individuo como un bien general, y situar la racionalidad como un principio básico de la organización política y social[10].

Bondad como racionalidad es una concepción política que en conjunción con otras ideas como la idea política de persona[11] cumple dos funciones dentro de la concepción política de justicia: a) nos ayuda a identificar una lista de bienes primarios factible y b) nos capacita para poder especificar la motivación de las partes en la posición original y explicar por qué dicha motivación es racional.

Esta parte de la teoría es la que Rawls denomina la teoría *escueta* (thin) *del bien* cuyo contenido lo componen el conjunto de *bienes primarios*[12].

---

[9] P.R.I.G., pág. 263.

[10] P.R.I.G., págs. 254 y ss. Ver también: T. J. cap. VII, pero teniendo en cuenta que las ideas aportadas en P.R.I.G. suponen un avance con respecto al análisis del bien que lleva a cabo en dicho capítulo; J.F.P.M. sección I.

[11] Sobre este punto, ver nota (3).

[12] «La lista de los bienes primarios básicos (...) tiene cinco encabezamientos: (1) derechos y libertades básicas de los que una lista puede también ser dada; (2) libertad de movimiento y libre elección de ocupación junto con un haz de diversas oportunidades; (3) posibilidades y prerrogativas de oficios y posiciones de responsabilidad en las instituciones políticas y económicas de la estructura básica; (4) ingresos y riqueza (5) las bases sociales del autorrespeto. Esta lista incluye las principales características de las instituciones, esto es, derechos y libertades básicas, oportunidades institucionales, y prerrogativas de oficio y posición junto con ingresos y riqueza. Las bases sociales del autorrespeto son explicadas en términos institucionales completados con las características de la cultura política pública tales como el reconocimiento público y la aceptación de principios de justicia» (P.R.I.G., pág. 257)

Estos bienes son los valores *comunes,* los valores insertos en la cultura pública de las sociedades democráticas contemporáneas y cuya distribución es precisamente la que regulará los principios de justicia.

La teoría escueta del bien presupone la *autonomía* racional de las partes, que les lleva a desear la mayor cantidad posible de los bienes básicos cuya distribución es objeto de la estructura básica de la sociedad y por tanto debe ser regulada por una concepción pública de justicia.

Así *bondad como racionalidad* no es, para Rawls, una doctrina comprehensiva del bien humano, sino parte de una concepción política de justicia, vista como una forma de liberalismo político que proporciona los bienes comunes que toda democracia constitucional trata de distribuir.

El liberalismo político busca ante todo una idea de ventaja racional dentro de una concepción política que sea independiente de una doctrina comprehensiva particular y desde aquí ser el centro de un «consenso por solapamiento» *(overlapping consensus),* lo que le permitirá alcanzar lo que ha de contar como una demanda apropiada.

En justicia como equidad la concepción de los bienes primarios dirige este problema político-práctico y la pieza clave es que los ciudadanos, aunque no afirmen la misma concepción comprehensiva completa en todos sus fines últimos y lealtades, satisfacen dos condiciones para una idea compartida de ventaja racional: 1) afirman la misma concepción de sí mismos como personas libres e iguales; y 2) sus concepciones del bien y las doctrinas religiosas y filosóficas afines, aunque distintas unas de otras, requieren para su desarrollo los mismos bienes básicos, esto es, las mismas oportunidades, derechos, libertades, así como los mismos medios económicos -ingresos y riqueza-, todo lo que en definitiva está asegurado por las mismas bases del autorrespeto. Esos bienes son cosas que los ciudadanos necesitan como personas libres e iguales, y las demandas sobre ellos son vistas como demandas absolutamente apropiadas[13].

Como vemos, en Rawls hay una definición institucional del bien que hace que éste sea objeto de una concepción política de justicia y no de una concepción moral del mismo. Ello supone un avance con respecto a doctrinas utilitaristas, en cuanto doctrinas comprehensivas, y también con respecto a planteamientos comunitaristas, dado que ninguna concepción comprehensiva del bien es aceptada generalmente por los ciudadanos y por tanto el seguimiento y desarrollo de algunas de ellas por parte del Estado a través de las instituciones

[13] P.R.I.G., págs. 259-260. Ver también: T.J., cap. II y VII; J.F.P M.; I.O.C.

básicas le daría un carácter sectario, no admisible desde un liberalismo político como el de Rawls.

Es en este contexto donde hay que entender la afirmación, o mejor dicho la exigencia, de *neutralidad* del estado con respecto a las concepciones del bien por parte del liberalismo político rawlsiano y del liberalismo en general.

Para Rawls la noción de neutralidad[14] es parte de una etapa y le sirve ante todo para conectar la prioridad de lo justo con las dos ideas de bien que hasta ahora hemos venido analizando: bondad como racionalidad y los bienes primarios básicos.

Ahora bien, desde el punto de vista rawlsiano la participación en los bienes primarios no es entendida como la media del bienestar psicológico o utilidad esperada del conjunto de los ciudadanos, como los economistas pueden decir, pues la justicia como equidad rechaza de plano la idea de comparar y maximizar el conjunto del bienestar como tema de la justicia política. Los bienes primarios tan solo especifican las necesidades que los ciudadanos como personas libres e iguales tienen o, lo que es lo mismo, cuál es su bien en cuanto ciudadanos cuando las demandas de justicia se plantean.

Es en ese sentido en el que se puede decir que la concepción rawlsiana de la justicia es neutral, ya que su objetivo central no es defender una concepción general del bien como la única verdadera e imponerla a través de las instituciones sociales básicas, sino estructurar una sociedad libre donde los individuos puedan desarrollarse como personas libres e iguales, tomando como punto de partida la *libertad,* que es al mismo tiempo el contenido de la justicia.

Todo ello nos lleva a la idea del bien de una sociedad política, más específicamente el bien que los ciudadanos realizan, como personas individuales y como cuerpo corporativo, al mantener un régimen constitucional justo.

Para ello Rawls admite la necesidad de desarrollar en los individuos determinadas *virtudes políticas*[15] -tolerancia, razonabilidad y el sentido de equidad-, lo que no implica en ningún momento que jus-

---

[14] P.R.I.G., págs. 260-268. Sobre este tema de la «neutralidad y liberalismo», son muy interesantes los análisis de: Catherine Audard, «Principes de Justice et Principes du Libéralisme: la 'Neutralité de la Théorie de Rawls'», en: C. Audard, R. Boudon et al.: *Individu et justice Sociale. Autour de John Rawls,* Editions du Seuil, 1988, págs. 158-193: R. Dworkin, *A Matter of Principle,* Oxford, Clarendon Press, 1986, págs. 191 y ss.; Peter Marneffe, «Liberalism, Liberty, and Neutrality», en: *Philosophy and Public Affairs,* vol. 19, n.º 3. 1990, págs. 253-274; Joseph Raz, *The Morality of Freedom,* Oxford, Clarendon Press, 1989, págs. 110-133; «Facing Diversity: The Case of Epistemic Abstinence», en: *Philosophy and Public Affairs,* vol. 19, n.º 1, 1990, págs, 3-47.

[15] Sobre este tema de la importancia de las «virtudes públicas», en terminología

ticia como equidad conciba a la sociedad como una comunidad política al estilo clásico aristotélico, sino más bien como una unidad social de individuos diferentes o grupos distintos que cooperan para conseguir sus propios fines, ya sean individuales o asociativos, y que comparten una misma visión sobre sí mismos.

> «Justicia como equidad abandona el ideal de una comunidad política si por aquel ideal entendemos una sociedad política unificada bajo una única doctrina comprehensiva religiosa, moral y filosófica. Esa concepción de la unidad social está excluida por el hecho del *pluralismo* (...), el liberalismo político concibe la unidad social de una forma diferente -a saber, como *derivada* a partir de un *consenso por solapamiento* sobre una concepción política de justicia. En semejante consenso esta concepción política es afirmada por los ciudadanos que mantienen diferentes y conflictivas doctrinas comprehensivas. Esto lo hacen desde el interior de sus propias y diferentes visiones»[16].

Las virtudes políticas en este sentido se nos presentan como aquellas disposiciones o rasgos del carácter que es necesario desarrollar en las personas en cuanto ciudadanos, porque ello, sin duda, contribuirá a lograr una mayor estabilidad y cohesión social. En suma, las virtudes políticas para Rawls son aquellas disposiciones que, cuanto más desarrolladas estén en los ciudadanos, mejor contribuirán a que la sociedad sea una empresa cooperativa para el beneficio de todos, constituyéndose así en un bien para todos los ciudadanos que la conforman.

Y llegamos, de esta forma, a la última idea de bien inserta en la concepción política de bondad como racionalidad, que nos presenta a *la sociedad bien ordenada* como un bien a un doble nivel: a) es un *bien* para las *personas individualmente* en cuanto que les posibilita el ejercicio de sus dos poderes morales y les asegura las bases sociales de su mutuo respeto; b) es un *bien social y político* en cuanto que el desarrollo de semejante sociedad es un objetivo que necesita la cooperación social de todos para llevarse a cabo.

La sociedad bien ordenada, en cuanto que un bien social, se realiza a través del esfuerzo continuado de los ciudadanos en mutua dependencia que tratan ante todo de realizar el fin político básico

---

rawlsiana «virtudes políticas», ver el trabajo de Victoria Camps, *Virtudes públicas,* Madrid, Espasa-Calpe, 1990, donde, especialmente en las págs. 42-44, se valora positivamente la aportación rawlsiana. Ver también nota (3), P.R.I.G., págs. 263, 272, 274.

[16] P.R.I.G., pág. 269 (el subrayado es mío). Ver también I.O.C.

que tienen en común, esto es, soportar instituciones democráticas, justas en base a una concepción política de justicia, que es lo único que posibilitará a los ciudadanos el desarrollarse como personas morales, libres e iguales.

Rawls concluye su argumentación señalando que la sociedad bien ordenada es un bien político que tiene una absoluta importancia y significación dentro de una concepción política de justicia, que es el fin último que tienen en común todos los miembros de una sociedad, al asegurar la igualdad de derechos y libertades básicas, la igualdad equitativa de oportunidades, así como el reconocimiento público de las personas como ciudadanos libres e iguales con unos poderes morales que desean ejercitar.

Por tanto, la *prioridad* de lo *justo* sobre el *bien* no significa que las ideas del bien deban ser evitadas, lo que es imposible, sino que, como indica el propio Rawls,

> «...las ideas usadas deben ser políticas: deben ser confeccionadas para adaptarse a las restricciones impuestas por la concepción política de justicia y ajustarse al espacio que ésta permite»[17].

Así, el bien envuelto en el ejercicio de los poderes morales y en el reconocimiento público del estatus de las personas como ciudadanos pertenece, según Rawls, al bien político de una sociedad bien ordenada, y no al bien propio de una doctrina comprehensiva, ya sea religiosa, filosófica o moral. Es en este sentido en el que hay que entender la valoración positiva que el liberalismo político de Rawls hace de la participación activa de los ciudadanos en la vida política y su idea de que, cuanto más estén arraigadas en ellos las virtudes políticas, mejor contribuirán a mantener un régimen constitucional democrático, base de garantía de las libertades democráticas.

La vida política es, por tanto, valorada como parte del bien político y social de los ciudadanos en cuanto que es un medio para la protección de las libertades básicas democráticas, pero no como el bien por excelencia constitutivo de la «vida buena» tal como es interpretado en un aristotelismo, en un humanismo cívico.

La vida política, las instituciones políticas, están dentro del pensamiento rawlsiano al servicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos y tienen como objetivo no definir a priori lo que es la «vida buena», sino garantizar un marco constitucional que posibilite a cada individuo o grupo de individuos el ir construyéndose lo que para cada uno es su ideal de «vida buena».

---

[17] P.R.I.G., pág. 271.

Como se desprende de las páginas precedentes, en Rawls nos encontramos con las ideas propias del liberalismo clásico junto con una evolución y actualización de las mismas, realzando algunos elementos y mitigando otros e introduciendo algunos nuevos. Frente a esta línea de pensamiento ha surgido una postura crítica, como ya hemos apuntado al comienzo del presente trabajo, que alcanza su máxima expresión en los planteamientos contramodernos de A. MacIntyre, M. J. Sandel y Bellah y en los análisis de Ch. Taylor y M. Walzer que no quieren renunciar a las marcas políticas de la modernidad[18]. Todos ellos, en general, pretenden proporcionar una alternativa al proyecto normativo de la modernidad, al programa racionalista, universalista y liberal de la política de la modernidad.

Como señala C. Thiebaut[19], conforme el debate comunitarismo -liberalismo se ha ido realizando y progresando ha dejado de ser teórico para tener cada vez más un alcance político. La tensión teórica entre universalidad y particularidad que poseía al principio un carácter epistémico se presenta ahora como tensión política. Ello se debe fundamentalmente a que la reconstrucción liberal rawlsiana y su crítica comunitarista no se entienden ya como posturas enfrentadas sobre la fundamentación de los principios éticos, sino como interpretaciones diferentes de los límites de las sociedades democráticas.

En general los pensadores comunitaristas piensan que no es viable una propuesta ética y política que surja al margen y no se base en la tradición de la *polis,* en la tradición comunitarista.

Estos autores coinciden en considerar que el liberalismo falla, por un lado, al no tener en cuenta la comunidad como el elemento esencial de lo que constituye la *vida buena,* con lo que permanece ciego a la valoración de la participación de cada individuo en la comunidad política como un fin fundamental para alcanzar ese ideal de *vida buena,* de *sociedad buena,* y por otro, al ofrecernos una visión incorrecta del ser humano, al no tener en cuenta que éste está constituido por valores y compromisos comunitarios que no son de libre elección.

En suma, los pensadores comunitaristas, en su crítica a los programas modernos liberales, comparten determinados supuestos metodológicos:

> «...La prioridad de las nociones de bien sobre los acuerdos de justicia, la crítica al yo sin atributos del pensamiento ato-

---

[18] Ver nota (5). R. Bellah et al., *Habits of the Heart,* N. York, Harper and Row, 1985 (trad. cast. *Hábitos del corazón,* Madrid, Alianza Editorial, 1989); M. Walzer, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality,* N. York, Basic Books, 1983; «The Communitarian Critique of liberalism», en *Political Theory,* vol. 18, n.º 1, 1990, págs. 6-23.

[19] Carlos Thiebaut, *Los límites de la comunidad,* Madrid, C.E.C., 1993, pág. 143.

mista liberal y la inevitabilidad de los determinantes contextuales e históricos, en forma de valores comunitarios y tradiciones»[20].

Ahora bien, aunque esos puntos de coincidencia nos permiten situar bajo el rótulo de comunitaristas a distintos autores, no podemos hacerlo sin tener en cuenta los matices que los diferencian. Pues mantienen posturas que van desde planteamientos conservadores y neo-aristotélicos (MacIntyre, Sandel, Bellah) a concepciones neohegelianas y más renovadoras cuya crítica se inserta en el proyecto normativo de la modernidad (Taylor y Walzer)[21].

En particular M. Sandel y A. MacIntyre[22] critican el liberalismo político de Rawls, entre otras cosas, por considerar a la justicia como la virtud fundamental de las instituciones sociales: para ellos la justicia es solamente un remedio necesario en aquellas circunstancias en las que la más alta virtud, la *comunidad,* ha sido destruida.

Sobre esta tríada justicia-bien-comunidad los análisis comunitaristas de Walzer aportan una perspectiva menos neoconservadora y neoaristotélica (quizás más neohegeliana y progresista) que las de MacIntyre y Sandel, pero coincidente con ellos en la no admisibilidad de la prioridad de lo justo sobre el bien y la universalidad de los principios de justicia postulada entre otros por Rawls.

Walzer, en su obra *Spheres of Justice*[23], nos aporta una concepción de «justicia distributiva» que parte de concebir a la sociedad humana como una comunidad distributiva. Pues continuamente nos reunimos para compartir, dividir y cambiar bienes. Conjuntamente producimos cosas que cambiamos, dividimos y compartimos.

Por tanto, la idea de justicia walzeriana tiene que ver tanto con ser y hacer como con tener, tanto con producir como con consumir, tanto con identidad y estatus como con capital y posesiones. La justicia afecta, así, a todas las esferas donde se realiza y desarrolla la vida humana.

Ahora bien: para Walzer no hay, ni ha habido, un único punto de acceso al mundo de los acuerdos e ideologías distributivas. Para él nunca ha existido un *medio universal* de cambio, nunca ha habido un único criterio o un único conjunto de criterios interconectados para todas las distribuciones. Por ello la pretendida universalidad de unos principios de justicia defendida por el proyecto normativo moderno le parece criticable e inadmisible.

---

[20] C. Thiebaut, *ibid.,* pág. 141. ver también págs. 36, 103, 177.

[21] C. Thiebaut, *ibid.,* págs. 24-25, ver también pág. 141.

[22] M. Sandel, *op. cit*. y *artic. cit.;* A. MacIntyre, *ops. cits.*

[23] M. Walzer, *op. cit.,* pág. 34.

«...Los principios de justicia son ellos mismos pluralistas en la forma; diferentes bienes deben ser distribuidos en base a diferentes razones; y esas diferencias se derivan desde una comprensión diferente de los bienes sociales mismos -el producto inevitable de un particularismo histórico y cultural»[24].

Hay una pluralidad de criterios distributivos y lo único que necesitamos para explicar y limitar ese pluralismo es una teoría del bien. Esta teoría, según Walzer[25], tiene una serie de características: todos los bienes con los que la justicia tiene que ver son bienes sociales; no hay un único conjunto de bienes primarios o básicos concebibles a través de todos los mundos morales y materiales; el criterio distributivo y los acuerdos son intrínsecos para el bien social. Todas las distribuciones son justas o injustas relativamente a los significados sociales de los bienes.

«...No hay un único estándar. Pero hay estándares (fuertemente cognoscibles cuando son controversibles) para cada bien social y cada esfera distributiva en cada sociedad particular»[26].

Por tanto, para Walzer el sentido social, el significado social, es el principio legitimador de lo justo. Los significados sociales son históricos en carácter. Las distribuciones justas e injustas cambian en el tiempo, y cuando los significados son distintos, las distribuciones deben ser autónomas. Todo bien social o conjunto de bienes constituye una esfera distributiva dentro de la cual solamente ciertos acuerdos y criterios son apropiados.

La *comunidad política* es el escenario apropiado para esta empresa. La *comunidad* es por sí misma un bien -concebiblemente el bien más importante- que se distribuye. La comunidad política es probablemente lo más cercano a un mundo de significados comunes. El lenguaje, la historia y la cultura vienen conjuntamente a producir una conciencia colectiva. La única alternativa plausible a la comunidad política es la humanidad.

«...La cultura de una comunidad es la historia de sus miembros que habla de cómo dan sentido a todas las piezas diferentes de su vida social -y la justicia es la doctrina que distingue las piezas en una sociedad diferenciada. La justicia

---

[24] M. Walzer, *ibid.,* págs. 5-6.

[25] M. Walzer, *ibid.,* págs. 7-10.

[26] M. Walzer, *ibid.,* pág. 10.

hará la armonía sólo si primero hace la separación. Buenas cercas hacen sociedades justas»[27].

Por tanto, la justicia en Walzer se plantea como el estándar interno que cada sistema social (ya se trate del de casta en la India, el capitalista, etc.) tiene y por el que se rige. La justicia es así relativa al sentido social. No puede haber una sociedad justa, nos dice Walzer

> «... hasta que no exista una sociedad, y el adjetivo justo no determina, sino solamente modifica, la vida sustantiva de las sociedades descritas. Hay un número infinito de posibles vidas formadas por un infinito número de posibles culturas, religiones, acuerdos políticos, condiciones geográficas, etc. Una sociedad dada es justa si su vida sustantiva es vivida de una cierta forma -esto es, en una forma fiel a la comprensión compartida por sus miembros»[28].

De esta forma, la conciencia colectiva, común, la comunidad política, es el principio legitimador de lo justo, y aunque Walzer defienda el pluralismo y la diferenciación, los límites de ésta vendrán impuestos por la comunidad política y la comprensión del bien social que ésta tiene.

Por tanto, Walzer no puede escapar al holismo ontológico propio de las concepciones comunitaristas, claramente opuesto al pensamiento liberal moderno.

Esta valoración de la *comunidad* también está presente en los autores de *Habits of the Heart*[29], que consideran que la estructura profunda de la sociedad liberal es comunitarista, y que la teoría liberal distorsiona esta realidad. La retórica del liberalismo limita nuestra comprensión de nuestros propios hábitos del corazón y no nos da ningún camino para formular las convicciones o creencias que nos mantienen juntos como personas y que nos vinculan juntos en una comunidad.

Todo ello nos lleva a otra de las críticas bastante compartidas por autores como MacIntyre, M. Sandel, Walzer y otros, la reivindicación liberal de la neutralidad del Estado frente a distintas concepciones del bien, un hecho que está íntimamente ligado con la defensa y el reconocimiento de la pluralidad como algo esencial a las sociedades democráticas contemporáneas.

---

[27] M. Walzer, *ibid.,* págs. 318-9; ver págs. 29 y ss.

[28] M. Walzer, *ibid.,* págs. 312-313.

[29] R. Bellah, *op. cit.,* pág. 21, 290.

Sandel en concreto no está de acuerdo con la defensa por parte del liberalismo de la neutralidad de la ley con respecto al ethos moral de la sociedad. Para él la ley debe amparar lo que se refiere como bueno en una comunidad dada. El ethos sustantivo de la sociedad justifica la intervención del Estado en la vida privada de los ciudadanos llegado el caso. Para Sandel, en suma,

> «... (la cura contra el liberalismo) ha de realizarse sobre una apreciación más fina del papel que juega el discurso moral sustantivo en las discusiones políticas y constitucionales[30].

Es evidente, por tanto, que en los argumentos comunitaristas que hemos referido, toda idea de justicia está ligada a una idea de bien y que, en definitiva, se da una clara prioridad de la racionalidad teleológica en la comprensión de los problemas prácticos.

Empero, aunque es relativamente obvio que toda sociedad se articula en base a determinada idea de bien común que se comparte por los miembros de esa sociedad, el problema aparece, como plantea Carlos Thiebaut,

> «.... cuando se trata de especificar cuál es ese bien en concreto, cuál es su grado de concreción o de sustantividad: si es un bien formal (como los derechos de autonomía de los individuos) o es un bien ligado a prácticas sustantivas de valoración moral (como las conductas que una comunidad considera virtuosas»[31].

La incompatibilidad entre ambas perspectivas surge cuando se analiza la legitimidad (y no sólo la moralidad) de conductas que la mayoría de la sociedad no comparten o consideran que atentan a la subsistencia moral de esa misma comunidad, y cuando esa comunidad se considera legitimada para perseguir o castigar esas conductas.

En esos casos, los comunitaristas rechazarán la neutralidad de los poderes públicos frente a esas conductas, y propondrán una vigilancia activa de las mismas en defensa de la mayoría moral[32].

Por el contrario, el liberalismo contemporáneo, y en especial el liberalismo político de Rawls, ha intentado la congruencia entre ambas esferas al interpretar, por un lado, los derechos formales de

---

[30] M. Sandel, «Moral Argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality», en: *California Law Review,* 77, 2, 1989, págs. 511-538, aquí pág. 522, cfr. en C. Thiebaut, *op. cit.*

[31] C. Thiebaut, *op. cit.,* pág. 154.

[32] Cfr. C. Thiebaut, *ibid.,* pág. 155.

una forma no puramente descontextualizada, y por otro, las virtudes como fomento de determinadas cualidades básicas de la convivencia social[33].

Además hay que observar, como indica J. Raz[34], que el hecho de que el pensamiento liberal parta de la defensa del individuo no quiere decir que rechace la importancia de la comunidad, sino más bien al contrario, pues el ideal de libertad individual descansa sobre la conciencia de que la individualidad de las personas se expresa precisamente en una forma labrada por las prácticas sociales y a través de su capacidad e inclinación para situarse y relacionarse con otros individuos, lo que implica el reconocimiento de los otros también como individuos autónomos y libres.

Por tanto, el interés por la libertad individual y el reconocimiento de que un importante aspecto de ese ideal es la libertad de las personas para pertenecer a distintos grupos con sus propias creencias y prácticas, junto con la capacidad de estos grupos para prosperar, no implica que el liberalismo sea un pensamiento, una filosofía, que deje al margen la comunidad y no tome en cuenta la importancia de la misma. Así, por ejemplo, Rawls ha buscado justificar las tesis de la política liberal sobre las bases de una perspectiva normativa que incluya no solamente el valor de la autonomía individual, sino también del «well-being» del individuo, admitiendo como un ingrediente importante del mismo la participación en la comunidad y el éxito en perseguir sus fines compartidos.

En suma, la reivindicación liberal de los derechos individuales en vez de obstaculizar, proporciona una valiosa protección para el florecimiento de la comunidad, como indican John Tomas y Allen Buchanan[35], para quienes si consideramos los derechos a la libertad de asociación, expresión y religión que los liberales defienden, nos encontramos con que esos derechos históricamente han proporcionado un fuerte baluarte en contra de los intentos de impedir la existencia y el florecimiento de distintas comunidades dentro de un Estado Nación. En definitiva, han sido el mejor baluarte contra el totalitarismo. Los derechos individuales facilitan el surgimiento de nuevas comunidades posibilitando, al mismo tiempo, el surgimiento de una relación racional entre ellas.

---

[33] Ver sobre este tema M.ª P. González Altable, *art. cit.* y *op cit.* cap. IV. Ver también C. Thiebaut, *op. cit.*

[34] J. Raz, *art. cit*. Ver también: J. Paul y F. D. Miller, Jr., «Communitarian and Liberal Theories of the Good», en: *The Review of Metaphysics,* vol. XLIII, n.º 4, 1990, págs. 803-830.

[35] John Tomasi, «Individual Rights and Community Virtues», en: *Ethics,* vol. 101, n.º 3, 1991, págs. 521-536: Allen E. Buchanan, «Assessing the Communitarian Critique of Liberalism», en: *Ethics,* vol. 99, n.º 4, 1989, págs. 852-883.

En segundo lugar, y con respecto al tema de la justicia, hay que señalar que pensadores como Sandel quizás no han tenido en cuenta, en su análisis crítico de Rawls, que la justicia tiene como objetivo el regular la distribución igual de la libertad junto con los demás bienes básicos aceptados como tales a través de un consenso por solapamiento[36]. Por tanto la justicia no es un remedio sino una condición necesaria para conseguir una comunidad libre y pluralista donde los individuos cooperen en garantizar y desarrollar esos bienes básicos.

Es dentro de este contexto, y en tercer lugar, donde tiene sentido la reivindicación rawlsiana de la *neutralidad* del Estado con respecto a afirmar la superioridad de una concepción particular del bien frente a otras. Neutralidad que los comunitaristas critican por considerarla como algo imposible de realizar y de poner en práctica. Pero la neutralidad de la que nos habla Rawls[37] es neutralidad de procedimiento e intención, y no de efecto o influencia, que él mismo rechaza por considerarla impracticable.

Justicia como equidad, en cuanto una concepción política liberal de la justicia, es una concepción *neutral* en procedimiento e intención, lo que implica:

«... que puede todavía afirmar la superioridad de ciertas formas de carácter moral y alentar ciertas virtudes morales. Por tanto, justicia como equidad incluye una explicación de ciertas virtudes políticas -las virtudes de la cooperación social equitativa tales como civilidad y tolerancia, razonabilidad, y el sentido de equidad»[38].

Justicia como equidad no busca cultivar otras virtudes y valores distintos de los liberales, de autonomía e individualidad, ni pretende establecer un estado perfeccionista propio de una doctrina comprehensiva, sino más bien favorecer que los individuos desarrollen sus concepciones particulares del bien y las capacidades propias de un buen ciudadano, pues las características de una concepción política de justicia son:

> «... 1) que es una concepción moral que trabaja para un objeto específico, a saber, la estructura básica de un régimen

---

[36] La idea del «consenso por solapamiento» *(overlapping consensus)* la desarrolla Rawls en sus artículos LO.C. y J.F.P.M. Sobre un análisis más detallado y amplio de este tema, ver: M.ª P. González Altable, *art. cit.,* págs. 45-49, y *op. cit.,* cap. 4.

[37] Sobre el concepto de «neutralidad» y sus distintos tipos, ver J. Raz, *op. cit.,* cap. 5, y R. Dworkin, *op. cit.,* págs. 191 y ss.

[38] P.R.I.G., pág.263.

constitucional democrático; 2) que aceptar la concepción política no presupone aceptar una doctrina moral, religiosa, filosófica comprehensiva; ...; y 3) que es formulada no en términos de una doctrina comprehensiva sino en términos de ciertas ideas intuitivas fundamentales vistas como latentes en la cultura política pública de una sociedad democrática»[39].

Todo ello contribuye, según Rawls, a que su liberalismo político supere algunas de las objeciones que suelen plantearse al liberalismo de autores como Kant y Mill.

La sociedad justa liberal, según Rawls, puede tener mayor espacio que otros mundos sociales para admitir distintas concepciones comprehensivas morales, religiosas y filosóficas, aunque, como es evidente, no existe un mundo social que no excluya ciertas formas de vida[40].

Esta pluralidad, perfectamente admisible dentro de una concepción liberal de la sociedad, es imposible de mantener dentro de otras doctrinas que establecen y defienden una única idea de lo que es un mundo social bueno, que lleva implícito el ideal de una forma de vida buena.

Parece, así, que la crítica central al comunitarismo no es tanto su acento en el carácter histórico y societal de la moral, sino que el supuesto común a dichas posiciones sería una noción homogénea y no compleja de identidad y de comunidad. Esa noción excluiría, precisamente, la complejidad social y las diferenciaciones internas que hicieron necesario institucionalizar con teorías imparciales de la justicia la neutralidad de la esfera pública[41].

Por tanto, cuando autores como Dworkin o Waldron[42] se oponen a las tesis comunitaristas, como señala C. Thiebaut, no carecen de buenas razones al señalar que el holismo ontológico y el holismo normativo nos dejan sin capacidad de crítica y, consiguientemente, sin dimensión moral. Pues, como expone este autor,

«.... Si una sociedad encuentra en sí misma una fuente moral inagotable de crítica es porque los sujetos morales que viven y ejercen esos valores no se rigen por los valores morales socialmente dominantes, aunque empleen el lenguaje de su

---

[39] P.R.I.G., pág. 252. Ver también J.F.P.M., sección I.

[40] P.R.IG., págs. 266-267.

[41] Cfr. C. Thiebaut, *op.cit.* pág. 161.

[42] R. Dworkin, «Liberal Community», en: *California Law Review,* 77, 3, 1989, págs. 479-504; J. Waldron, «Particular Values and Critical Morality», *California Law Review,* 77, 2, 1989, págs. 561-589.

cultura moral para expresar cómo esos valores otros trascienden el contexto. Y si así es, esa cultura moral que comporta la posibilidad de valores que la trasciendan y la critiquen será una cultura en la que la validez de los principios no se reduce a su vigencia histórica, como es, de hecho, la cultura democrática occidental que está constituida por 'la tradición del cambio, la diversidad, la controversia y la reflexión'»[43].

De esta forma, podemos señalar, siguiendo a C. Thiebaut, que ni siquiera comunitaristas más progresistas como Taylor y Walzer han logrado superar el holismo ontológico que descansa sobre un supuesto que cabe denominar el «contexto homogéneo de definición comunitaria del bien». Pues, aunque dichas propuestas no carecen ni de lógica interna ni de coherencia, no han tenido en cuenta aquello que es el punto de partida del planteamiento liberal, esto es, la idea de que ya no existen comunidades internamente homogéneas y que, por consiguiente, no cabe plantear la identidad de los sujetos morales como si fueran sujetos sólidamente vinculados a un conjunto de creencias dadas. Y aunque Walzer parece admitir en sus últimos escritos la diferenciación y pluralidad de mundos morales y realzar el papel de la justicia distributiva, su noción *densa y homogénea de comunidad* como sujeto de valoraciones sustantivas no permite discrepancias internas ni la coexistencia en un mismo espacio político y cultura de sistemas y creencias diversas[44].

Por ello, junto a la noción homogénea de comunidad del comunitarismo, surge un segundo problema grave de esas reflexiones, como señala C. Thiebaut:

> «...El franco etnocentrismo de ese proyecto reconstructivo de las identidades colectivas y nacionales en un mundo cada vez más "simultáneo" y crecientemente consciente de ello. Ese reto es quizás el que debiera hacernos ir más allá de los límites de las teorías liberales, pero no parece que las reflexiones comunitaristas democráticas indiquen pasos a dar en esa dirección»[45].

Podemos concluir que las críticas comunitaristas, si bien han supuesto un desafío para el pensamiento liberal contemporáneo, para el proyecto normativo de la modernidad, no han estado muy acertadas en sus análisis de concepciones liberales como la de Rawls, que

---

[43] C. Thiebaut, *op. cit.,* pág. 160.

[44] Cfr. C. Thiebaut, *ibid.,* págs. 161-162.

[45] C. Thiebaut, *ibid.,* págs. 168-169.

ha mostrado que el liberalismo político contemporáneo puede incorporar algunas de las críticas comunitarias sin renunciar a sus postulados básicos -la defensa de la libertad, la reivindicación de los derechos individuales, la pluralidad y la tolerancia.

Al mostrar que, dentro de su concepción de justicia como equidad, las dos nociones básicas de *justicia* y *bien* son perfectamente compatibles y complementarias, Rawls ha proporcionado una teoría normativa que intenta establecer una fundamentación ética de la democracia. Esta teoría presupone un conjunto de valores comunes que las instituciones deben garantizar y define un modelo de sociedad justa donde la cooperación entre todos los individuos es necesaria para su mantenimiento, desarrollo y estabilidad. Pues, como expone C. Thiebaut:

> «... la conciencia de las diferencias no implica sólo ya aquel primer nivel de diferenciación con el que el siglo XVI -las diferencias de creencias religiosas y el descubrimiento de nuevos mundos- ni tampoco sólo al segundo nivel de diferenciación al que se está enfrentando la sociedad norteamericana y europea del siglo XX -las diferenciaciones étnicas y culturales en el seno de un mismo espacio político-, sino que esa conciencia de la diferenciación se refiere ya el entendimiento de culturas y tradiciones políticas y morales diversas. La humanidad culturalmente diferenciada de finales del siglo XX empieza a ser consciente de que comparte ya un único espacio de problemas que han de ser enfrentados cooperativamente para solventar la supervivencia misma de la especie. Una conciencia más global del destino colectivo de la humanidad hace presente un único espacio cultural y político diferenciado en el que no domina ya un único lenguaje»[46].

Es en este contexto donde hay que valorar la propuesta rawlsiana, que, a través de su teoría de justicia[47], nos muestra la posibilidad de desarrollar un pensamiento político liberal que presupone, por un lado la autonomía y libertad del individuo como un valor moral y político, y por otro, a la sociedad como una empresa cooperativa para el beneficio de todos.

---

[46] C. Thiebaut, *ibid.,* pág. 169

[47] Sobre la importancia de una teoría de la justicia como parte ética central de la filosofía jurídico-política y su relación con una teoría de la legitimidad política, ver la obra de E. Díaz, *Ética contra política. Los intelectuales y el poder,* Madrid, C.E.C., 1990; y *De la maldad estatal y la soberanía popular,* Madrid, Debate, 1984.

En esta línea de análisis son también loables los esfuerzos de pensadores liberales como D. Gauthier, que en su obra *Morals by Agreement*[48] concibe a la sociedad justa como un modelo de sociedad que proporciona a sus miembros un esqueleto para una comunidad que no es comunal, y que promueve una socialización encaminada a facilitarles la realización de su autonomía.

Todo ello muestra la vitalidad que en sí mismo encierra el proyecto liberal moderno, al poseer una capacidad reflexiva y crítica que le permite superar sus contradicciones y avanzar hacia la realización de sus ideales de autonomía, libertad, tolerancia y solidaridad.

[48] D. Gauthier, *Morals by Agreement,* Oxford, Clarendon Press, 1986.

«CRITICAL LEGAL STUDIES» Y EL COMUNITARISMO

1. Introducción: ¿qué es «Critical Legal Studies»?

Me temo que para abordar las relaciones entre el movimiento norteamericano «Critical Legal Studies» (en adelante, CLS) y el comunitarismo, y en concreto, la cuestión de qué actitud adoptaría CLS ante el comunitarismo y, en su caso, qué es lo que CLS podría aportar al debate entre comunitaristas y liberales, es obligado hacer antes una presentación de CLS. Digo que «me temo» tener que presentar a CLS porque sintetizar en pocas líneas, de manera comprensible, lo que es este movimiento (no digamos ya una breve definición) resulta prácticamente imposible. CLS es inefable debido a su heterogeneidad, su interdisciplinariedad, su eclecticismo teórico descarado, su carácter literalmente paradójico... Para expresar esto, a mí me gusta desgranar una cita de uno de sus miembros, James Boyle, que recoge tan sólo una pequeña muestra de la colección de paradojas en que consiste CLS[1]:

-«Visto desde fuera, CLS aparece como una extraña mezcla de realismo jurídico, Nueva Izquierda y crítica literaria». (De momento, ya tenemos algo).

-«[CLS] Oscila -añade Boyle- entre filosofía europea salvajemente esotérica y esmeradas descripciones de la fina textura de interacciones sociales cotidianas». Lo de «filosofía europea esotérica» se refiere a las tradiciones filosóficas que suelen predominar en CLS, y que están en las antípodas de la filosofía analítica anglosajona: ellos tienden más bien hacia la tradición anti o post ilustrada: Hegel, el joven Marx, Nietzsche, Heidegger, la fenomenología, el

[1] Boyle, James, «The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought», 133 *University of Pennsylvania Law Review* 685 (1985), en pág. 688.

pragmatismo americano, el existencialismo, el estructuralismo y el postestructuralismo, el psicoanálisis, Foucault, Derrida... Pero también incluyen en su menú la teoría social clásica (Marx, Weber, Durkhem), y si se tercia, elementos de autores y teorías «racionalistas». Y es que el debate interno a CLS entre los llamados «racionalistas» e «irracionalistas» ha marcado y sigue marcando su historia. En cuanto a lo de «esmeradas descripciones de la fina textura de interacciones sociales cotidianas», eso seguramente alude a su rechazo a la «gran teoría» y su adopción de lo que ellos denominan «teoría local»: la búsqueda de explicaciones «científicas» globales del mundo social, basadas en poderosas estructuras que se suceden según tendencias determinantes, traiciona para ellos la idea de la complejidad y la contingencia social, y congela la posibilidad de imaginar órdenes alternativos; su eclecticismo teórico renuncia, pues, a compatibilizar tan rico bagaje construyendo una teoría-síntesis coherente, y opta en cambio por una especie de bricolaje intelectual adaptando los más diversos elementos para su uso en prácticas teóricas a pequeña escala.

-Volvamos a la cita de Boyle: «[CLS] Es de izquierdas, y sin embargo es profundamente crítico con el marxismo». Ya tenemos algo más: su componente marxista -que sólo es uno más- es el del neomarxismo crítico occidental que desarrolló la «crítica marxista al marxismo»: Lukács, Gramsci o la Escuela de Frankfurt. Más que el marxismo, es el espíritu de la Nueva Izquierda americana de los años sesenta lo que marca sus señas de «identidad colectiva».

-«Es un enemigo descarado de la jerarquía, y sin embargo es a menudo accesible solamente para quienes se encuentran en la cúspide de la pirámide académica». Esto alude a que la crítica marxista tradicional en términos de clase es sustituida en CLS por la idea más vacía de «jerarquía», que incluye además la crítica a las «jerarquías ilegítimas» de género, raza, orientación sexual, etc. Pero muchos «CLSers» a su vez se han consolidado en lo más alto de la jerarquía académica, en facultades de élite (empezando por Harvard), donde han desarrollado un polémico «activismo» orientado a la transformación de la enseñanza del Derecho, que es uno de sus temas favoritos.

-«Generalmente -añade Boyle- se critica a CLS por ser demasiado teórico, y sin embargo sus protagonistas parecen creer que inspira un tipo inmediato y concreto de acción política, tanto dentro como fuera de las facultades de Derecho». Ésta es para mí una de las claves para empezar a entender a CLS: CLS es ante todo un movimiento político-académico, una «plataforma política» para la izquierda en las facultades de Derecho norteamericanas, y ésta es la razón principal que explica la cohesión de un movimiento intelectualmente tan heterogéneo. Ocurre que su proyecto político-académico es insepa-

rable de su proyecto intelectual. Partiendo de la difuminación de la distinción entre teoría y práctica, entre conocimiento y política, y de una epistemología antipositivista (al estilo de la Escuela de Frankfurt, por ejemplo), la crítica ideológica del Derecho desarrollada por CLS consiste en examinar cómo la conciencia jurídica (creada por los juristas, pero extendida a todos) contribuye a la creación de una conciencia o «representación» del mundo social (tesis general de la «construcción social» de la realidad, y particular del carácter «constitutivo» más que causal del Derecho en la sociedad).

Según ellos esa visión juridificada del mundo se presenta como verdadera y necesaria, por lo que CLS aspira a mostrar cómo puede ser transformada mediante la crítica interna y detallada de las incoherencias del pensamiento jurídico plasmadas en miles de normas e instituciones jurídicas concretas, descongelando así la «falsa necesidad» de esa visión y abriendo el camino a la imaginación y propuesta de mundos alternativos. Esta tesis ha suscitado la crítica de «idealismo» que se ha dirigido contra CLS desde una izquierda más tradicional (o más «materialista», más «científica» o «positivista»), ya que parece sugerir que podemos cambiar el mundo con sólo pensarlo (representárnoslo) de otra manera. Pero el debate idealismo/materialismo, acerca de en qué sentido y hasta qué punto las ideas constituyen y pueden transformar el mundo «real», queda lejos de lo que aquí nos ocupa. En todo caso, quizá ahora se entienda mejor el final de la cita de Boyle:

-«Por último, CLS es antiformalista, y sin embargo toma al Derecho positivo más en serio que cualquier otra escuela contemporánea de pensamiento jurídico». De momento, me interesa detenerme especialmente en este punto. Tras estas pinceladas dispersas sobre qué es CLS no sé si se desprende cuál es su «leit motiv»: el de la indeterminación, la contingencia, la plasticidad del mundo y la posibilidad de transformarlo. Las críticas «locales» de CLS se han dirigido contra una gran variedad de discursos: contra el formalismo jurídico, la sociología behaviorista y la ingeniería social, el «policy analysis», la teoría liberal del Estado, el determinismo marxista, el análisis económico del Derecho, la enseñanza del Derecho... pero siempre subyace el rechazo a las pretensiones de naturalidad, de neutralidad, racionalidad, cientificidad y apoliticismo que ellos encuentran en esos discursos, y que en último término los convertiría en «discursos de poder», porque ese riguroso racionalismo llevaría el germen de una visión sólida y estable del estado de cosas dominante que lo protegería al desanimar los intentos dirigidos a subvertirlo; se trataría de negar la autoridad e inmutabilidad que la apelación a la neutralidad confiere a la práctica en cuestión, y de mostrar que las cosas pueden ser distintas.

Ahora bien: de entre todos los discursos criticados, la crítica de CLS ha partido de (y ha vuelto siempre a) el Derecho, CLS es un movimiento de juristas, de dogmáticos del Derecho positivo en sus diversas ramas; no son iusfilósofos, y mucho menos filósofos a secas. Cierto es que hacen constantes «incursiones» (por cierto, muchas veces con la ligereza de un diletantismo muy mal parapetado, aunque otras veces con verdadero conocimiento de causa) en la teoría del Derecho, en la filosofía política y moral e incluso en la filosofía pura (y también en la economía, la sociología, la crítica literaria, la psicología, etc.). Pero su objetivo central ha sido la crítica interna de la razón jurídica, en sus aspectos más detallados y (supuestamente) técnicos de Derecho de contratos, Derecho laboral, administrativo, constitucional, etc.; precisamente su tendencia a fagocitar esas otras disciplinas tiene por finalidad mostrar, a su luz, la falsa autonomía del Derecho y del razonamiento jurídico respecto de la discusión sustantiva de carácter moral y político. Insisto en esto porque resulta fundamental para entender su relación con el comunitarismo. El análisis de dicha relación debe partir pues de otro relato de CLS: el que se inicia en su crítica a las contradicciones internas del Derecho.

2. La crítica de la CLS a las contradicciones del derecho

Sintetizando muchísimo, la versión «clásica» de la tesis de CLS sobre la indeterminación del Derecho sería más o menos ésta: CLS recupera y reproduce los conocidos argumentos de los realistas contra la ilusión de certeza, predecibilidad y aplicabilidad mecánica del Derecho, enfatizando en cambio la indeterminación del lenguaje jurídico y la discrecionalidad del intérprete; en particular, CLS destaca las inconsistencias entre reglas y doctrinas que, como decía Walter Whecler Cook, «tienen el hábito de salir a cazar por parejas»[2]. Pero CLS extiende este último argumento realista, mostrando cómo los conflictos no sólo surgen en el sistema formal de reglas, sino también en el de objetivos sociales («policies») y principios valorativos en los que aquéllas se inspiran, y a los que, según el programa constructivo de los propios realistas, desarrollado por la jurisprudencia posterior a ellos, había que acudir para recuperar la certeza. El enfoque funcional de la jurisprudencia finalista y del «policy analysis», que apela a supuestos consensos sociales no cuestionados y a una especie de racionalidad instrumental inmanente al

[2] Cook, Walter W., «Review of *The Paradoxes of Legal Science* by Benjamin Cardozo», 38 *Yale Law Journal* 406 (1929).

ordenamiento jurídico, seguiría ocultando la verdadera dimensión política y conflictiva del Derecho. La «Legal Process School» representaría una síntesis entre formalismo clásico y realismo que reconoce el carácter sustantivo de las decisiones jurídicas, pero sigue eludiendo esa dimensión conflictiva: se evita la necesidad de tomar partido al remitir la legitimidad del Derecho hacia aquella decisión que haya sido tomada por el órgano institucionalmente competente según el procedimiento establecido (el principio de la «institutional settlement» de Hart y Sacks), con lo que la normatividad del Derecho radicaría en el proceso formal y objetivo y no en su sustancia controvertible. La jurisprudencia de principios de tipo dworkiniano ya no oculta en el proceso la controvertida dimensión político-moral del Derecho, pero cree posible resolver racionalmente sus conflictos sustantivos acudiendo a la ponderación entre principios o a su reconstrucción en una teoría integradora coherente. Para CLS, todos estos intentos únicamente sirven para empujar hacia otro nivel el punto por el cual se introduce la indeterminación y la necesidad de genuina elección. La tesis es que filosófica, moral y políticamente el Derecho contemporáneo está simultáneamente comprometido con polos opuestos de presupuestos e ideales irreconciliables, y los conflictos en los materiales jurídico-positivos no son sino manifestaciones de esas contradicciones situadas en niveles mucho más profundos. En último término, lo que subyace son las contradicciones del «pensamiento liberal», entendido éste en un sentido amplísimo, a veces prácticamente coextensivo con la visión del hombre y del mundo y con la forma de racionalidad que llamamos «moderna» o «ilustrada». No puedo desarrollar aquí el análisis de estas dicotomías, pero enumeraré algunas: Roberto Unger habla, entre otras, de la «antinomia de la razón y el deseo» (y de la moralidad de la razón, deontológica, frente a la moralidad del deseo, consecuencialista) y de la «antinomia de las reglas y los valores» (o la tensión entre justicia formal y justicia sustantiva)[3]; Duncan Kennedy destaca la tensión entre individualismo y altruismo[4]; Mark Kelman añade la del subjetivismo/objetivismo de los valores y la del intencionalismo/ determinismo acerca de la acción humana[5]...

En realidad, sólo una mínima parte de la literatura CLS se detiene a analizar en detalle, en un discurso filosófico y no jurídico, esas

---

[3] Unger, Roberto Mangabeira, *Knowledge and Politics,* The Free Press, New York, 1975, 2.ª ed., 1984, esp. caps. 1 y 2.

[4] Kennedy, Duncan, «Form and Substance in Private Law Adjudication», 89 *Harvard Law Review* 1685 (1976).

[5] Kelman, Mark, *A Guide to Critical Legal Studies,* Harvard University Press, Cambridge, MA, 1987, esp. caps. 2 y 3.

supuestas contradicciones del liberalismo: más bien se afirman, siguiendo la estela marcada por Roberto Unger en la parte crítica de su obra *Conocimiento y política.* A CLS sobre todo le interesa rastrear esos polos en sus manifestaciones jurídicas (tanto o más que en el Derecho objetivo, en la argumentación jurídica estándar). En particular, por lo que aquí nos ocupa, CLS no ha desarrollado explícitamente la tensión entre lo que podríamos etiquetar como «universalismo individualista», por un lado, y comunitarismo, por el otro. Pero yo creo que no sería arriesgado interpretarles extendiendo su análisis para incluir también esta dicotomía (que de todos modos parece estar presente, de forma más o menos implícita, en su repertorio de contradicciones)[6]. Como en los demás casos, CLS afirmaría que el pensamiento filosófico-moral moderno se debate también entre esos dos polos, pero sobre todo se detendría a estudiar su plasmación en el discurso jurídico. Intentarían detectar en el Derecho americano la presencia de reglas, doctrinas, principios, instituciones y también teorías o argumentaciones jurídicas de inspiración «comunitarista», que se opondrían a la inspiración liberal más evidente de ese Derecho. Esta investigación seguramente sería interesante, y yo sospecho que, al menos aplicada al Derecho americano, arrojaría un resultado positivo (probablemente encontrarían, p.ej., argumentos más o menos veladamente patrióticos, apelaciones a la «tradición jurídica nacional», regulaciones positivas protectoras de una concepción comunitarista de la familia, las comunidades religiosas, los municipios, corporaciones o gremios profesionales, así como parcelas del discurso jurídico teórico más o menos inspiradas en el comunitarismo como el llamado «republicanismo cívico»...).

El análisis CLS de las contradicciones «liberales» en el Derecho se completa -acabo de insinuarlo- con una idea fundamental: ocurre que el pensamiento y la práctica jurídica dominante ocultan esas contradicciones al «privilegiar» ideológicamente uno solo de los términos de cada dicotomía (los polos privilegiados serían los «conservadores», según muchos CLSers, aunque para otros, por ejemplo Duncan Kennedy, la conexión entre unos u otros polos, por un lado, y programas políticos progresistas o conservadores, por el otro, es mucho más contingente). Por ejemplo, como señala Kelman, las normas jurídicas asociadas a los ideales del individualismo, la realizabilidad formal de las reglas, la subjetividad de los valores y la libre

[6] Gerald Frug, en «The City as a Legal Concept» (93 *Harvard Law Review* 1057, en pág. 1075), alude a la dicotomía entre «el desarrollo del yo y la necesidad de relaciones comunales», aunque en su posterior análisis y reivindicación del poder de los municipios como cuerpos intermedios se centra sobre todo en la crítica a la distinción liberal entre lo público y lo privado.

voluntad se tratan como paradigmáticos y en principio aplicables, mientras que las normas asociadas a los ideales del altruismo, la sensibilidad hacia el contexto, la objetividad de los valores y el determinismo en la acción humana se ven como excepcionales y necesitadas de una especial justificación. (En nuestra dicotomía, añado yo, el polo universalista-individualista sería el privilegiado). Estos «privilegios» permiten cierto grado, a veces elevado, de predecibilidad empírica respecto de las decisiones jurídicas. Pero CLS insiste en la indeterminación justificatoria: las convenciones que estabilizan al Derecho son mucho más frágiles de lo que parece, los polos reprimidos siguen estando ahí, al menos «reconocidos» o proclamados, por lo que un buen jurista podría justificar plausiblemente, apelando a ellos, soluciones no convencionales (algo muy parecido al uso alternativo del Derecho).

Insisto en que es esto lo que de verdad interesa a CLS. Pero a nosotros aquí nos interesa en cambio volver al nivel superior de las contradicciones filosóficas del liberalismo.

3. CLS y el comunitarismo

Que yo sepa, no existe literatura en CLS que aborde directamente sus posibles semejanzas o diferencias con el comunitarismo. Yo voy a intentar aquí esbozar una reconstrucción de esas relaciones dividiendo mi exposición en dos grandes apartados: 1) en su vertiente crítica, CLS y el comunitarismo comparten algunos rasgos comunes al enfrentarse al liberalismo. 2) En su dimensión positiva o constructiva, el grueso de CLS rechazaría los esfuerzos del comunitarismo por ofrecer una reconstrucción filosófica normativa alternativa, aunque la vena utópica de CLS contiene a menudo vagas alusiones a un ideal social que puede tener tintes comunitaristas[7].

[7] Vaya por delante un «descarte» que seguramente tenía que haber mostrado antes. A cualquiera que se plantee la relación entre CLS y el comunitarismo, lo primero que le viene a la mente son las evidentes similitudes entre este último y al menos tres componentes normalmente asociados a CLS: 1) la llamada «Teoría Crítica de la Raza» (Critical Race Theory), y en general el «multiculturalismo» contemporáneo; 2) la «Jurisprudencia Feminista» (mejor dicho, el sector del feminismo jurídico más ligado al llamado «feminismo de la diferencia» al estilo de Carol Gilligan), así como las teorías críticas sobre la orientación sexual: y 3) Roberto Unger. Mucho se ha escrito sobre el «comunitarismo» de quienes, frente al universalismo ilustrado abstracto, totalizador, «eurocéntrico» o «masculino», reivindican el reconocimiento y la promoción de otras «voces diferentes», surgidas de las experiencias peculiares de grupos y culturas marginados o socialmente subordinados; la realidad existencial de vivir como mujer, como negro, como homosexual, etc., configuraría una «identidad» comunitaria, con una visión del mundo, unos valores y hasta

1. La vertiente crítica: aproximación entre CLS y *el comunitarismo en la crítica al liberalismo*

Situándose en un nivel muy general, Carlos Thiebaut (y creo que cualquiera lo compartiría) introduce su presentación del comunitarismo trazando una línea divisoria entre, por un lado, la reformulación del proyecto moderno y liberal mediante reconstrucciones racionalistas y cognitivistas de la ética y del «punto de vista moral» con una impronta kantiana, que caracterizó a la filosofía moral y política de los setenta (constructivismo, neocontractualismo, éticas dialógicas), y, por otro lado, las críticas que han caracterizado a los ochenta, enfatizando los límites de ese proyecto racionalista e ilustrado: «bien su ineficacia -dice Thiebaut-, bien los supuestos materiales y nor-

---

una forma de pensar diferentes -y en muchos casos celebrados como superiores- que estarían impugnando las categorías dominantes de pensamiento y de valoración tradicionalmente construidos desde el paradigma del «varón blanco». Para acotar este trabajo he decidido centrarme en el CLS «clásico», el de sus orígenes y su apogeo a mediados de los años 80, y dejar de lado los dos primeros conjuntos de corrientes, cuyo estudio me llevaría demasiado lejos dada su afinidad con muchas ideas comunitaristas. A estos efectos, he preferido distinguir lo que podríamos llamar CLS «en sentido estricto» de estas otras corrientes, que sólo parcialmente se solapan con él, y cuya conexión con el «núcleo duro» de las primeras generaciones de CLS puede verse más bien como una relación de colaboración entre movimientos relativamente autónomos aunque muchas veces aliados (aunque reconozco que, en los últimos años, la «intersección» entre CLS y estos otros grupos se ha reforzado notablemente, hasta el punto de que hoy ya no está claro si es CLS quien los ha incorporado en su seno o más bien ha sido absorbido por ellos).

Roberto Unger, el más -o quizá el único- «comunitarista» asociado a CLS, es un caso aparte. En mi opinión, y a pesar de su decisiva influencia en el origen de este movimiento, Unger no es en realidad un CLS, por más que ahí siga encasillado por muchos observadores externos. La parte crítica de su célebre *Knowlege and Politics* inspiró claramente los ataques de CLS contra el liberalismo, y a ella aludiré más adelante: pero el resto de su obra «constructiva» representa una serie de sucesivos esfuerzos por elaborar una «gran teoría» propia, original, que prácticamente nadie en CLS ha compartido. La alternativa de Unger, al menos en sus orígenes, tiene muchos rasgos comunitaristas (en realidad, su ideal de una comunidad humanista e integrada que supere la dicotomía entre el individuo y la sociedad y en la que al modo aristotélico la naturaleza humana alcance su plena realización, es el de una comunidad universal, un «reino de fines comunes» donde florezca la «simpatía» como sucedáneo social del amor; pero la propuesta para aproximarse a esa utopía -que él reconoce inalcanzable- es la formación de una «comunidad de comunidades» particulares, a las que él llama «grupos orgánicos», donde tiende a desaparecer la oposición entre lo público y lo privado sin aniquilar por ello la individualidad). Ciertamente, hay en CLS frecuentes alusiones -no desarrolladas teóricamente- a un ideal de emancipación humana mediante la consecución de una comunidad universal libre, solidaria y participativa; pero, desde luego, la construcción teórica de Unger no puede en absoluto tomarse como representativa de CLS, y por ello no me detendré en ella.

mativos que subyacen a todo procedimentalismo (y que, frente a su autosupuesta neutralidad, evidenciarían su carácter necesariamente partidario), bien algunas de sus inconsistencias internas»[8]. El comunitarismo, evidentemente, estaría en este último lado de esa gran frontera, y, como es fácil adivinar, en este sentido amplísimo CLS sería su compañero de trinchera (incluso esto hay que tomarlo con cautela, ya que en CLS convive gente de ambos bandos; pero parece claro en cuál de ellos se situaría su centro de gravedad). Por supuesto que en esa trinchera malconviven soldados muy distintos. Thiebaut traza aquí una segunda división entre los críticos de la modernidad de filiación neorromántica y hegeliana, por un lado, y los que adoptan formas más clásicas -neoaristotélicas- de búsqueda de una moral sustantiva. Ahora yo veo a CLS (salvo excepciones) más próximo a la inspiración romántica-hegeliana, y en esto se distinguiría de la «querencia aristotélica» del esfuerzo comunitarista por reconstruir una ética normativa sustantiva. Pero, como bien señala Thiebaut, ambas querencias suelen aparecer juntas, y en todo caso comparten muchos rasgos en su crítica al proyecto moderno. Veamos pues algunos de esos rasgos comunes, aunque todavía muy generales, entre la crítica de CLS y la de los comunitaristas. Dividiré mi exposición en lo que me parece que son los dos temas centrales del debate con el liberalismo universalista: la concepción de la personalidad humana y la discusión sobre la solución liberal de las reglas de justicia universales.

1.1. *Primera aproximación: teoría de la personalidad*.-Una primera aproximación entre CLS y el comunitarismo versaría sobre la cuestión al menos aparentemente descriptiva acerca de la constitución del sujeto moral. Me refiero a la conocida crítica contra el liberalismo porque éste partiría de una visión «atomizada», presocial, apriorística, de los individuos como seres aislados («unencumbered»: «descarnados», «desarraigados»), frente a la cual comunitaristas y CLS opondrían la noción de la «construcción social del sujeto»: éste no puede entenderse sin referencia a las prácticas y relaciones concretas que entabla en el marco social y cultural en el que está inserto, y que lo «constituyen» o definen como persona. Por supuesto que aquí la discusión interesante no radica en la aceptación de la idea trivial de que los hombres somos seres sociales, que cualquier liberal aceptaría, sino más bien en el énfasis y alcance que se le quiera dar a la hora de fundamentar una filosofía ética y/o política: desde el extremo de asentarla desde el «punto de vista moral» del

[8] Thiebaut, Carlos, *Los límites de la comunidad,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pág. 19.

sujeto noumenal kantiano abstraído de todo condicionamiento empírico (que atentaría contra la dimensión social o «comunal» de la personalidad), hasta el extremo opuesto de la definición colectiva del bien defendida por el comunitarismo más radical (que atentaría contra la autonomía individual). Pero, volviendo de momento al aspecto descriptivo, CLS compartiría con los comunitaristas el rechazo del individualismo «atomista». Uno puede encontrar muchas citas en las que los CLS, al igual que los comunitaristas, atribuyen al enemigo «liberal», yo creo que injustamente, la posición extrema de «completa libertad» -el adjetivo es de Taylor-, y entonces lo critican porque ignora no sólo nuestra inmersión en prácticas comunes, sino también nuestra propia autopercepción, y porque sería además una posición absolutamente vacía: la libertad «no puede especificar -dice Taylor ningún contenido para nuestra acción fuera de una situación que fija objetivos para nosotros»[9]. A esto mismo apunta Unger cuando dice que «[la "moralidad de la razón"] ni siquiera nos permite buscar», y que si la «moralidad del deseo» (o sea, la utilitarista) «nunca concluye» (porque no da criterios para jerarquizar nuestros deseos), la otra sin embargo «nunca comienza». Si los liberales sostuvieran esa tesis, yo creo que los comunitaristas tendrían razón: la libertad no puede ser valiosa en sí misma, sino «para algo». Ella sola no me dice qué quiero hacer, no me proporciona fines. Ocurre que los liberales no estarían hoy en la posición atomista exagerada, por más que, como señala Kymlicka, algunos liberales la hayan abrazado (Isaiah Berlin se la atribuye a Mill)[10]. Pero volvamos a CLS. ¿Su rechazo del atomismo significa que CLS abraza entonces la visión comunitarista «fuerte» de la personalidad? En muchos casos, eso parece. Jack Balkin, por ejemplo, afirma:

> «La teoría social que subyace a CLS está basada en la premisa de la construcción social de los pensamientos, creencias y deseos del sujeto a través de la ideología, así como de reglas sociales. La estructura misma de la percepción, creencia y deseo individual, y por lo tanto los términos de la elección individual, están ya conformados por la cultura y la ideología, incluso antes de que el individuo comience a elegir»[11].

---

[9] Taylor, Charles, *Hegel and Modern Society,* Cambridge University Press, 1979, en pág. 157.

[10] Véase Kymlicka, Will, *Contemporary Political Philosophy,* Oxford University Press, 1990, en págs. 209-210.

[11] Balkin, Jack. «Ideology as Constraint», 43 *Stanford Law Review* 1133 (1991), en pág. 1137.

Pero ya he dicho que el «tema» de CLS es el de la contradicción. Muchos otros «CLSers», empezando por Duncan Kennedy, considerarían la visión de Balkin excesivamente «determinista», y a la vez que rechazan la visión unilateral del individuo atomizado, propia del liberalismo tradicional, reprocharían también a Balkin (y a algunos comunitaristas) una visión de la persona próxima a la imagen de un robot socialmente determinado (el propio Balkin se apresura a reconocerlo, al decir que la suya «difícilmente es una posición de libertad nihilista; de hecho demasiado énfasis en la construcción social del sujeto conduce no al nihilismo sino más bien al determinismo»).

La idea, pues, defendida por lo que yo entiendo como el centro del CLS clásico sería una concepción contradictoria, o mejor, dialéctica, de la personalidad, socialmente construida y a la vez individualmente libre. Curiosamente el propio Balkin, poco después del pasaje que acabo de citar (en el que parecía abrazar la concepción comunitarista del yo), escribe lo siguiente:

> «CLS ve la realidad social como una dialéctica entre estructuras sociales y el pensamiento, creencia, deseo y acción individual. El pensamiento, creencia, deseo y acción individual están conformados y construidos por estructuras sociales, las cuales a su vez son el producto del pensamiento, creencia, deseo y acción individual previo. Esta visión dialéctica es ininteligible dentro de la dicotomía de "o lo uno, o lo otro"».

Duncan Kennedy, en la misma línea, ha escrito recientemente:

> «Estoy diciendo que uno no puede (no debe) negar la importancia de la afiliación o de la identidad en grupos, en todos los aspectos de la vida. Pero también afirmo que los grupos y las identidades son contingentes y fluidos, que cada persona probablemente va a ser internamente contradictoria más bien que lo mismo hasta el final. Mi visión es que las identidades celebradas tanto en la moderna retórica multicultural como en la retórica tradicionalista del grupo mayoritario han de verse mejor como "posiciones", o "situaciones", dentro de las cuales la gente opera como agentes libres. Desde luego que la libertad es relativa a la posición o situación. Pero la libertad efectivamente significa que algunas veces tenemos que elegir cómo manejar las cosas después de haber tomado en cuenta nuestras identidades. No significa que podemos trascender los límites contextuales y hacer o llegar a ser en la vida cualquier cosa que queramos. Y también podemos elegir

ser leales con nuestras posiciones de identidad constreñidas, elegir ser tan poco libres como sea posible»[12].

Así pues, este CLS estaría detectando la posición contradictoria no sólo en sí mismo, sino también en el propio pensamiento liberal contemporáneo, una vez que (afortunadamente) ese liberalismo se ha desmarcado de la visión radicalmente atomista del yo que algunos comunitaristas (y, como he dicho, también algunos CLS) creen ver todavía en el liberalismo. Esta contradicción, como las demás del catálogo que antes he recogido, estaría ligada a la célebre «contradicción fundamental» entre el «yo» y «los otros» de la que habló Duncan Kennedy. La «contradicción fundamental» hace alusión a «nuestros sentimientos dolorosamente contradictorios acerca del estado actual de las relaciones entre las personas en nuestro mundo social». En su trabajo acerca de los Comentarios sobre las leyes de Inglaterra de Blackstone, Kennedy escribe uno de los pasajes más citados en la literatura de y sobre CLS:

> «He aquí una formulación inicial de la contradicción fundamental: la mayoría de los participantes en la cultura jurídica americana creen que el objetivo de la libertad individual es al mismo tiempo dependiente de e incompatible con la acción coactiva colectiva que es necesaria para alcanzarlo. Los otros (familia, amigos, burócratas, tipos culturales, el Estado) son necesarios para constituirnos como personas: ellos nos proporcionan la materia [stuff] de nuestro yo, y nos protegen de forma crucial contra la destrucción. Incluso cuando nos parece que estamos más solos, los demás están con nosotros, incorporados a nosotros mediante procesos lingüísticos, cognitivos y emotivos que son como cuestión simplemente biológica, aspectos colectivos de nuestra individualidad. Además, no siempre estamos solos. A veces tenemos experiencias de fusión con otros, en grupos de dos o incluso de dos millones, y es una experiencia más buena que mala (...). Pero a la vez que nos constituye y nos protege -continúa Kennedy-, el universo de los otros (familia, amistad, burocracia, cultura, Estado) nos amenaza con aniquilarnos y nos impulsa hacia formas de fusión que son claramente más malas que buenas. Innumerables sometimientos, grandes y pequeños abandonos del yo a los otros, son el precio de cuanta libertad experimen-

[12] Kennedy, Duncan, *Sexy Dressing, etc. Essays on the Power and Politics of Cultural Identity,* Harvard University Press, 1993, pág. viii.

> temos en sociedad. Y es un alto precio. Mediante nuestra existencia como miembros de colectivos, imponemos sobre otros, y se nos imponen a nosotros, estructuras jerárquicas de poder, riqueza, y acceso a la cultura que son ilegítimas, ya estén basadas en el nacimiento en una clase particular o en el accidente de las dotes genéticas. (...) La clave es que la abolición de estas estructuras ilegítimas, la confección de una existencia colectiva inalienada, parece implicar un incremento tan masivo de control colectivo sobre nuestras vidas que ello derrotaría su propósito»[13].

1.2. *Segunda aproximación: crítica a la solución liberal de las reglas universales.*-Este tema de la contradicción me da pie para abordar un segundo tipo de similitud entre la crítica CLS y la comunitarista, ahora ya claramente en el terreno de la ética más que en el de la teoría de la personalidad (aunque parece claro que la diferencia entre la «psicología» liberal y la comunitarista está en la raíz de sus discrepancias normativas). La crítica de CLS y la comunitarista a las contradicciones del liberalismo tienen bastante en común, porque muchos CLS se han inspirado en uno de sus fundadores, Roberto Unger, cuyo libro Conocimiento y Política, como dice Thiebaut (cit., pág. 37), precisamente «se encuentra en la base de muchas de las actuales críticas comunitaristas, como la de Michael Sandel».

Para Unger, el dilema del liberalismo es (entre otros) el de la antinomia entre, por un lado, la «moralidad del deseo», que define la bondad como «la consecución de los objetivos hacia los que nos inclinan nuestros apetitos y aversiones», los cuales no pueden ser justificados ni jerarquizados racionalmente; y, por el otro, la «moralidad de la razón», que busca establecer racionalmente estándares universales de la conducta correcta.

> «La moralidad del deseo -escribe Unger (cit., pág. 51)- es una ética de fines, preocupada por la satisfacción de deseos particulares. La moralidad de la razón es una ética de reglas, los principios universales que limitan la persecución de cual quiera de nuestros fines. Así, se dice que aquélla proclama la prioridad de lo bueno sobre lo correcto, y ésta la prioridad de lo correcto sobre lo bueno».

La tesis de Unger es que cada uno de estos tipos de moral resulta inadecuado, y necesitaría ser corregido por el otro, pero en el marco de la psicología liberal no es posible tal síntesis:

---

[13] Kennedy, Duncan, «The Structure of BIackstone's *Commentaries»*, 28 Buffalo Law Review 205 (1979), en págs. 211-212.

> «Para establecer la posibilidad de un orden entre nuestros deseos, tenemos que apelar a la razón. Pero, dentro de los límites de la psicología liberal, la razón no puede evaluar nada. Para dar contenido a los principios formales que la razón establece, uno debe abandonar la postura de neutralidad entre los deseos del individuo, y entre los deseos de distintos individuos. Y, sin embargo, era precisamente para evitar la necesidad de elegir entre deseos igualmente arbitrarios por lo que habíamos intentado construir una moralidad de la razón (...) La raíz del problema es la separación hecha por la doctrina liberal entre comprensión y valoración» (ibíd., págs. 54-55).

En suma, si huimos de la particularidad caemos en una universalidad vacía de principios abstractos, y si huimos de éstos, entonces volvemos de nuevo a una subjetividad particularista. Thiebaut muestra la analogía entre este dilema y el señalado por la crítica comunitarista, según la cual el pensamiento liberal o bien expresa unos valores particulares de una comunidad específica, que no serían válidos en otra, o bien esos principios son abstractos y no pertenecen a ninguna de ellas, con lo que no serían tampoco válidas en ambas.

La solución liberal suele ser presentada por los comunitaristas -pasando más bien al terreno de la filosofía política- como la distinción entre lo bueno y lo correcto, distinción que ellos impugnan, al igual que muchos CLS. La idea, bien conocida, sería la de que el liberalismo sostiene la tesis de la subjetividad, individualidad, arbitrariedad, etc., en el ámbito de la definición de «lo bueno», por lo que para hacer posible la coexistencia entre individuos con valores y planes de vida racionalmente inconmensurables habrá que acudir a reglas universales y racionales sobre «lo justo» o «correcto», que proporcionen procedimientos neutrales para dirimir las disputas sobre el bien. Aquí muchos miembros de CLS (yo creo que también Unger) incurren en un primer error de bulto -por lo demás bastante frecuente- al atribuir al liberalismo *en su conjunto* el «privilegio» de la idea digamos «emotivista» de que no se puede justificar la preferencia de unos valores sustantivos sobre otros. En esto por supuesto los liberales discrepan, mientras que lo que les uniría sería más bien la renuncia a la imposición *pública* de una determinada concepción del bien: aunque se piense que hay planes de vida objetivamente mejores, el Estado debe ser neutral por respeto a la autonomía, o por motivos epistémicos (cada uno es *prima facie* quien mejor puede conocer su propio bien), entre otras razones. Otros «CLSers» -por ejemplo, Kelman- son conscientes de este crucial «matiz», pero en todo caso critican lo que para ellos sería una artificial distinción

entre lo correcto universal y lo bueno subjetivo y arbitrario (a fin de cuentas, aunque filosóficamente muchos liberales no sostengan esto último, en el terreno político y jurídico -que es el que a CLS más interesa- el efecto de su compromiso con la neutralidad estatal les llevaría a actuar «como si» lo sostuvieran). Esta crítica, que se conecta con la abundante literatura en CLS contra la distinción entre lo público (ámbito objetivo de lo correcto) y lo privado (ámbito subjetivo de lo bueno), siempre tiende en el fondo hacia un tema común con el de los comunitaristas: la imposibilidad de definir lo justo como algo anterior al bien sustantivo; éste se introduce siempre en la definición misma de las supuestas reglas formales universales; y en todo caso, como apuntaba la aporía de Unger, la opción sustantiva que se intentaba eludir se introduce necesariamente en el momento de la aplicación de las reglas formales a problemas reales (o de lo contrario permanecerían puras pero vacías e inaplicables). La solución de los comunitaristas sería la de dar prioridad a una concepción colectiva pero no universal del bien como juez de las preferencias individuales. Pero CLS (en su mayoría) tampoco aceptará esto. Veamos por qué.

2. El rechazo de CLS a la solución comunitarista

CLS no aceptaría la propuesta constructiva de los comunitaristas. Si, como he dicho, el grueso de CLS en realidad -pese a sus abundantes alusiones críticas- no ha entablado un debate serio con la filosofía ética liberal, mucho menos lo ha hecho con el comunitarismo. Pese a ello puedo imaginar, no sin riesgo, que es lo que dirían. Dividiré esta parte, a su vez, en tres puntos: el rechazo de CLS a la noción de los valores compartidos; la crítica a las contradicciones en el comunitarismo; y la crítica al comunitarismo como reconstrucción teórica.

2.1. *El rechazo a los valores compartidos.*-Por un lado, en general CLS rechazaría la idea de la comunidad (de las diferentes comunidades) como fuente suprema de la moralidad, ya que desde su visión fuertemente conflictualista ellos niegan una y otra vez la noción de los «valores sociales compartidos». Esto iría desde luego contra las visiones liberales «funcionalistas» que enfatizan el consenso como agregado resultante -mediante procedimientos neutrales- de preferencias genuinamente individuales. En esta crítica, frente a ese falso consenso los CLS suelen oponer la existencia de jerarquías ilegítimas sobre todo entre colectivos de clase, raza o sexo, por lo cual podrían parecer comunitaristas. Pero esto no es así, ya que tam-

bién rechazan la creencia comunitarista en un «bien común» surgido del «mundo de la vida» de cada comunidad. Ya he señalado la ambivalencia de CLS respecto de la teoría descriptiva de la personalidad, a la que me remito. Y, desde un punto de vista normativo, la «contradicción fundamental» entre el yo y los otros se vive como «dolorosa» precisamente porque, por un lado, queremos «fundirnos» con los demás, y en especial con quienes nos rodean de manera más cercana, en una «existencia colectiva inalienada» (es decir, se reconoce el valor positivo de la comunidad), pero, por otro lado, esa fusión comunitaria amenaza con aniquilar nuestra libertad individual, que se quiere preservar a toda costa. Yo creo que, en esta dialéctica, el valor de la subjetividad y de la libertad individual acaba prevaleciendo en CLS, porque el valor otorgado por ellos a la comunidad se concibe: 1.º) sólo en la medida en que ésta es necesaria para nuestra realización como individuos (ya que, a veces -no siempre-, nuestro bien efectivamente se funde con el de los demás); y 2.º) con el límite de evitar esa aniquilación del individuo por el grupo. De manera que, en cuanto a cuáles son los valores que hay que defender, CLS en el fondo estaría con los liberales, aunque rechaza los esfuerzos de éstos por su fundamentación a través de una teoría ética. Un liberal crítico con CLS, Andrew Altman, en un libro que se titula precisamente *CLS. Una crítica liberal,* les defiende sin embargo de ataques, como el de William Ewald, que acusan a CLS de totalitarismo, de rechazar las libertades individuales asociadas a la filosofía política liberal:

> «Yo no creo -dice Altman- que un examen justo de la literatura CLS pueda apoyar tal interpretación. Es, en el mejor de los casos, una grosera caricatura. Muchos autores de CLS efectivamente argumentan a menudo que los valores liberales presentan solamente un lado del relato humano, que hay cosas que la gente hace y debería celebrar y que son omitidos o distorsionados en la imagen liberal. La solidaridad y la comunidad son los valores más frecuentemente invocados a este respecto. Sin embargo, es un error inferir algún tipo de tendencia totalitaria en CLS a partir de su discurso de solidaridad, comunidad, etc. Sus autores están fuertemente comprometidos con las libertades individuales esenciales que los liberales han luchado por asegurar contra sus enemigos absolutistas, fascistas y totalitarios»[14].

[14] Altman, Andrew, *Critical Legal Studies. A Liberal Critique,* Princeton University Press, Princeton, NJ, 1990, págs. 16-17.

Altman documenta su afirmación con citas como las siguientes:

> «Muchos pensadores liberales fueron devotos de la libertad. Aunque no fuera más que por esta devoción, contarán para siempre como héroes y maestros de la raza humana, y todos los pecados de Inglaterra serán perdonados por sus servicios a la libertad» [Unger, cit., pág. 277]; «Igual que la tradición republicanista enfatiza correctamente nuestra dependencia mutua, la tradición liberal enfatiza correctamente nuestra individualidad y las amenazas que representamos unos para otros» [Tushnet, *Red, White and Blue,* pág. 23]. «Incorporada a la noción de derechos hay un logro liberador de nuestra cultura: la afirmación de la libre subjetividad humana frente a las ataduras de la vida de grupo, junto a la paradójica contravisión de una vida de grupo que crea y nutre individuos capaces de libertad» [Duncan Kennedy, «Critical Labor Law Theory: A Comment», 4 *Industrial Relations Law, Journal* 506 (1981)].

2.2. *Las contradicciones en el comunitarismo*.-Otra línea de crítica de CLS al comunitarismo sería, cómo no, la de buscar también ahí sus contradicciones internas. Si el pensamiento liberal no puede prescindir de elementos comunitarios, el comunitarismo también «padecería» la presencia de elementos universalistas. Carlos Thiebaut no es evidentemente un «CLSer», pero CLS seguramente suscribiría estas palabras suyas sobre el comunitarismo:

> «...si bien, y por una parte, muchos [comunitaristas] acordarían que las teorías racionalistas modernas de corte kantiano no llegan a dar cuenta cabal del entramado concreto de nuestra vida moral y de sus conflictos, algunos de entre ellos (...) no dudarían en señalar que en esa vida moral hay elementos universalistas que están ligados a nuestras nociones de autonomía y de justicia como los que se pretendían definir en el programa moderno de forma racionalista a la hora de establecer un punto de vista moral diferenciado de las moralidades concretas (...). [Refiriéndose a este comunitarismo, Thiebaut añade más adelante:] «otras posiciones -quizá más neohegelianas o neo-jovenhegelianas, como la de Taylor y la de Walzer- se inclinarán más bien por reivindicar el contenido normativo de la misma tradición moderna: lo que hemos de dejar de lado no son los ideales morales universalistas de esa tradición, sino una ya simplificada autocomprensión de la filosofía moral moderna. No habría que rechazar, por lo tanto,

el universalismo ético moderno, sino comprenderlo como una perspectiva adquirida históricamente desde la que podemos pensar lo moral, no como su fundamento transhistórico» (...) «las propuestas políticas comunitaristas no pueden ejercitarse, como Walzer ha argumentado, si no es a partir del marco político del liberalismo y, en cierto sentido, como su complemento. De forma similar, y por lo que a la idea de comunidad respecta, no puede entenderse una idea homogénea de comunidad moral si no es a partir de una ya inevitable diferenciación que exige nociones de respeto a las diferencias y a las minorías, es decir, que requiere las nociones modernas de tolerancia y de dionidad del individuo. Así, la ambigüedad de las propuestas neoaristotélicas expresa también la ambigüedad que existe en la misma noción moderna y reflexiva de modernidad»[15].

2.3. *La crítica al comunitarismo como reconstrucción teórica*.-En suma -y éste es quizá el punto principal de mi exposición-, lo que explica la postura de CLS frente al comunitarismo es sobre todo esto: CLS lo rechaza en cuanto un esfuerzo más por reconstruir una teoría filosófica normativa que fundamente la moral. La clave, pues, para entender la relación entre comunitarismo y CLS hay que buscarla en la actitud de CLS acerca de la teorización ética. Pero, dado que ese rechazo a la teorización ética, al igual que el punto anterior acerca de las contradicciones internas del comunitarismo, son críticas dirigidas también contra el liberalismo, será mejor abordar ambas cuestiones referidas conjuntamente a liberalismo y comunitarismo. Para ello abriré un último apartado en el que intentaré aclarar mejor la posición de CLS.

4. El sentido de la contradicción y la actitud de CLS ante la teoría

Volvamos al catálogo de las contradicciones (deontologismo/ consecuencialismo, justicia formal/justicia sustantiva, subjetivismo/objetivismo, individualismo/altruismo, intencionalismo/determinismo... y, quizá también, universalismo/comunitarismo). En su famoso artículo «Forma y sustancia en la adjudicación en Derecho privado», Duncan Kennedy conecta muchas de estas contradicciones liberales

[15] Thiebaut, Carlos, «Neoaristotelismos contemporáneos», en Victoria Camps, Osvaldo Guariglia y Fernando Salmerón (eds.), *Concepciones de la ética,* Vol. 2 de la Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Trotta / CSIC / Quinto Centenario, Madrid, 1992. en págs. 39, 43 y 46.

con un conflicto sustantivo de nivel superior: el conflicto entre individualismo y altruismo. A ese gran conflicto él reconduce fundamentalmente la dicotomía entre la forma de reglas o de estándares en el Derecho (de eso se ocupa centralmente su artículo), pero también dicotomías político-morales como autodeterminación vs. paternalismo, regulación vs. facilitación, y, explícitamente, la que opone «comunidad vs. autonomía». Su tesis es que, en la actualidad, el conflicto entre individualismo y altruismo se encuentra en una situación de bloqueo: en todos los campos argumentativos (moral, económico, político y jurídico) ambas posturas, que en otros momentos históricos parecían más nítidas, se hacen importantes concesiones mutuas, se aproximan en posiciones pragmáticas o «razonables» que admiten elementos fundamentales de la tendencia opuesta, sin que una logre derrotar definitivamente a la otra. Esto se explica, según Kennedy, porque el conflicto constante entre individualismo y altruismo en el nivel «práctico y moral» no es sino el reflejo de una contradicción situada en un nivel todavía más profundo: el conflicto de fondo tiene lugar en un nivel «teorético», entre dos conjuntos de premisas opuestas acerca del carácter de la humanidad y la sociedad.

> «La importancia de añadir esta dimensión teorética a la dimensión práctica y moral es que nos proporciona una nueva forma de entender el conflicto entre individualismo y altruismo. En particular, nos ayuda a explicar lo que antes llamé "puntos de estancamiento" en ambos lados: los momentos en que el individualista, en su movimiento hacia el estado de naturaleza, de repente se echa atrás y se convierte en altruista; y el momento simétrico en que el altruista se convierte en defensor de las reglas y de la autoconfianza en lugar de deslizarse hasta el final hacia el colectivismo o el anarquismo» (cit., nota 4, en pág. 1767).

Kennedy analiza cuáles son esas premisas (a las que llama «liberales» y «organicistas») que subyacen respectivamente al individualismo y al altruismo, y que en mi opinión recuerdan bastante al estudio de Unger de los principios del «liberalismo» y los de la posible alternativa de los «fines compartidos» (o sea, la comunitarista). «El individualismo está asociado -dice Kennedy (loc. cit.) al cuerpo de pensamiento acerca del hombre y la sociedad que a menudo se describe de forma muy general como el liberalismo». Aquí las dos premisas fundamentales son la de la subjetividad y arbitrariedad de los valores (definidas de forma casi idéntica a como lo hacía Unger) y la del carácter meramente instrumental de los grupos (y del Estado) respecto de los fines preexistentes de sus individuos: los grupos no

son fines en sí mismos, no definen nociones del bien. Ambas premisas fundamentarían un orden social y jurídico individualista bajo un régimen de reglas que definen para cada individuo determinadas esferas de discrecionalidad arbitraria para la persecución de sus propios fines pudiendo ignorar a los demás (en Derecho privado, el Derecho de propiedad), y que regulan la interacción entre los individuos fuera de esas esferas de arbitrariedad (Derecho de contratos) de manera que puedan cooperar en áreas de la producción y el consumo para alcanzar cada uno, en la medida de lo posible, sus propios fines, sin necesidad de llegar a un acuerdo sobre los mismos o establecer ningún tipo de (imposible) consenso valorativo o interdependencia como seres morales. El juez se limitaría a aplicar estas reglas, «cuyos predicados son siempre hechos y nunca valores» (cit., pág. 1.770), y que por tanto posibilitan la certeza y la objetividad. La pasividad judicial «significa la renuncia del grupo a utilizar al Estado para imponer su visión del deber altruista frente a las visiones en conflicto de los individuos que persiguen su autointerés» (cit., pág. 1.771).

El altruismo, en cambio, partiría de premisas «organicistas» que son el reverso de las anteriores. Niega la arbitrariedad de los valores: nuestros fines y propósitos, y los de los demás, «están siempre en un estado de evolución, progreso o retroceso, en términos de un ideal universal de hermandad humana» (págs. 1.771-1.772). (Para nuestro análisis, por supuesto, tendríamos que sustituir lo de ideal universal de hermandad humana por ideal comunitario de hermandad en el grupo). «No controlamos totalmente -continua Kennedy en su exposición del modelo altruista- nuestro propio desarrollo moral (...), pero participamos en él más que simplemente lo experimentamos. De ahí que podamos hablar con sentido acerca de valores, y que quizás incluso sea ésta la forma más elevada de discurso» (pág. 1.772). El altruismo también niega la subjetividad de los valores: para el altruista, «la función de utilidad de A no es sólo dependiente de la de B, sino que no se puede distinguir verdaderamente de ella. Es cierto que sufrimos por el sufrimiento de otros; más importante aún, sufrimos directamente el sufrimiento de otros» (ibíd.). Por último, el altruista niega que el Estado sea sólo un instrumento para los fines preexistentes de los ciudadanos: «los fines son colectivos, y están en un proceso de desarrollo. De ahí que los propósitos que forman la base para la decisión moral sean los del hombre en sociedad, más que los de los individuos» (ibíd.). Partiendo de estas premisas, «el contra-programa utópico de la justicia altruista es el del colectivismo» (pág. 1.77l). Afirma que la justicia consiste en un orden según fines compartidos, ya que «podemos alcanzar una comprensión de los valores que la gente ha entretejido en sus relaciones particulares

y de la tendencia moral de sus actos» (pág. 1.773). «El Estado, y con él el juez, están destinados a desaparecer a medida que la gente llegue a sentir su común hermandad». Mientras tanto, reconociendo que la fuerza es todavía necesaria, «la aplicación directa de normas morales a través de estándares judiciales es preferible a un régimen de reglas basado en el agnosticismo moral» (pág. 1.771).

Hasta aquí la descripción de los modelos individualista y altruista. La tesis central de Kennedy es que esos puntos de estancamiento, esa paradójica situación de bloqueo surgida del compromiso y la simultánea persistencia del individualismo y del altruismo modernos, se debe al hecho de que «ambos [individualismo y altruismo] creen firmemente en ambos conjuntos de premisas, a pesar de que son radicalmente contradictorias» (pág. 1.774). El problema no es simplemente que en este nivel más profundo sus respectivas premisas subyacentes sean visiones del universo «radicalmente contradictorias». El problema es que «afortunada o desafortunadamente, la contradicción es tanto interna como externa, ya que hay muy pocos participantes en la cultura jurídica actual que sean capaces de eludir la sensación de estar creyendo en ambos lados simultáneamente» (pág. 1.776):

> «La crítica altruista contra el liberalismo -dice Kennedy le suena a verdad al individualista que ya no cree en la posibilidad de generar conceptos que a su vez generarán reglas que definan un orden social justo. La crítica liberal contra la anarquía o el colectivismo le suena a verdad al altruista, que reconoce que después de todo no hemos superado la dicotomía fundamental entre el sujeto y el objeto. En la medida en que los demás son, hasta cierto punto, seres independientes e incognoscibles, el eslogan de los valores compartidos conlleva la amenaza real de una tiranía más opresiva aún que la alienación en un Estado liberal que sea al menos de algún modo altruista» (pág. 1774).

Las anteriores palabras permiten conectar esta contradicción «tanto interna como externa» entre las premisas del individualismo y el altruismo con el concepto de «la contradicción fundamental» que ya hemos visto y que Kennedy introdujo tres años después. En cualquier caso, sea en términos de una única «contradicción fundamental» o en términos de dos conjuntos de premisas contradictorias en un nivel «teorético» profundo, la conclusión de Kennedy es que «es inútil imaginar que el conflicto en el nivel moral y práctico [entre individualismo y altruismo] cederá ante un análisis en términos de conceptos de nivel superior. El significado de la contradicción en el

nivel de la abstracción es que no hay un metasistema que, con tal de que pudiéramos encontrarlo, nos permitiría sintonizar con uno u otro modelo según lo "requieran" las circunstancias» (pág. 1.775). Cada modelo, no se olvide, incluye las premisas metaéticas opuestas.

A la luz de este análisis, ¿Cuál es la teoría ética de CLS? Ninguna. CLS es un movimiento de juristas que, desde luego, no ha construido ni ha pretendido construir por sí mismo una teoría ética original, propia del movimiento (la teoría de los «grupos orgánicos» propuesta por Unger puede considerarse como una reconstrucción ética no carente de cierta originalidad, pero no ha sido acogida por el resto del movimiento). CLS tampoco ha adoptado en común una sola teoría ya existente, tomándola prestada de los filósofos. Pudiera entonces pensarse que, en cuanto movimiento político, intelectualmente tan plural, si los CLS no comparten una misma teoría ética, al menos individualmente cada uno habrá adoptado alguna, aunque sea distinta de la de otros compañeros de movimiento. Ante esto la respuesta ha de ser más matizada. Es cierto que algunos miembros de CLS se manifiestan más o menos próximos a alguna filosofía ética (dado ese pluralismo interno, no falta incluso quien abraza una ética liberal de signo kantiano)[16]. Pero, por lo general, los CLS (o su mayoría, o su «centro de gravedad») suelen rechazar la posibilidad de fundamentar una teoría ética elaborada. Entonces, ¿ese rechazo está fundamentado en alguna teoría metaética?

---

[16] Estoy pensando (y quizá no sea el único) en Robert Gordon, miembro destacado de CLS, quien «sin embargo», en un artículo que lleva el significativo título de «Too Much Kant is Not the Problem» (*Perspective,* Vol. VIII, N.º 8, October 1991, págs. 5 y 12), escribe: «Estoy dispuesto a afirmar, perfectamente consciente de su insuficiencia, pero absolutamente convencido de su necesidad como punto de partida, que todos nosotros (...) deberíamos darnos a cada uno el mayor espacio posible en nuestras búsquedas de la vida buena. Ésta es una imagen incompleta pero todavía sustancial de lo bueno para un individuo: incompleta porque está claro que yo no puedo saber qué es la vida buena desde esta visión pero sustancial porque especifica un respeto absoluto al individuo y, si se concibe ampliamente, también exige unos mínimos, estándares de vida para todos. Hay muy pocos bienes sin comida en la mesa y un tejado sobre la cabeza. Es una visión abierta a infinitas interpretaciones, pero cerrada a la manipulación total». Más adelante, Gordon opone «esta visión esencialmente liberal», «que deja espacio para tantas formas de vida diferentes», a la «visión neo-nietzscheana que sostienen los multiculturalistas radicales» y «tanta gente de moda en la izquierda y la derecha hoy en día»: «Los "izquierdistas culturales" y los "multiculturalistas radicales" (...) no quieren una parte de la cultura occidental. Ellos argumentan que su racismo y su sexismo son esenciales a ella -perdiéndose de vista las cuestiones de clase en una izquierda cultural que frunce el ceño ante la sociología "positivista", y que Occidente es por tanto irredimiblemente malvado. Por eso exigen que cada grupo oprimido cree su propia literatura y filosofía. Pero -añade Gordon- es difícil imaginar cómo ellos o cualquiera puede hacer esta crítica sin invocar valores liberales como la igualdad y la libertad. Precisamente por-

Explícitamente, los CLS tampoco han desarrollado con detalle una teoría metaética que explique su escepticismo teórico. Pero si, pese a ello, tuviera que dar cuenta al menos de su posición, yo diría que es algo así como la de un «agnosticismo metaético», un fuerte escepticismo no ya hacia los valores, sino hacia la teoría ética. Will Kymlicka (cit., nota 10, pág. 8) traza en este sentido la siguiente distinción:

> «1) Alguna gente cree que los valores morales no existen realmente, y de ahí que nuestras "creencias" acerca de estos valores en realidad son sólo afirmaciones de preferencias personales. Como tales no pueden ser correctas o equivocadas, y no hay espacio para evaluarlas racionalmente. 2) Otros creen que aunque las creencias morales pueden ser correctas o incorrectas, no hay manera de organizarlas en principios sistemáticos. Nuestros juicios de valor proceden de una comprensión tácita o sentido de adecuación [appropriateness] que nos dice cómo responder a circunstancias particulares. Cualquier intento de formalizar estos juicios en reglas o principios abstractos los distorsiona y produce fórmulas vacías. 3) Todavía otros creen que aunque tenemos razones para nuestras creencias sobre la justicia, y aunque estas razones pueden ser organizadas en principios sistemáticos, los únicos tipos inteligibles de razones y principios son aquellos que apelan a nuestras tradiciones históricas. La justicia es una cuestión de interpretación cultural más que de argumentación filosófica».

Parece claro que la primera de las tres posturas esbozadas aquí por Kymlicka es la del emotivismo puro y duro, y que la tercera viene a ser la del comunitarismo. Yo creo que CLS no estaría en ninguna de ellas, sino más bien en la segunda. La contradicción señalada por Kennedy en«Form and Substance» se daría en el nivel de las premisas metaéticas, no ya en el de los juicios normativos, sobre los que perfectamente puede ocurrir que coincidamos y que los creamos

---

que su principio básico es la reciprocidad de derechos y obligaciones, el liberalismo no sólo proporciona una base para que los débiles puedan exigir igualdad con los fuertes; proporciona un fundamento en base al cual los fuertes deben escuchar (...). En su mejor versión, las insurgencias radicales siguen siendo precisamente este intento de afirmación de una comunidad de iguales. Pero cuando así lo hacen, y a medida que lo hacen, es en el nombre mismo de una sociedad libre e igualitaria. Lo demás es alguna forma de tribalismo».

Quien haya tomado en serio mi insistencia en la pluralidad interna de CLS, no debería sorprenderse de que estas palabras hayan sido escritas por alguien que sigue cómodamente situado en este movimiento, aunque apunten contra la generación de «postmodernos», feministas radicales y «multiculturalistas» que vienen protagonizando la vida de CLS en los últimos años.

correctos. Dicho más claramente: un emotivista afirma positivamente la imposibilidad de preferir racionalmente entre valores sustantivos; sería un ateo. Creo que el mensaje de Kennedy es distinto: acerca de la opción misma entre emotivismo y racionalismo metaéticos, o entre subjetivismo y objetivismo de los valores, Kennedy suspendería el juicio; sería un agnóstico. Afirmaría que quizá existan valores objetivamente mejores y peores, pero:

> «El único tipo de imagen que expresa el proceso mediante el cual actuamos, y actuamos, y actuamos, en una dirección, y luego llegamos al punto de estancamiento, es el de la filosofía existencialista: adoptamos compromisos, y los perseguimos. El momento del abandono no es más racional que el del comienzo, y es por igual un momento de terror» (cit., pág. 1.775).

Desde esta actitud ante la teoría ética, el sentido de las contradicciones del liberalismo se puede sintetizar así: CLS (o cierto CLS) parece reprochar al liberalismo esas contradicciones, pero no aspira a superarlas optando ellos claramente por uno de los términos en cada caso, ya que abrazar hasta el final solo uno de los polos llevaría a posturas probablemente coherentes, pero insostenibles. Por ejemplo: nadie es hoy un kantiano de los de «hágase justicia aunque perezca el mundo», ni tampoco un utilitarista de los de todo vale con tal de maximizar el placer. De hecho, creo que casi todos, por no decir todos, optamos por alguna postura intermedia, o por una tendencia hacia uno de los polos de la dicotomía kantismo/utilitarismo, pero corregida por consideraciones tomadas del otro polo: un cierto kantismo pero no ciego ante consideraciones consecuencialistas, o un cierto utilitarismo pero con algunos frenos «de principios». Con el universalismo/comunitarismo quizá ocurra algo parecido. La tesis de CLS es sin embargo la de que las contradicciones serían racionalmente irresolubles. Esto no quiere decir que no debamos actuar, de hecho tomamos posiciones intermedias, tomamos «un poco de esto y un poco de lo otro», y hacemos bien. Lo que niegan es que podamos aspirar a justificar esas opciones intermedias mediante una teoría ética racional y coherente, ya que esa teoría estaría infestada de últimas premisas contradictorias. Por eso sostienen que podemos intentar defender nuestras opciones, pero para ello renuncian a la elaboración de teorías morales[17].

---

[17] Andrei Marmor, cuando -muy incidentalmente- alude a la visión que él etiqueta como «no-teoría», parece referirse a un escepticismo hacia la teorización ética normativa muy similar al que yo estoy atribuyendo a CLS (y que Marmor atribuye a

Es importante advertir que el propio «CLSer» es consciente de estar también él en esa situación. En realidad, CLS sólo estaría reprochando al liberalismo o bien 1) la falta de reconocimiento de esas tensiones, o bien, en su caso, 2) la creencia en que algún modo de equilibrio o término medio puede ser coherente y racionalmente justificado. Quiero decir algo de cada uno de esos reproches:

El primero, practicado con entusiasmo por CLS, me parece que puede resultar trivial: de una u otra forma, casi todos somos conscientes de las dificultades y aporías fundamentales del discurso ético (aunque CLS tiene razón al denunciar que en demasiados casos ese reconocimiento supuestamente «trivial» queda luego olvidado o escondido a la hora de «poner manos a la obra»). Quizá no estén diciendo nada distinto a la idea bien familiar de que en la argumentación práctica (y en la teórica, a mayor abundamiento) en el fondo siempre necesitamos partir de premisas o presupuestos «últimos» (ontológicos o epistemológicos) que no se pueden demostrar. Aquí pues, la utilidad de CLS es para nosotros muy limitada. Aunque quizá algunos de sus trabajos sí puedan coadyuvar a iluminar mejor, o desde otro foco, nuestra conciencia de los problemas. Por ejemplo, viendo la relación entre los términos de las dicotomías como una relación dialéctica, más que como un continuum entre dos polos. Norberto Bobbio distinguía a este respecto entre una dialéctica «fuerte» y otra «débil». En la fuerte, p.e. la de Hegel, hay un momento de síntesis superador del conflicto, mientras que en la débil los opuestos se remiten uno a otro sin fin, algo así como una eterna partida de pin-pon. Yo creo que la visión de CLS es la dialéctica débil. Imagen ésta que me parece que se ve reforzada en CLS por la irrupción del sector de los «deconstruccionistas» derridianos, obsesionados por jugar con las dicotomías mostrando cómo cada tér-

---

Thomas Nagel y a Bernard Williams). La «no-teoría» -explica Marmor- «no equivale necesariamente al escepticismo radical», sino que «abraza la idea de que los principios morales, incluso si sostenemos que son objetivos y verdaderos, no pueden ser comprendidos en un conjunto de principios coherentes, ya que las contradicciones entre ellos reflejan genuinas contradicciones inherentes a nuestras vidas morales, o implicadas por la naturaleza de nuestras vidas sociales, etc.» *(Interpretation and Legal Theory,* Clarendon, Oxford, 1992, págs. 62-63). Así pues, la tesis de CLS, en una versión más débil (que seguramente dejaría fuera a los más radicalmente «irracionalistas» del movimiento) *no* rechazaría necesariamente la posibilidad de argumentar «racionalmente» a favor de nuestras opciones morales, e incluso de desarrollar muy limitadas «teorías locales» para defenderlas. Lo que rechazaría es más bien la posibilidad de una teoría a la vez coherente (que respete los -según CLS- elevados estándares de coherencia exigidos por la teorización ética «normal») y de amplio alcance (que fundamentara el conjunto, o una porción significativamente amplia, de dichas opciones). Visto así, la discusión radicaría en la magnitud o ámbito de la teoría.

mino de ellas se opone y a la vez necesita del otro para su propia definición (¿igual que el «yo» y «los otros» en la «contradicción fundamental»?), cómo uno de los términos aparece privilegiado, y cómo se puede invertir esa jerarquía con la intención de... con la intención de volverla a invertir, e invertirla una vez más, y otra vez, y otra...

En cuanto al segundo reproche, el de que no hay manera de teorizar coherentemente una opción intermedia o alguna solución de equilibrio, ya no me parece tan trivial, sino más bien una tesis fuerte; demasiado fuerte. Creo que aquí le ocurre a CLS algo parecido a lo que tanto se ha reprochado al realismo jurídico americano (es sólo una analogía): los realistas partirían en realidad de una noción demasiado exigente de certeza jurídica, y al no verla satisfecha, habrían reaccionado dando el bandazo de afirmar una versión exagerada de la indeterminación jurídica. Independientemente de que este reproche haga o no justicia con los realistas, la imagen podría reproducirse para con CLS en lo que estoy aquí tratando: quizá en el fondo lo que les pase es que parten de una concepción demasiado fuerte de la racionalidad y la coherencia en la teoría ética, y al detectar que las teorizaciones de opciones intermedias o equilibradas no alcanzan ese listón, acaban diciendo que sólo se puede optar, no teorizar. Es como si CLS hiciera suyos precisamente esos elevados estándares de coherencia que el tipo de teorización que ellos critican se exige a sí misma. Una cosa es criticar la ambición de esa «gran teoría» por prometer mucho más de lo que puede cumplir, y otra bien distinta es, basándose en ello, rechazar a priori la posibilidad de construir un discurso ético general desde parámetros menos exigentes y más flexibles, como intenta hacer buena parte de la teoría ética contemporánea. Yo pienso que, por ejemplo, la noción rawlsiana del «equilibrio reflexivo», la retórica del «balanceo», o las teorías actuales de la argumentación, incluso con sus frecuentes apelaciones a «nuestras intuiciones morales básicas», no es que sean precisamente reglas de matemática contable para que nuestras cuentas morales nos cuadren, pero me parece que algo ayudan a la hora de, si no demostrar, al menos reforzar teóricamente nuestras precarias opciones, y hacemos así más llevadera nuestra penosa y fundamentalmente contradictoria existencia.

5. Algunas conclusiones provisionales

Hasta aquí, mi exposición sobre las relaciones entre CLS y el comunitarismo. Me parece que la respuesta a la doble pregunta que formulaba al principio, la de cuál sería la actitud de CLS ante el comunitarismo, y qué puede aportar CLS al debate entre comunita-

ristas y liberales, puede resumirse así: CLS ha compartido con los comunitaristas algunos rasgos fundamentales de la crítica al liberalismo, pero rechaza la teorización positiva de los comunitaristas debido al fuerte escepticismo teórico (no nihilismo valorativo) que caracteriza a CLS; ese escepticismo explica precisamente que su aportación al debate teórico entre liberales y comunitaristas sea muy escasa, aunque su crítica sí plantea (o al menos expresa de otra manera) algunas preguntas que deben ser afrontadas. Precisamente, para finalizar, quisiera recopilar muy brevemente algunos puntos o conclusiones que podrían servir para una posible discusión.

1. Acerca del debate sobre la constitución de la personalidad: ¿es defendible una postura clara, una tesis fuerte, bien sea la individualista-atomista o la de la construcción social del yo? Mi opinión es que no, y supongo que cualquiera estaría de acuerdo: es verdad que todos los que estamos aquí más o menos compartimos una misma cultura, educación, contexto social, y sin embargo discrepamos en muchas cuestiones normativas; y también es cierto que compartimos ciertos valores (aquí nadie es partidario de la quema de herejes), y que en ello ese contexto ha tenido que influir bastante. ¿Aporta algo CLS a esta cuestión? Yo creo que poco: si verdaderamente es casi trivial negar los extremos, CLS no parece de oran ayuda a la hora de decir algo más. Nos muestra el problema como una dialéctica sin superación posible, pero una teoría ética que nos diga cómo debemos actuar no puede quedarse en la negación de los extremos: debe partir de alguna concepción más o menos precisa acerca de la personalidad, dentro de ese continuum, e intentar argumentarla.

2. El anterior punto hace referencia al llamado individualismo ontológico. Pero ese tipo de individualismo es diferente del individualismo epistemológico y del ético. La diferencia crucial entre el liberalismo y el comunitarismo se halla precisamente en este tercer nivel, es decir, los liberales, a diferencia de los comunitaristas, son individualistas éticos. Ahora bien, por lo que se refiere a CLS, en el plano epistemológico serían no-individualistas, enfatizando la «construcción social» del conocimiento (aunque, por cierto, su postura se diferencia bastante radicalmente de las teorías del consenso racional tipo Habermas). Pero en el plano ético creo que su postura se decantaría en último término hacia el individualismo y, por tanto, coincidiría en lo básico con la tesis del liberalismo, que yo también comparto.

3. Una tercera cuestión es la de si la contraposición entre liberalismo y comunitarismo tiene carácter exhaustivo y excluyente. Los partidarios de CLS defienden aquí que la contraposición ni es exhaustiva (el utopismo de muchos de estos autores evoca -aunque

tampoco aquí exista una teoría al respecto- un ideal de comunidad, pero de comunidad universal), ni tampoco excluyente (y de ahí su inclusión de la dicotomía universalismo/comunitarismo en el catálogo de las contradicciones que padecemos).

4. CLS tiene razón, en mi opinión, al pensar que una concepción ética no puede prescindir del todo de ninguno de estos dos polos. Pero lo que no parece tan justificado es pensar que, frente a este dilema, no cabe otra cosa que aceptar (o sea, ser consciente) de la «contradicción fundamental» que conduce inexorablemente a tomar «un poco de esto y un poco de lo otro», sin más criterio que un pragmatismo puro y duro. Frente a ello, mi opinión es que cabe -o, al menos, no hay por qué rechazar ad liminem- la posibilidad de encontrar algún tipo de mediación, aunque para ello no podamos valernos de razones definitivas. En realidad, es posible que la crítica de los CLS al racionalismo se deba -paradójicamente- a una concepción de la racionalidad excesivamente estrecha.

A R T Í C U L O S

DEMOCRATIZACIÓN Y NEONATURALISMO
La ambigüedad de la democratización contemporánea

1. Democracia o democratización

Parece preferible, con el viejo Lukács[1], hablar de *democratización* más que de instituciones democráticas. Casi todo lo que hay de hipócrita en la reflexión sobre la democracia si se refiere a las instituciones políticas existentes desaparece cuando se concibe la problemática no principalmente desde un punto de vista institucional, sino como un *proceso:* un proceso de democratización. La *esencia de la democracia* no es una idea platónica: lo esencial de la democracia es haberse dado y estar dándose aún como un inconcluso proceso histórico. Que no afecta solamente a las instituciones políticas -la democratización es también la igualación metapolítica de las personas (por ejemplo, la igualdad social con independencia del sexo; o -como decían los trabajadores italianos que les había enseñado Palmiro Togliatti- no quitarse la gorra cuando pasa el patrón).

La *institucionalización* democrática es otra cosa. La institucionalización moderna, la *cristalización* moderna del proceso de democratización, se basa exclusivamente en determinada *convención* constituyente. Es, en este sentido, rigurosamente *infundada:* puramente convencional. Se diferencia en esto de la democratización ateniense (mucho más débil, ciertamente, pues no podía ser omniabarcante en una sociedad esclavista), que incluía además un componente *ideal,* ideológico: un componente de educación en los *deberes* del ciudadano.

Entre los modernos apenas si piensa en ello nadie más que Simone Weil, quien afirma que la idea de *deber* es previa a la de *derecho*[2]. Lo cual es cierto desde cualquier punto de vista: nadie

---

[1] G. Lukács, *Demokratisierung heute und morgen,* Budapest, 1985; se ha manejado la traducción italiana, Lucarini, Roma, 1987.

[2] S. Weil, *Echar raíces,* trad. cast. Trotta, Madrid, en prensa.

puede afirmar poseer un *derecho* salvo que alguien distinto (otra persona, o el poder, el Estado) tenga un *deber* a su respecto. Primero nacen los *deberes;* luego, si se contemplan desde el punto de vista de aquél respecto de quien está obligado quien tiene el deber, cabe llamar *derecho* a la capacidad de exigencia de ese deber ajeno. La Revolución Francesa se centró en la idea de los derechos[3]: se fundamenta en los derechos, lo que es una manera de afirmar que trató de poner límites al poder del Estado: unos límites que no son otra cosa que deberes de no interferencia. Lo cual deja en relativa oscuridad el *fondo* de las cosas, pues cabe preguntar: *¿qué compele al Estado a no interferirse?*

Queda así en la oscuridad, por un lado, lo débil que es la capacidad de exigir el cumplimiento de los deberes del Estado. Y, por otro, *que los seres humanos tenemos deberes con los demás antes de que podamos exigirles derechos* (para empezar, los padres tienen deberes respecto de los hijos que engendran, previos a los derechos que podrán reclamar de esos hijos, y así sucesivamente).

Ir más allá del mundo burgués exige traer a colación ante todo los *deberes* que cada uno de los seres humanos tienen con los demás, con las generaciones futuras, con el mundo en que vive y con los demás seres vivientes.

La democratización como proceso ha alcanzado un determinado punto histórico. Un proceso que puede ir, por supuesto, mucho más lejos: que *necesita* ir mucho más lejos, mucho más allá. Pero que también puede involucionar. Venirse abajo.

Un proceso que puede ir mucho más lejos o venirse abajo. Tanto localmente, como un fenómeno localizado en un tiempo y en un ámbito político limitados -por trágica que pueda ser la involución o entusiasmante el ir más lejos-, pero que también puede ir más lejos o involucionar en *tiempos históricos largos.*

Una primera pregunta que no parece impertinente es si el período histórico de aceleración del proceso de democratización que ha durado dos siglos aproximadamente está tocando a su fin; o si nos acercamos a un período de involución histórica global de ese mismo proceso. Y qué hacer.

Pues al hablar *hoy* de democratización no es posible evitar tampoco cierta sensación de hipocresía, cierta sensación de fariseísmo. Que es tan real como el convencimiento en conciencia de la necesidad de las libertades y de los derechos, de la democratización, en suma.

---

[3] E. García de Enterría, en *La lengua de los derechos* (Alianza, Madrid, 1995), destaca la cuestión apologéticamente todavía hoy, sin el menor asomo de sospecha de su carácter problemático.

El fariseísmo procede de la inevitable consciencia de haber vuelto a entrar en una edad de violencia, de negación de la humanidad y de la civilización; en una edad en que se cometen los crímenes colectivos más atroces que conoce la existencia de la especie humana. En la época de los peores genocidios de la historia.

Unos son cometidos por personas dotadas, en lo substancial, de los mismos bienes de cultura que nosotros -los criminales son *como nosotros-;* otros, son inimaginables sin la capacidad de nuestra civilización para la violencia -y para la comunicación del odio [tenemos *autopistas de la comunicación* del odio].

[Gernika y Coventry, Tokio y Colonia y Dresde, Auschwitz e Hiroshima; los millones de represaliados políticos de Indonesia; los bombardeos de Vietnam; los asesinados chilenos, los desaparecidos argentinos y todas las matanzas de campesinos, mineros y estudiantes de América Latina; las guerras interétnicas africanas, los genocidios de los Balkanes o de Ruanda... Todo esto no es -como pensaron Camus y Sastre, o Einstein y Rusell, de lo que llegaron a ver- un paréntesis trágico de nuestra cultura. Es el más significativo de sus datos; y si hay futuro, y si en ese futuro hay historiadores, sin duda estos hechos -y no las conquistas técnicas- estarán en el primer plano de la investigación social.]

Esto no es todo: ante la consciencia colectiva de muchas personas -esto es: ante determinados imaginerías colectivas- la negación de la humanidad que constituyen el genocidio o en general los crímenes contra la humanidad, por no hablar de las inhumanidades cotidianas, lo que llamaría la «inhumanidad de Estado» (la pena de muerte, por ejemplo, crecientemente reintroducida en USA; o esa moneda corriente que es el terrorismo de Estado)-, todo eso, se *legitima en razón de la eficacia.*

En razón de *una* eficacia *en la que se cree,* se pasa por encima de la humanidad, de la democracia institucionalizada, de los derechos de las personas individuales y de su dignidad (la siempre no definida eficacia, en realidad eficacia para lo que decide el más fuerte).

En los peores momentos de pesadilla parece que se ha entrado ya en una cultura distinta de la cultura democrática, en una edad distinta de la edad burguesa de la razón o de la edad de la razón burguesa: en una cultura en la que la legitimación convencional de la democracia ha perdido ya su oportunidad histórica, y cede ante la legitimación convencional de la democracia ha perdido ya su oportunidad histórica, y cede ante la legitimación de la eficacia: de la eficacia que es, como veremos, no una abstracta razón técnica, sino la ley del más fuerte; la legitimación de la *ley del más fuerte* como antiquísima ley natural, como nuevo *derecho natural.*

El nuevo iusnaturalismo de la eficacia parece el canon postmoderno de la legitimidad.

De modo que se debe ser muy prudente con las visiones de las instituciones democráticas propias del utilitarismo modernizador. Por visiones de la democracia del utilitarismo modernizador hay que entender las que aceptan esas instituciones, tales como les bastan al Fondo Monetario Internacional y al Banco Mundial, esto es, simplemente, como instituciones que procesan el recambio ordenado de las élites gobernantes, que legitiman el orden existente y lo normalizan para las políticas llamadas de «modernización», de reestructuración capitalista, sin entrar en las dimensiones problemáticas de la democratización. Estas visiones utilitarias de la democracia son en realidad un complemento del *iusnaturalismo de la eficacia*.

Las instituciones en que ha cristalizado el proceso histórico de democratización política son hoy problemáticas: aparece, en todas ellas, un multifacético problema: una crisis de la política, una crisis de la representación (parlamento); con creciente falta de credibilidad de la política convencional, de los modos tradicionales de hacer política (que a veces redundan incluso en una judicialización temporal o parcial de la vida política); hay, además, una crisis de los institutos de mediación política (partidos) y social (sindicatos); una crisis -como se argumentará- de la propia *soberanía* estatal. Y una crisis acelerada de la participación política.

Lo cual equivale a decir que *han entrado en crisis prácticamente todos los aspectos de la vida democrática,* incluyendo el estrangulamiento, por otra parte parcial, de los derechos y libertades básicos, aquéllos sin los cuales ni es siquiera posible hablar de democratización política. Incluso éstos se hallan seriamente amenazados: en los margenes del sistema político social -pero son los que ejercen el poder y no los ciudadanos quienes determinan por dónde discurre la marginalidad- impera la lógica de la distinción entre *amigo* y *enemigo:* la vieja lógica antidemocrática que con tanto convencimiento como claridad definió Carl Schmitt. Y al *enemigo* ni los derechos[4].

A este punto ha quedado reducida la institucionalización política del proceso de democratización.

No hay que descuidar el momento en que se reflexiona sobre este asunto: hemos de tener en cuenta algunos de los rasgos del momento histórico concreto que se vive hoy y en cierto modo distanciamos de él para captar más completa -aunque quizá más esquizofrénicamente- su verdad.

La historia reciente de nuestra cultura ha conocido dos grandes

---

[4] Esto es lo que se infiere de los informes de *Amnistía Internacional,* según los cuales la tortura a los disidentes políticos [definidos comúnmente como «terroristas»], por ejemplo, o a cierto tipo de delincuentes [narcotráfico, secuestro], es una práctica policial corriente en la casi totalidad de los sistemas político-sociales.

períodos de agitación y renovación sociales. Como señala Steiner[5], el período 1789-1815 pone en movimiento a grandes masas de seres humanos que estaban «fuera de la historia». Que eran *siervos.* Las perspectivas del *progreso* y de la liberación personal y social, hasta entonces puramente alegóricas, pasaron al primer plano. Pero al período innovador de la gran revolución de la burguesía y las clases populares le sucede el frenazo impuesto en Waterloo. La inmensa energía social desplegada quedó entonces sin objeto para dejar paso al verdadero mundo burgués, el de las ilusiones perdidas -la fábula que tiene en Stendhal a su más lúcido narrador. El otro período de agitación y renovación es el que va de 1917 a 1968 (por poner una fecha a su calambre final): un mundo que luchó por instaurar el sueño de los de abajo del fin de los tiempos, y en cuya derrota consumada nos hallamos. La derrota de un sueño socialista que, como la derrota de la democracia radical de 1789, es el final de una etapa histórica.

Al menos -por ver su lado bueno-, es el final de la etapa en que la democratización se concibió *sólo* como democratización de la esfera política, y el socialismo como una *cristalización final* del movimiento histórico. Y no como ese mismo movimiento de la historia actuado por las consciencias y las voluntades de los seres humanos.

Antonio Gramsci[6] concibió certeramente el período que ha terminado como un período de «guerra de posiciones». Y, efectivamente, entre 1917 y el comienzo de la década de 1970 los trabajadores conquistaron numerosas «posiciones» políticas y sociales en los países materialmente desarrollados: coadyuvaron en las metrópolis a la descolonización política de las naciones proletarias; obtuvieron la legalización de sus instituciones de participación, los derechos que integran lo que se ha llamado el «Estado del Bienestar». Llamado así, se entiende, desde la óptica del capital, y concepto cuyos constituyentes esenciales, no hay que olvidarlo, son no sólo los «derechos sociales», sino fundamentalmente el pleno empleo y la escala móvil de los salarios (que preservaba la capacidad adquisitiva lograda por el conjunto de los trabajadores al resguardo de los procesos inflacionarios o, dicho más llanamente, que tendía a impedir el aumento del coste de la vida).

Esas posiciones se han visto desbordadas y aniquiladas.

Una de las consecuencias de la tercera revolución industrial, con su incremento de la automación de los procesos productivos y el desmantelamiento de la fábrica fordista en beneficio de las ins-

---

[5] G. Steiner, *En el Castillo de Barbazul,* Gedisa, Barcelona, 1992.

[6] *Note sul machiavelli.*

talaciones productivas deslocalizables de las empresas en red[7], es una pérdida de valor relativo de la fuerza de trabajo como factor de la producción. El empresariado ha podido prescindir de gran cantidad de trabajadores, disminuir los salarios reales, mejorar para sí el coste/oportunidad del despido, acrecentar el volumen del ejército industrial de reserva, incrementar la disciplina y la sumisión de los trabajadores en las empresas, externalizar -esto es, desplazar y atribuir- hacia el Estado -o hacia los trabajadores mismos en su condición de consumidores- ciertos costes de producción, fiscales, etc...

El resultado de todo ello -con el añadido del hundimiento de los regímenes burocráticos del este de Europa, que durante décadas constituyeron un contrapoder en cierto modo equilibrador a escala mundial- ha sido la pérdida de numerosas *posiciones* de los trabajadores: de la escala móvil de salarios, de la seguridad en el empleo, del trabajo fijo, de las condiciones del trabajo de fábrica, y también la reducción del contenido de otros derechos, como la salud o la jubilación, así como la pérdida de influencia real de los sindicatos de clase.

Además, las clases trabajadoras de los países centrales se han visto divididas: no sólo entre quienes tienen trabajo y quienes no lo tienen, entre quienes tienen trabajo precario y los que lo tienen más bien estable, sino también entre los trabajadores inmigrantes de otros continentes y con otras culturas[8].

Las clases trabajadoras, que en muchos países han constituido el grueso de las fuerzas impulsoras de la democratización real y de las conquistas sociales en el interior de las sociedades desarrolladas, se hallan, en este final de siglo, precarizadas e ideológicamente confundidas, desorientadas. No *se hallan -al menos momentáneamente- en las mejores condiciones para impulsar un ulterior avance del proceso de democratización.*

La democratización acaso tenga que hacer su travesía del desierto.

Sin embargo, suponer que los excluidos de hoy -que no son únicamente, ni mucho menos, los trabajadores del «Norte»- permanecerán permanentemente fuera de la historia es una hipótesis que carece de apoyatura en el mundo de las realidades conocidas. «El fin de la historia» es tal vez buena publicidad, pero pésima filosofía de la historia.

---

[7] Vid. P. Barcellona, *Postmodernidad y comunidad. El retorno del vínculo social* (Madrid, Trotta, 1994).

[8] En realidad el concepto de trabajador autóctono es un concepto sofístico: el capitalismo siempre ha desplazado a grandes masas de personas, de modo que el autóctono de hoy es el inmigrante de ayer.

2. El Nuevo Soberano

Los Estados -sus pueblos, los titulares de la «soberanía popular» en los Estados- no son ya el soberano. Durante los años de funcionamiento del «Estado del Bienestar», de la descolonización política, etc., al calor de la *tregua social,* creció un poder distinto, superior al de los Estados[9]. Un poder soberano: en su facticidad, porque no reconoce otro poder superior; e idealmente, porque se presenta a sí mismo como legítimo.

Podemos llamarle *Behemoth,* con el nombre que Franz Neumann[10], ese gran olvidado de la filosofía política de nuestro siglo, tomó de Hobbes para dárselo al poder del nacionalsocialismo; pues el Behemoth de hoy, aunque muy diferente de aquél, está genéticamente emparentado con esa primera aparición abortiva suya en la historia, una aparición manifiestamente política, que Neumann estudió.

La facticidad, el ser, de Behemoth se halla en un nuevo poder mundializado: el poder de decisión -*privado,* pero de trascendencia pública- de los grandes conglomerados de agentes económicos transnacionales.

El nuevo Behemoth es, en definitiva, el poder estratégico conjunto de las grandes multinacionales contemporáneas, las organizadoras de la producción masiva que hace posible el consumo de las sociedades del «Norte». Pero tal vez no sea simplemente el poder estratégico del capitalismo «productivo» -por decirlo así-, sino también del capitalismo puramente especulador, a la vista del papel que han obtenido en el sistema los gestores de grandes fondos de inversión, etc... El mundo parece ahora gobernado por el poder de Behemoth -la mayor parte del mundo, aplastada o abandonada[11] por él-. Los grandes centros de decisión mundiales, ya sea el G7, el FMI, el Banco Mundial, instrumentan los intereses de este poder estratégico. Y en una espesa trama legal y discursiva se teje su voluntad. Una *lex mercatoria* universal se impone sobre los Estados incluidos los más poderosos, con implicaciones de todo tipo: geoestratégicas, financieras, fiscales, laborales, militares e incluso educativas, culturales y de política penal.

Behemoth ha nacido en la «esfera privada». ¿«Esfera privada»? Esta noción es un elemento clave del relato social del capital, de la

---

[9] Cf. mi trabajo «Una visita al concepto de soberanía» en *Los ciudadanos siervos,* Trotta, Madrid, 1993[2].

[10] Cf. Franz Neumann, *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo* [1942], FCE, Madrid, 1983[2].

[11] Cf. S. Latouche, *El planeta de los náufragos,* trad. esp., Acento ed., Madrid, 1993.

representación del mundo que nos propone. Del *mito* de los modernos, en una palabra.

En este relato -ciertamente mítico pero esencial para que cuadre la representación del mundo capitalista-, las relaciones sociales -entre las personas, directas o bien indirectas y mediadas-, se escinden en privadas y públicas. En dos mundos distintos. En uno de los mundos se halla el Estado -y con un poco de suerte, al tratar con el Estado nos convertiremos en ciudadanos, en abstractos portadores de derechos iguales-. Del Estado, que no es solamente un conjunto finito de funcionarios, instalaciones y medios materiales, sino que se prolonga en *el derecho* y *el poder político,* se dice que está en un compartimento estanco -la esfera pública- distinto de *la esfera privada.* Ya se verá en otro momento cuáles son los rasgos básicos de «la esfera privada» o «sociedad civil» (aquí basta apuntar que su estructura básica es lo que en el relato mítico se llama «Estado de Naturaleza» o «condición natural del género humano»). Lo importante, lo notable, es que el relato postula la separación radical de estos ámbitos -esto es: su autonomía recíproca, lo cual va contra las evidencias más elementales.

Sólo las relaciones de la «esfera pública» entran en el proceso de democratización. Las relaciones privadas aparecen en ese relato como «sometidas a la ley» democráticamente decidida. Esto es: *al margen del proceso de democratización* (el cual, en el mejor de los casos, penetra en ellas muy débilmente y con notable retraso).

Pues bien: Behemoth es, según eso, un poder privado. Ha nacido «en la esfera privada». Es una subversión de la privacidad. La fuerza en que apoya sus dictados es de naturaleza «oculta», «particular». De ahí su compatibilidad formal con el meta-relato de la democracia política pública.

La *legitimidad* que Behemoth pretende es la de la *eficacia.* Y el discurso de la eficacia cobra verosimilitud, se instala paulatinamente en la imaginería colectiva, sobre todo en la medida en que evita a diferencia de los totalitarismos nazifascistas- colisionar con las instituciones democráticas.

El discurso de la eficacia es el discurso que quieren oír las personas que en vez de ciudadanos quieren *olvidar*[12] ser espectadores[13]. Quienes quieren *divertirse* hasta morir[14]. Quienes pretenden refugiarse -con todas sus inevitables neurosis- en su nicho consumista,

---

[12] Cf. C. Castoriadis, «Una sociedad a la deriva», in *Archipiélago,* 17, 1994.

[13] Cf. G. Deboard, *Comentarios sobre la sociedad del espectáculo,* Anagrama, Barcelona, 1990.

[14] Vid. N. Postman, *Divertirse hasta morir. El discurso público en la era del «show business»* Ediciones de la Tempestad, Barcelona, 1991.

llevar «una vida muy privada»[15], atenerse a sus relaciones particulares y despreocuparse de las cosas públicas (o sea: el discurso apto para los necios criminales que suponen que el asfalto por el que se desliza su automóvil, la electricidad que activa su apartado de TV, o el saber de su técnico en ordenadores es algo tan *natural y extrapolítico* como los plátanos o los caracoles).

El discurso de la eficacia es en parte real y en parte ideológico. Consiguientemente hay que separar el grano de la paja. Por ejemplo: hay que admitir sin más que el tiempo de trabajo incorporado en un kilogramo de pan fabricado en París es hoy la décima parte que en 1848, el año de la publicación de *El Manifiesto del Partido Comunista.* O que la esperanza media de vida se ha elevado considerablemente, ¿en veinte años?, durante el mismo período. Y todo ello -todo este «progreso material»- se ha logrado con la expansión de las fuerzas productivas bajo el capitalismo.

Pero el discurso de la eficacia no se limita a las verdades obvias. Es más complejo. Se trata de un discurso que trata de presentar la política económica adecuada a la máxima expansión de las grandes empresas multinacionales y/o a la mayor ganancia del capital especulador (del centro del sistema capitalista) como la *única* lógica de *una* modernización como la lógica de *la* modernización. Que trata de presentar el *mercado* como independiente de sus condiciones políticas de existencia. Que intenta presentar las «leyes del mercado», esto es, las exigencias que aseguren el beneficio pese a la concurrencia de los *diversos* capitales, como la única *legalidad* posible.

Alain Minc lo expresa con tanta claridad como ceguera: «El capitalismo es el estado natural de la sociedad. No puede hundirse. La democracia no es el estado natural de la sociedad. El mercado sí»[16].

Ignacio Ramonet se ha referido a la formación de lo que ha llamado *el pensamiento único*[17]: este mismo discurso legitimador, el discurso de la eficacia. Es el que presenta los proyectos del soberano supraestatal como los dotados exclusivamente de racionalidad. Es un pensamiento excluyente (o sea, que no se aviene a razones, que *no dialoga* con otras lógicas). Se trata en realidad de un pensamiento totalitario -aunque incapaz, como veremos, de totalizar.

---

[15] Puede verse la novela homónima de Michel Freyn, *Una vida muy privada,* Seix & Barral, Barcelona.

[16] Citado por I. Ramonet (vid. nota siguiente): *Cambio 16,* Madrid, 5-12-1994. Por supuesto, la evidencia histórica de que la mayoría del linaje humano no ha producido para el intercambio no tiene la menor importancia para los apologetas bien cebados del tipo Minc.

[17] I. Ramonet, «El pensamiento único», en *mientras tanto,* n.º 61 (primavera 1995).

Tiene a su servicio numerosos departamentos universitarios, centros de investigación, fundaciones financiadas por los grandes intereses multinacionales. El «pensamiento único» es asumido como dogma por los principales órganos de opinión económica mundiales, desde *The Wall Street Journal* al *Financial Times,* como señala Ramonet. Le sirve una *policía del pensamiento* invisible, pero omnipresente (con rasgos concretos, pero esencialmente la concebida por Orwell en *1984;* son agentes suyos desde decanos de facultad, catedráticos y directores de departamentos universitarios hasta directores de medios de masas y ejecutivos de la industria editorial y de la publicidad, y más útiles como policía del pensamiento cuando pueden aportar en calidad de *camouflage* profesional un pasado «de izquierdas», ecologista, pacifista, etc.).

No vale la pena detenerse en la inanidad de la pretensión de unicidad de este «discurso de la eficacia»[18]. Es la lógica según la cual la única electricidad posibles es la generada por grandes instalaciones centralizadas (pues de otro modo el poder económico relacionado con esta energía quedaría desconcentrado), lo que hace *irracionales* las fuentes energéticas alternativas (el FMI es responsable de más de una catástrofe en función de esta lógica). O es la lógica según la cual el único automóvil posible es el basado en prestaciones de potencia y velocidad -el fácilmente vendible- y no uno ecológicamente sostenible y plenamente seguro. O la lógica según la cual la única televisión posible es la de «entretenimiento», pues sólo envuelta en un «entretenimiento» se logra hacer soportable la propaganda, etc... De modo que las alternativas se presentan -por medios publicitarios como irracionales, o se hacen desaparecer del ágora pública audiovisual, pues sobra poder para ello... Pero no se pretende establecer aquí la problematicidad de esta lógica de la autoconsiderada «eficacia», para lo que pueden amontonarse argumentos de mayor entidad, sino simplemente dejarla apuntada.

El discurso de la «eficacia», el *pensamiento único,* es en realidad *la ley del más fuerte no ya individual, sino económico-social.* Es la ley de los grandes conglomerados de agentes económicos, capaces de subalternizar a los más pequeños. La ley de la «eficacia» que garantiza la ganancia de los grandes poderes (los cuales, a su vez, no

[18] La sabiduría de Behemoth resulta a menudo disparatada: así, respecto de México, la banca Salomon Brothers, de Nueva York, emitió una «opinión muy positiva» sobre este país justo dos semanas antes del hundimiento del peso mexicano de 1995, mientras que la principal agencia financiera mundial, Moody's Investors Service, que clasifica los Estados según los posibles riesgos para los inversores, calificaba a México de «muy seguro» justo antes del hundimiento de la Bolsa mexicana arrastrando a las de Nueva York.

son ya personales, sino *estructuras* de intereses organizados) por encima de los proyectos políticos incompatibles con ella.

Por ello cabe calificar este discurso legitimador de iusnaturalista[19]. Es el mismo discurso que dirigieron los embajadores ateniense a los gobernantes de una pequeña isla que tuvo la desventura de alinearse con sus enemigos perdedores. En adelante -establecieron los embajadores atenienses- no nos regiremos por la convención, que es ley entre iguales, sino por la Ley de la Naturaleza. Y al preguntarles los isleños a los embajadores cuál es esa Ley de la Naturaleza, respondían: Es ley de la Naturaleza que el cordero sea devorado por el lobo[20].

3. Los dos sistemas

Tenemos, pues, en esta bárbara época nuestra, dos tipos de poder y dos sistemas de legitimación principales.

El tipo de poder político-estatal, que da origen además a instituciones internacionales convencionales como las Naciones Unidas, donde la democracia es el principal discurso legitimador. Sabemos que este tipo de poder crea instituciones y discursos relacionados con el proceso de democratización, pero sabemos también que se trata aún de una «democratización débil», que necesita ir más lejos para conjurar el peligro inmediato de involución.

[Habría que añadir que existen marginal o localmente otras legitimaciones distintas, *fundamentalismos no democráticos,* como el islámico. Su capacidad de legitimación depende de la unificación de la imaginería social colectiva en tomo a un conjunto de creencias; una imaginería compartida en una sociedad con fuerte presencia de componentes estructurales premodernos, pues de otro modo tales fundamentalismos no funcionan (aunque en honor a la verdad hay que decir que las cosas son algo más complicadas).]

Y tenemos el tipo de poder de Behemoth, privado y supraestatal, legitimado por el iusnaturalismo de la «eficacia». Sabemos que se trata de un poder aún incipiente, al menos en su supraestatalidad.

En lo que sigue se intenta recapitular: qué impulsó el proceso de democratización en los dos últimos siglos, y con qué deficiencias;

---

[19] Ya hemos visto a A. Minc, «el capitalismo es el estado natural de la sociedad». Normalmente los agentes de esta policía del pensamiento no son tan burdos. Un *iusnaturalismo* -también el de la eficacia- se caracteriza porque no son *todas las personas* quienes determinan las normas válidas y legítimas, sino que estas normas sólo pueden ser discernidas por los correspondientes *expertos*. La incompatibilidad del iusnaturalismo con la democracia es obvia.

[20] El relato está en Tucídides, *Historia de las Guerras del Peloponeso*. Pero un lector no erudito es incapaz de precisar el lugar con exactitud.

cuáles son los puntos débiles de Behemoth. A partir de ahí se puede esbozar conclusiones: formular algunas propuestas.

4. El proceso de democratización

El proceso moderno, o contemporáneo, de democratización fue impulsado por dos fuerzas distintas -o, si se quiere, por clases sociales distintas, con intereses diferentes y contrapuestos a veces-. Vale la pena recordar los distintos componentes de la democratización moderna.

De una parte, la ha impulsado la conveniencia de un sistema político coherente con la economía de producción para el mercado, con estructuras sociales no fijistas. De otra, la ha impulsado también el movimiento que sostenía el ideal popular, igualitario, de distribución del poder entre la población. Pero la determinación última de la configuración institucional del proceso -el que éste cristalizara en unas instituciones y no en otras- ha dependido fundamentalmente de la primera fuerza impulsora -la estructural, si puede decirse así-, y mucho menos de la segunda, la voluntad de la idealidad popular, que ha actuado más lenta y segmentadamente: por conquistas parciales.

Desde el punto de vista estructural se institucionaliza la separación de ámbitos entre lo público y lo privado, con una «constitucionalización» originaria (o «tácita») de lo privado en forma de «derechos previos al Estado», «naturales», los principales de los cuales son (1) la propiedad privada; (2) la ausencia de limitación para la acumulación, (3) la exigibilidad de las obligaciones nacidas del contrato entre desiguales. Siendo estos derechos previos a la convención «democrática» constituyente del Estado -esto es, siendo *la sociedad civil tácitamente constituida como sociedad de propietarios* -y no de seres humanos-, esta sociedad civil *así constituida* es condición de legitimidad del poder político. La democratización del poder político es una legitimación añadida (para las clases sociales subalternas, sobre todo). Dicho de otra manera, las convenciones democráticas sobre el Estado no pueden modificar -según la imaginería política burguesa- la constitución tácita de la sociedad civil. La sociedad civil así constituida es legítima.

Para que la doctrina burguesa de la democracia representativa funcione hay que suponer la existencia de un «postulado oculto»: que el poder político es más fuerte que el económico[21]. Este postulado

[21] Vid. mi trabajo «Una visita al concepto de soberanía», en *Los ciudadanos siervos,* Trotta, Madrid, 1993[2].

puede ser verdadero o falso, en realidad, según las circunstancias históricas. La lógica de Behemoth, sin embargo, se basa en el predominio factual y de principio de lo económico sobre lo político.

Sobre la base constitucional tácita de fondo, esto es, sobre ese «estado de naturaleza» (y con independencia de la posibilidad de que el constitucionalismo político sea también en parte tácito), las instituciones políticas democráticas son convenientes para el dominio social: pues quienes dominan *socialmente,* si hay democracia, dominan con la aceptación de la voluntad política del pueblo. El dominio *social* es políticamente *irrelevante.*

Las instituciones democráticas presentan además conveniencias secundarias desde este punto de vista del dominio estructural. Así, siendo fluidas las relaciones capitalistas, que entrañan movilidad social ascendente y descendente, los dominios personales permanentes quedan excluidos de las instituciones políticas al igual que lo están en las mercantiles.

También es una ventaja para el dominio estructural que las instituciones democráticas suministren procedimientos ordenados para el control y el recambio del personal político. [No son necesarios los asesinatos políticos de los totalitarismos, ni los sistemas de herencia/adopción (aunque tampoco están desterrados del todo: se relegan al ámbito del funcionamiento permanente si lo hay); el capital tiene la experiencia de que un poder político muy fuerte (por ejemplo, el hitleriano) puede resultar resolutivo y eficaz, pero también incontrolable, y por ello muy peligroso.]

De cualquier modo, la institucionalización democrática en las condiciones de capitalismo privado, pero de dimensiones planetarias excluye ciertas fórmulas que pueden resultar amenazantes para la separación de las esferas pública y privada: así, siempre se excluye el mandato imperativo -que impone a los gobernantes el deber real de rendir cuentas a los ciudadanos acerca de su gestión-, y los procedimientos de asignación de cargos públicos que implican rigurosa igualdad, como la designación aleatoria (que sin embargo, se practica en asuntos no menores pero ocasionales, como las mesas electorales, o en la institución del jurado). La criminalización de la responsabilidad política también está excluida, a diferencia de lo que ocurría, por ejemplo, en la incipiente democracia de los atenienses...

Por parte de las clases populares, la democratización responde a la aspiración de distribución del poder entre el pueblo; al ideal de que nadie monopolice el poder; a que gobiernen leyes decididas por todos, y no *consignas,* u órdenes arbitrarias, o indiscutibles, de los que detentan a cada momento el poder que le es delegado.

Las clases populares han logrado a lo largo de los siglos XIX y XX ver ampliada la lista de sus derechos básicos -uno por uno-. Han

logrado el reconocimiento legal de sus propias instituciones. Y el reconocimiento, también uno por uno, de derechos sociales. Han extendido la participación popular en la soberanía: a personas cada vez más jóvenes, y con menos condicionamientos; y finalmente han incluido en la soberanía a las mujeres -aunque aún no a los trabajadores extranjeros o muy jóvenes. Y se hallan ante retos nuevos: los intereses difusos en la calidad del aire, del agua, del ambiente, etc., que hasta ahora sólo se intenta proteger con la vieja técnica jurídica de la «asignación de derechos»: los derechos «de tercera generación»...

Por eso es obligado subrayar que la democratización nunca hubiera obtenido impulso suficientemente de los solos intereses del dominio capitalista: ha precisado el impulso, no estructural y objetivo sino ideal, voluntario y consciente, de segmentos substanciales de las poblaciones. Sin movimiento social la democratización, aún limitada no existiría.

Con la mutilación característica, insoslayable, de la democratización moderna: los modernos no aceptamos que formalmente, políticamente, unos valgan más que otros, pero aceptamos que materialmente, en la esfera privada, sea así. No aceptamos ser esclavos políticos de otros, y somos incapaces de vemos como esclavos ideológicos y sociales de otros; pero lo somos -ahí está la división clasista del trabajo en ordenante y subalterno, en predominantemente intelectual y predominantemente repetitivo, por poner un ejemplo-.

Los modernos no somos fundamentalistas de una religiosidad trascendente; pero sí lo somos de la convención política, y además dejarnos en la oscuridad la tácita convención constituyente de la sociedad civil.

Sólo muy recientemente se ha puesto de manifiesto que la democratización no finalizaba en la esfera política; que podía estar relativamente democratizado el Estado en algún aspecto sin que en ese mismo aspecto estuviera correspondientemente democratizada la sociedad. El movimiento feminista ha hecho hace poco este aprendizaje: que la igualdad política no significa igualdad social. Sin embargo, *está escrito*: el Estado puede ser libre sin que sea libre el hombre. Está escrito por Marx, hace más de cien años[22].

Con la notable particularidad siguiente: que las conquistas populares en la democratización han tomado la forma de conquista de *derechos*. Una estrategia de derechos. Este asunto merece un excurso momentáneo, una desviación momentánea, del hilo principal del razonamiento.

---

[22] Cf. K. Marx, *Sobre la cuestión judía,* 1844.

5. La estrategia de los derechos

Ihering (aunque también Jellinek) es la referencia obligada para la política jurídica consistente en traducir las demandas de los grupos sociales en derechos; unos derechos cuya tutela queda reservada al Estado. Esto es: de la política que apacigua la lucha social convirtiendo (de una parte) las demandas y (de otra) las energías sociales puestas en movimiento para obtener su satisfacción, respectivamente, en derechos asignados a sujetos determinados, por un lado, y en actividad tutelar exclusivamente estatal, de organismos estatales, sobre esos derechos, de otro. Esto es, visto aún de otra manera: el modelo en que Ihering resuelve la lucha por las conquistas sociales es menos un modelo de lucha por los derechos que de lucha por el derecho (como señala el título de su obra más influyente): por la legalidad, pues lo que propone el modelo es traducir las demandas sociales en reforma legal, pero reservando la interpretación y la aplicación de la legalidad exclusivamente a organismos administrativos y jurisdiccionales.

Ello no puede ser problemático si las demandas que se aspira a satisfacer son -como en el caso de Ihering- las de una clase industrial ascendente enfrentada, en lo fundamental, a la aristocracia agraria; si se nada con la corriente, por decirlo así; como veremos, en otros supuestos el modelo resulta, en su parcialidad, problemático.

Kelsen trató, por su parte, de someter a normas jurídicas, de juridificar enteramente, no sólo la actividad social, sino incluso la propia actividad estatal. La *teoría pura del derecho* puede verse como la formulación teórica acabada del «Estado de Derecho» de los modernos. En ese modelo kelseniano todas las actividades del Estado han de poder ser controlables jurídicamente de uno u otro modo. El poder político estatal, «anónimo» o impersonal, se resuelve en la realización de funciones jurídicas. Tales funciones son a su vez controlables jurídicamente, o lo que es lo mismo, unos funcionarios de Estado, como tales determinados jurídicamente, controlan las funciones de otros servidores públicos igualmente determinados, recíprocamente. Obvio es decir que de este modo la función simbólica del derecho, en la imaginería colectiva, o si se quiere su función cultural, explícitamente desconsiderada por la teoría pura del derecho, ha de resultar perfeccionada implícitamente (tal es lo que se desprende de los escritos metajurídicos de Kelsen, desde *Esencia y valor de la democracia).* Toda la actividad estatal, incluida la judicial, es susceptible de enjuiciamiento jurídico (judicial o legislativo).

Del modelo de Kelsen, y de su propia actividad de jurista práctico, nacen los Tribunales Constitucionales en el sentido contempo-

ráneo de la expresión. La coherencia de la actividad legislativa, obra de la representación indirecta, respecto de la Constitución, «obra» del soberano popular (en realidad a lo sumo refrendada por él), es asignada a un organismo estatal configurado orgánica y funcionalmente como un Tribunal. La función de este alto Tribunal es vista como meramente judicial. Como Boca de la Constitución -inalterable. Al borde del abismo, los Tribunales Constitucionales enjuician según Kelsen -y según las concepciones jurídicas hoy dominantes- si la legislación parlamentaria es conforme con la Constitución, de cuya hermenéutica (supuestamente unívoca) son titulares exclusivos.

En resumen: el «modelo clásico» convierte la energía social que lucha por obtener derechos en tutela jurisdiccional; convierte las demandas sociales triunfantes en derechos-, y atribuye a los Tribunales Constitucionales una reserva de poder constituyente que permite el cambio gradual de las reglas de juego político-jurídico sin recurso directo al constituyente legítimo. De otra manera: tiende a la juridificación estatalista de todo conflicto, en términos de monopolio jurídico-político estatal, desarticulando las energías sociales.

Por supuesto, la lucha por los derechos individuales y sociales es inevitable. Pero no suficiente. Es inevitable luchar por conseguir la legitimación pública de las pretensiones individuales básicas y la juridificación de la actividad estatal, su controlabilidad jurídica. Pero tampoco es suficiente. Y es necesario que la legislación sea controlable, pero insuficiente que ese control quede sólo en manos de tribunales, ni que éstos, aunque sean auténticos Tribunales Constitucionales, monopolicen el poder constituyente una vez constituido.

El modelo clásico hace crisis con el desplazamiento antes mencionado de los poderes económicos y políticos hacia zonas crecientemente inaccesibles al control jurídico (internacionalizándose, etc.,) con la pérdida de peso relativo de la soberanía estatal frente a la soberanía supranacional y supraestatal de Behemoth; con la pérdida de peso relativo del soberano popular frente a los alineamientos de sus representantes, «independientes», con los poderes supranacionales.

Pero -entiéndase bien-: el modelo clásico no entra en crisis para todos, pues precisamente este modelo ha resultado funcional para los combinados de poder económico, tecnológico y político que han podido crecer a su amparo. El modelo clásico ha alimentado a Behemoth.

El modelo hace crisis respecto de *los otros:* para aquellos sectores sociales subalternos en relación con los grandes poderes económicos; hace crisis para aquéllos cuyas demandas no se han traducido ni siquiera en derechos, y también para aquellos cuyos derechos han pasado a ser derechos de papel, esto es, los que tienen demandas que,

pese a estar legitimadas y reconocidas como derechos, no obtienen ni pueden obtener del Estado una tutela efectiva. La mayoría. Así, el derecho al trabajo, reconocido por tantas constituciones, en un mundo de paro -ya que la tutela efectiva exigiría desdotar a los poderes económicos del monopolio de sus capacidades de decisión-; o el derecho a la vida y a la integridad física, constitucionalmente reconocido, pero que los Estados son incapaces de tutelar para tantos niños, trabajadores esclavizados, etc., frente a mafias de todo tipo; o los derechos al medio ambiente..., etc.).

6. El Soberano sin cerebro

El funcionamiento de Behemoth puede ser descrito a grandes rasgos como sigue -al objeto de poner de manifiesto sus puntos débiles generales y abstractos, a reserva de señalar luego los problemas concretos a los que ha de hacer frente como soberano en la hora actual.

La «eficacia» de Behemoth no es un asunto «técnico». Es la lógica imperiosa de la ganancia de los grandes aglomerados de capital, la más fuerte e imperativa de las necesidades sociales históricas, auténtico *eros* de las relaciones productivas (a las demás lógicas las llamaremos extracapitalistas). La mayor parte de la producción -y consiguientemente del consumo, de la vida tal como es concebida culturalmente en las sociedades altamente industrializadas -sólo subsiste si esa ganancia- *nunca lo bastante asegurada* se produce[23].

Nunca lo bastante asegurada: éste es un primer punto débil de Behemoth. La ganancia es un potentísimo *motor* del sistema productivo, pero resulta *inútil* como organizadora de la producción, que puede desbarajustarse de modo que una parte de ella quede sin intercambiar. Entonces se excluye la ganancia o se reduce la actividad productiva susceptible de generar ganancia. La ganancia no es un *timón* del sistema productivo. Sus exigencias pueden dejar inactivas las fuerzas productivas (maquinaria y mano de obra capacitada).

Por otra parte, el capital que obtiene ganancia (o, lo que es lo mismo, las relaciones capitalistas que se refuerzan y amplían) o que se debilita y reduce es un *fragmento* del capital total. Dicho de otro modo: una necesidad neurótica de Behemoth es que el capital esté

[23] Ciertamente, hay partes: de la producción que no se incluyen en la lógica de la ganancia: la producción de bienes por instituciones públicas, por la economía familiar y por la «economía de la solidaridad». (Uno de los bienes que no se producen en el interior de las relaciones capitalistas es la fuerza de trabajo, que se reproduce en la economía familiar; estas «economías» están, pues, interrelacionadas).

fragmentado, que haya diversos capitales en concurrencia entre sí. En este punto las relaciones capitalistas están sometidas a una lógica interna contradictoria: de una parte experimentan un impulso a la unificación, a actuar solidariamente frente a las lógicas extracapitalistas; de otra, un impulso al enfrentamiento interno, para incrementar la ganancia de unos capitales frente a los demás.

Por ello la ganancia no es sin más incremento de la producción: es incremento del poder de un determinado *ámbito* de relaciones capitalistas, aunque sea a costa de la producción de bienes materiales reales. A ese ámbito le amenazan factores diversos: económicos -los demás capitales-, y políticos -tener más ataduras que los otros capitales-.

Los factores políticos son vistos por Behemoth como fuerzas actuantes: pueden operar en el sentido de sus exigencias, pero también en el sentido del más fuerte futuro - o de las lógicas no recogidas en el totalitario, pero no totalizante discurso de la «eficacia». *La eficacia neurótica de Behemoth: la ley del más fuerte; pero el más fuerte es cambiante.*

Behemoth ha de hacer frente así no sólo a su escisión interna, sino a los factores políticos y a la problemática concreta del mundo. Y ahí tropieza con la existencia de un «Sur» de pobreza, de un «Norte» de subempleo, y de un futuro de insostenibilidad ecológica de sus tecnologías industriales.

La «eficacia» de Behemoth sólo *beneficia* a uno de cada diez de los habitantes del planeta. Pues tal es el «Norte». La «eficacia» de Behemoth en ese «Norte» no es tal que pueda incorporar a la producción a todos los recursos humanos productivos: el paro estructural -y el sistema de exclusiones del producto social que Behemoth dispone para los desempleados- es condición de la ganancia (o, lo que es lo mismo, el desempleo es eficacia para esta lógica). Y la insostenibilidad ecológica de las tecnologías industriales mediante las cuales Behemoth mantiene la producción y el consumo de masas -quien contamina gana- es su promesa de futuro: el mundo de Behemoth es la vida en un estercolero químico mundializado.

Un «Sur» de pobreza, un «Norte» de subempleo, y un futuro de insostenibilidad ecológica de las tecnologías industriales es también el problema con que ha de enfrentarse la democracia futura, el proceso de democratización en solidaridad con las generaciones futuras.

7. Dilemas del presente

¿Puede sostenerse que instituciones extramercantiles -el Estado y las instituciones convencionales del Derecho Internacional- son capaces de dirigir la *producción en general,* evitando la incapacidad mercantil de organizarla? ¿Pueden ser democráticas estas instituciones?

Dicho de otro modo: ¿puede pretender Behemoth una eficiencia superior a la de instituciones que lleven más lejos el proceso de democratización?

Un *poder público* extramercantil, institucional, podría en principio, mediante actuaciones indirectas o directas, etc., dirigir la producción, imponer condiciones a la ganancia -o sea, condiciones al mercado-, y paliar los desastres generados por las deficiencias de dirección del sistema global.

Sólo «en principio», sin embargo. Hay lógicas del actual *poder público* que le incapacitan para desempeñar esa tarea.

La mercantilización de la democracia, el hecho de que se imponga la soberanía del capital pese a los mecanismos representativos, hace más que sospechosa la suficiencia de las instituciones actuales; pues son ellas las que han permitido el crecimiento de lo que ha llegado a ser Behemoth hasta convertirse en un poder suprestatal.

El proceso de democratización tiene que ir mucho más lejos, o la democracia débil conseguida perecerá a manos de la lógica de la «eficacia» behemótica a pesar de la irracionalidad (antes apuntada) de esta lógica.

Ir más lejos. [Este *ir más lejos* por fuerza se esbozará muy esquemáticamente en lo que sigue:]

Cabe formular propuestas para ir más lejos en el proceso de democratización. Propuestas que han de partir necesariamente de la reconsideración de las «esferas» privada y pública de las relaciones sociales modernas.

Es posible *duplicar* la esfera pública, para crear con ello algunas de las condiciones necesarias para la disolución de la actual «esfera privada». Sin una publicación de los elementos configuradores de la «esfera privada» actual, y sin su sumisión al poder democrático, es imposible evitar la involución del proceso de democratización de los dos últimos siglos.

Se pueden pensar en dos espacios de actividad política, pública: una, la actual esfera «pública de Estado». Otra, la actividad pública voluntaria: actividad ciudadana corriente, que no espera la ayuda del Estado para desarrollarse, y que lo hace sobre la base de la aportación de trabajo voluntario para construir bienes públicos, esto es, no privatizables. Pero tampoco estatalizables.

Actividad pública voluntaria sin la ayuda del Estado. Es posible que el trabajo público voluntario fomentado o financiado por el Estado sirva para paliar no pocas desgracias humanas. Pero *con el Estado* no sirve para afianzar el proceso de democratización.

Sobre esta base es necesario democratizar al máximo el ámbito público de Estado. Lo cual exige el análisis concreto de las limitaciones al poder popular en cada institucionalización estatal, tratando de establecer mecanismos ideológicos, jurídicos y de otro tipo que impi-

dan que los políticos profesionales puedan actuar con independencia de las poblaciones o directamente contra ellas.

[Ver las diferentes maneras de institucionalizar procedimientos democráticos. Los cargos públicos, ¿por sorteo? ¿representantes? ¿Mandatarios? ¿Puede haber cargos políticos *designados* por los elegidos -y por tanto ser ellos no elegidos? La responsabilidad política, ¿cómo se exige? El ostracismo ateniense, la penalización de las malas proposiciones políticas, etc...]

Pero también es necesario extender el ámbito público voluntario sin permitir esta actividad -la «publica voluntaria»- sea absorbida o hegemonizada, o subalternizada, por el ámbito público de Estado. La primera necesidad del ámbito público voluntario es no ser estatalizado.

Ahora bien: la constitución de un ámbito político voluntario es imposible si las personas dispuestas a tal voluntariado se *limitan* a intervenir políticamente: es preciso, en este ámbito, concebir la acción política como un aspecto *parcial* de la acción social, y efectuar *al mismo tiempo* una crítica teórica -ideológica- y *práctica* del modo de vivir, del modo de producir y consumir, etc., del sistema. Lo que implica entender la lucha política no como participación partidaria, sino, globalmente, como una *religiosidad laica*. En este sentido fuerte. Y vivir cada uno de otra manera, re-ligado a los demás (en una concepción *ateniense, también educativa,* de la democracia) a través de cierto *sectarismo democrático*.

Con la *posición de principio* -pues sólo en la voluntad de las personas mismas se puede ello fundamentar- de que *todo ser humano es sagrado*.

Algunos rasgos de este *sectarismo democrático* podrían ser:

a) El rechazo de la formación de las personalidades sumisas: el fomento de una individualidad «fuerte» de las personas; hacer de la búsqueda de la propia diferencia y del carácter único e irrepetible el criterio de la educación. Negar valor educativo al principio de la normalización homogeneizadora.

b) El rechazo de los criterios de valoración de las personas impuestos por el sistema socipolítico existente, y el rechazo grupal de los individuos que los aceptan. Una *moralidad positiva alternativa*.

c) El rechazo de los mecanismos de emulación, sustituyéndolos por mecanismos que estimulen la cooperación y la solidaridad.

d) El rechazo del consumismo individualista en favor de la austeridad solidaria.

Todo lo cual implica reinventar *formas democráticas,* deberes (y derechos, por tanto) *al margen de las relaciones «públicas de estado»:* en los ámbitos de la (nueva) vida comunitaria. Y nuevas formas jurídicas de control del ámbito público estatal.

La lucha por la determinación de los deberes y los derechos no puede darse por zanjada. Ni puede darse por supuesta la energía social necesaria para sostener instituciones no indignas. Hay que tejerlas -ambas: la lucha y la energía- sin cesar.

DOXA 17-18 (1995)

PROPIEDAD PRIVADA Y NEUTRALIDAD ESTATAL

Introducción

El derecho de propiedad privada es un pivote fundamental de la economía capitalista y se encuentra reconocido por todos los estados democráticos. A pesar de que indudablemente forma parte de la cultura política occidental, o precisamente por ello, numerosos pensadores ubicados a uno y otro lado del espectro ideológico dudan de su legitimidad moral, y estas dudas muchas veces han llevado a los tribunales a erosionar su alcance o a debilitar su protección, no obstante su expresa consagración constitucional. En los últimos años, muchos países de habla hispana, como Chile, México, Argentina y la propia España, han avanzado mucho en el establecimiento de principios económicos capitalistas y de instituciones políticas democráticas. Sorprendentemente, estos procesos económicos y políticos no parecen haber sido acompañados por un profundo ejercicio de reflexión intelectual sobre los fundamentos del derecho de propiedad, en el que se asienta la economía capitalista.

En nuestros países es común creer, con diversidad de grados y matices, que se puede cerrar la discusión de la legitimidad moral del derecho de propiedad alegando simplemente que este derecho es un derecho natural. Sin embargo, y no obstante lo respetable de la tradición de los derechos naturales, en el presente estado de la discusión filosófica mundial es osado apelar sin más a los argumentos basados en derechos naturales. En efecto, en la teoría política y jurídica contemporánea tales argumentos se han convertido en el blanco de poderosas críticas filosóficas. En términos generales, las críticas sostienen que los derechos naturales son «ontológicamente extraños».

Detrás de la crítica de «extrañeza ontológica» está la idea de que la afirmación de que existen derechos naturales se compromete con tesis ontológicas difícilmente aceptables en el marco de una concepción del mundo natural en la que el postulado de la «asepsia» valora-

tiva *(Wertfreiheit)* ocupa un puesto central. Así, se asevera que es inaceptable suponer la existencia de hechos naturales inherentemente prescriptivos, o sea, hechos que por sí mismos implican normas. La división entre hechos y normas, habitual en la filosofía moderna desde Hume, parece difícilmente congeniable con la existencia de «hechos normativos».

Quizá como resultado de estas críticas, o más probablemente por la influencia de pensadores liberales provenientes de la economía (Hayek, Friedman), las justificaciones puramente filosóficas, como las basadas en los derechos naturales, han cedido terreno en favor de justificaciones alegadamente más «científicas» o «empíricas». Así los pensadores liberales recurren una y otra vez a fundamentaciones «instrumentales», que sostienen que la propiedad privada es valiosa en tanto medio para alcanzar ciertos fines sociales, como la utilidad general, la eficiencia económica o la productividad.

Las teorías utilitaristas parecen pasar por alto que la significación moral de la propiedad privada está conectada con la idea de derechos. Es un lugar común que las justificaciones utilitaristas de los derechos individuales dependen demasiado de las contingencias empíricas como para dar cuenta de la «universalidad» que el liberalismo ha asociado tradicionalmente con los derechos de las personas. Por ejemplo, algunos autores han sostenido que el hecho de que la esclavitud norteamericana hubiese servido para aumentar la productividad económica -en el supuesto de que en verdad fuese un hecho no habría sido suficiente o, más exactamente, no habría sido relevante para ofrecer una justificación moral de tal sistema.

Lo que hemos dicho nos deja en un *impasse.* Por un lado, parece que en la tradición liberal la explicación de la importancia moral de la propiedad privada no puede prescindir del lenguaje de los derechos. Pero, por otro lado, los derechos naturales son objeto de la crítica de «extrañeza ontológica». Sin embargo, podríamos superar el *impasse si* existiese alguna forma de conservar el lenguaje de los derechos sin que ello implique compromisos ontológicos inaceptables. En el capítulo I argüiré que sí es posible depurar el lenguaje de los derechos naturales de sus ingredientes «ontológicamente extraños». En los capítulos siguientes, criticaré los argumentos directos basados en derechos para justificar la propiedad privada y sugeriré una justificación del derecho de propiedad que se funda en la idea de neutralidad del Estado liberal.

I. El concepto de derechos de propiedad

Como primer paso, y en aras de la claridad conceptual, es menes-

ter establecer qué entiendo por «derechos de propiedad». Para ello revisaré someramente dos análisis pioneros del concepto de derechos de propiedad.

1. *El análisis de Honoré*

En un artículo clásico[1], Honoré sostiene que el concepto de propiedad privada se puede analizar en términos de once elementos o «incidentes»:

(1) derecho de poseer (control físico)
(2) derecho de usar (disfrute personal)
(3) derecho de administrar
(4) derecho a la renta
(5) derecho al capital (enajenación, consumo, destrucción)
(6) derecho a la seguridad (inmunidad frente a la expropiación)
(7) transmisibilidad mortis causa
(8) ausencia de plazo (duración ilimitada del derecho)
(9) prohibición de uso dañoso
(10) responsabilidad por deudas
(11) carácter residual (distribución de derechos caducos)

Elaborando el análisis de Honoré, Christman[2] distingue entre elementos centrales, derivativos y adjuntos. Los elementos centrales son los incidentes 1, 2, 3, 4 y 5 en la presentación de Honoré, es decir, los derechos a poseer, usar, administrar, enajenar, transferir y obtener renta de la propiedad. Dentro de estos derechos, Christman todavía separa los derechos de control (el derecho a poseer, a usar, a administrar y al capital) y los derechos a la renta. Los incidentes 6, 7 y 8 son elementos derivativos en su propuesta, en tanto que los elementos 9, 10 y 11 son considerados adjuntos. Christman omite especificar qué entiende por «derivativos» y «adjuntos», pero supongo que en ambos casos él quiere decir que los derechos comprendidos no son definitorios de la noción de propiedad privada.

Puede concordarse con Christman en que los elementos 6, 7 y 8 no son definitorios del concepto de derecho de propiedad, a secas. Sin embargo, me parece que están necesariamente asociados al concepto de derecho de propiedad privada, tal como éste se ha desarrollado en la cultura jurídica occidental. Si el Estado pudiera disponer

---

[1] A. M. Honoré, «Ownership», en *Oxford Essays in Jurisprudence,* A.G. Guest (comp.), Oxford, Clarendon Press, 1961.

[2] John Christman, «Self-Ownership, Equality, and the Structure of Property Rights», *Political Theory* 19 (1991), págs. 28-46.

a su antojo de la propiedad de alguien -es decir, si estuviera ausente el derecho a la seguridad-, no podría hablarse de propiedad privada. Creo que algo similar puede sostenerse con el derecho a la transmisibilidad mortis causa. La falta de término al derecho de propiedad parece funcionar bien con la propiedad tangible, pero la mayoría de las formas de propiedad intangible (derecho de autor, patentes, marcas) incluyen un plazo de vigencia para esos derechos. En cuanto a los elementos 9, 10 y 11, tampoco pueden ser considerados constitutivos del concepto de propiedad, sino restricciones a la propiedad.

2. *El análisis de Calabresi y Douglas Melamed*

En un artículo liminar[3], Calabresi y Douglas Melamed brindan un análisis esclarecedor del concepto de derecho de propiedad. El concepto básico del que parten estos autores es el de «título» (entitlement). Cuando una parte A tiene interés en que se haga X, y una parte B tiene interés en que se haga Y, y X e Y son incompatibles, existe un conflicto de intereses. En un estado natural hobessiano, es de esperar que el conflicto se desenvuelva violentamente y que se resuelva en favor del más fuerte. En la sociedad civil, sin embargo, el sistema legal debe establecer cuál de las partes en conflicto «tiene título» para prevalecer.

Ahora bien, el estado puede proteger los «títulos» mediante normas de tres tipos diferentes: normas de propiedad, normas de responsabilidad y normas de inalienabilidad. Veamos sucintamente qué son estas normas. Un título se protege con una *norma de propiedad* en la medida en que quien quiera tomar el título del titular deberá comprarlo en una transacción voluntaria en la cual el valor del título es aceptado por el vendedor. Un título está protegido con una *norma de responsabilidad* cuando alguien puede destruir el título inicial si está dispuesto a pagar un valor objetivamente determinado por él. Y un título está resguardado con una *norma de inalienabilidad* en la medida en que su transferencia está prohibida.

Este análisis tiene dos virtudes: (1) enfatiza la importancia central del derecho de transferencia y enajenación en la definición del derecho de propiedad, y (2) recalca que los derechos de propiedad constituyen instrumentos normativos para solucionar conflictos de intereses. No obstante estas dos virtudes, no puede ser considerado un

[3] Guido Calabresi y A. Douglas Melained, «Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral», *Harvard Law Review* 85 (1972), págs. 1089-1128.

análisis alternativo al de Honoré, sino a lo sumo como una presentación ilustrativa de las diferencias normativas existentes entre los derechos de propiedad y otros dispositivos normativos (como las normas de responsabilidad civil).

II. Los derechos naturales y la crítica de extrañeza ontológica

Muchos debates recientes en tomo a los derechos naturales involucran una confusión sobre el concepto de derecho natural. Esta confusión se origina en una desinterpretación de la expresión «derecho natural». En efecto, rara vez se advierte que el concepto de derecho natural atraviesa dos niveles de análisis ético diferentes. Recordemos que la teoría moral tiene dos principales niveles de análisis: la *ética normativa,* y la *metaética.* En tanto que la ética normativa se ocupa de las cuestiones morales substantivas, como por ejemplo la de si la pena capital es justa, o si el aborto es siempre inmoral, la metaética estudia problemas semánticos, ontológicos y epistemológicos relativos a la ética normativa. Así, por ejemplo, la metaética se pregunta qué significado tienen términos morales como «justo» o «correcto», si existen hechos morales objetivos y absolutos o si es posible alguna forma de conocimiento moral. Pues bien, la tesis semántica que deseo defender dice: *en la expresión «derecho natural» el término «derecho» denota un concepto propio del nivel éticonormativo, mientras que el adjetivo «natural» se refiere a una idea perteneciente al nivel metaético.* Procederé a la defensa de esta tesis en dos etapas.

En la primera, necesito mostrar que el término «derecho» expresa un concepto normativo. Esto parece sencillo. Cuando aseveramos que una persona tiene derecho a algo estamos pronunciando un juicio normativo, estamos declarando que ciertas acciones son obligatorias, permisibles o impermisibles. Hay muchos análisis en conflicto sobre el concepto de derecho, y obviamente no es éste el lugar para pasar revista a todos ellos[4]. A los efectos que aquí me interesan, puede aceptarse que una persona *A* tiene un derecho a que otros hagan *X* si hacer *X* es obligatorio y es apropiado que *A* se sienta agraviada por la no realización de *X.*

Se suele afirmar que los derechos generan restricciones agencialmente relativas. Esto significa que la violación del derecho de alguien por parte de *P* no puede ser justificada alegando que es la única forma de evitar que *Q* viole los mismos derechos de un número mayor de personas. Por lo tanto, el contenido normativo de los

[4] Puede encontrarse una exposición apretada de los análisis del concepto de «derechos» en: Horacio Spector, *Autonomy and Rights, The Moral Foundations of Liberalism,* Oxford, Clarendon Press, 1992, págs. 82-90.

derechos se vería distorsionado en una posición ética que exigiese la maximización *global* del respeto o cumplimiento de los derechos (o la minimización *global* de sus transgresiones). La razón moral en contra de que *P* viole un derecho vale para *P,* y la razón moral en contra de que *Q* viole un derecho vale para *Q*. En otras palabras, las razones morales que emanan de los derechos funcionan separadamente en los razonamientos de cada agente moral. La relatividad agencial trae aparejada una especie de división de la responsabilidad moral: cada persona se tiene que preocupar por no violar *ella* un derecho, y esta preocupación predomina necesariamente sobre la preocupación que pueda tener acerca de las transgresiones cometidas por otros. En realidad, la caracterización de los derechos dada en el párrafo anterior, en términos de deberes correlativos, ya de por sí sugiere esto que ahora decimos, puesto que el lenguaje de los deberes es interpretado normalmente en términos agencialmente relativos.

A veces también se sostiene que los derechos son por definición absolutos. Esta posición rechaza la posibilidad de conflictos de derechos dentro de un sistema moral coherente, ya que si surgieran tales conflictos, el carácter absoluto de los derechos implicaría la presencia de una contradicción en el sistema. Sin embargo, la existencia de conflictos de derechos es obvia para cualquier jurista. Puede parecer que tales conflictos no existen cuando la atención está dirigida exclusivamente a derechos negativos. De hecho, frecuentemente se piensa que dos derechos negativos no pueden estar en conflicto porque, dado que ellos exigen una conducta omisiva, siempre es posible respetar ambos derechos no haciendo nada. Pero aun concediendo que no puede haber conflicto entre derechos negativos, cualquier sistema moral o jurídico razonable debe admitir la existencia de derechos positivos, por ejemplo los derivados de un contrato u otra forma de acuerdo voluntario. Por consiguiente, nos parece difícilmente aceptable la tesis de que los derechos son absolutos por definición.

Más allá de estas cuestiones de detalle sobre el contenido normativo de los derechos, nos interesa subrayar que cuando afirmamos que alguien tiene un derecho, pronunciamos un juicio normativo. La teoría de los derechos es una teoría normativa en el mismo sentido en que lo es una teoría de la justicia, o una teoría sobre la admisibilidad moral del castigo. En cuanto tal, no se interesa por cuestiones semánticas, ontológicas o epistemológicas.

Vayamos ahora a la segunda etapa, es decir, al análisis de «natural», tal como figura en la expresión «derecho natural».

Este adjetivo se refiere a una determinada justificación de los derechos de las personas. ¿Cuál? Por supuesto, es la venerable tradición que sostiene que los derechos se justifican en la naturaleza de las cosas o en la naturaleza humana. Esta justificación forma parte

de una teoría que pretende dar respuestas a cuestiones ontológicas y epistemológicas. La teoría afirma, en su formulación habitual, que la existencia de los derechos es un hecho con un estatuto ontológico similar a los hechos naturales; sin embargo, a diferencia de los demás hechos naturales, los hechos morales tales como la existencia de derechos no son conocidos a través de la experiencia empírica sino merced a una facultad cognoscitiva especial, generalmente llamada «intuición». Puesto que la «justificación natural» de los derechos se compromete con tesis ontológicas y epistemológicas, el adjetivo «natural» no pertenece al nivel normativo, sino al nivel metaético o metanormativo.

La asociación histórica entre la teoría de los derechos y la teoría de la justificación natural de los juicios morales ha sido tan fuerte que se tiende a identificar automáticamente a cualquier teoría de los derechos morales con la teoría de los *derechos naturales.* Pero la justificación natural de los derechos -y consecuentemente la idea de «derechos naturales»- es una de las muchas justificaciones posibles de los derechos.

De esta manera, la crítica de extrañeza ontológica que mencioné en la sección anterior no tiene fuerza contra cualquier justificación de la propiedad privada basada en derechos morales, sino, exclusivamente, contra la justificación basada en derechos naturales.

III. El derecho al fruto del trabajo

En el pensamiento liberal clásico, la idea de que las personas tienen un derecho de propiedad sobre sus propios cuerpos desempeña un papel crucial en la justificación de la propiedad privada. La tesis central es que «a través de ciertas interacciones intencionales y efectivas con el mundo extrapersonal, los agentes pueden proyectar a los objetos de esas interacciones la inviolabilidad personal moral que de otro modo sólo parece extenderse hasta las superficies externas de sus cuerpos»[5].

En este capítulo me interesa examinar la utilización del derecho de autopropiedad para justificar la propiedad privada vía la idea de trabajo. En su forma canónica, debida a John Locke, este argumento está centrado en la idea de que cada uno es dueño de los frutos de su trabajo. El argumento puede ser formulado, en forma completa, como sigue[6]:

---

[5] Eric Mack, «Self-Ownership and the Right of Property», *The Monist* 73 (1990), pág. 527.

[6] John Christman, «Can Ownership be Justified by Natural Rights?», *Philosophy and Public Affairs* 15 (1986), pág. 160.

(1) Todo individuo tiene una propiedad en su propia persona. Por lo tanto:
(2) También tiene un derecho de propiedad sobre el trabajo de su cuerpo y de sus manos. Así:
(3) Si saca algún objeto de su estado natural mezclando su trabajo con él, y:
(4) Queda suficiente y tan bueno en común de ese tipo de objeto para otros *(prohibición de empeoramiento),* y:
(5) El objeto no excede en cantidad lo que el apropiador puede usar sin que una parte se arruine *(prohibición de desperdicio),* entonces:
(6) El objeto tiene anexado algo que excluye el derecho común de otros individuos.

Es importante detenemos en algunos análisis y críticas recientes del argumento del trabajo de Locke. Luego, convendrá examinar dos versiones secularizadas del argumento.

Recordemos que el argumento del trabajo sostiene que las personas pueden adquirir propiedad sobre una cosa, sin el consentimiento de los demás; cuando mezclan trabajo con esa cosa y las cosas de esa clase existen en abundancia. Ian Shapiro hace un excelente análisis del «ideal clásico de la artesanía», rótulo con el que ilustrativamente denomina a la teoría del trabajo de Locke[7]. Shapiro observa acertadamente que la plausibilidad de la teoría de Locke reposa en supuestos teológicos y supuestos económicos. Veamos primero los supuestos teológicos.

Locke pensaba que Dios dio la Tierra y sus recursos naturales a todos los seres humanos en común, con el propósito de que los trabajen y se apropien de ellos. En la visión teológica lockeana, es natural pensar que Dios tiene facultades para disponer qué uso se le dará al mundo desde el momento en que él creó el mundo. La norma implícita en el argumento del trabajo vendría a decir algo como lo que sigue: «Si alguien aplica trabajo a un objeto natural, entonces adquiere un derecho de propiedad sobre el objeto resultante». Me parece importante remarcar lo siguiente. Si bien para Locke el trabajo es la condición de apropiación de las cosas, no lo es porque el trabajo sea *per se* una razón suficiente de la apropiación sino porque es la condición fijada en una norma dictada por Dios. Si Dios hubiera querido que no sea el hecho de aplicar trabajo la condición de apropiación sino, por ejemplo, el hecho de jugar con una cosa, entonces el argumento del trabajo no tendría ningún atractivo moral, y la ver-

[7] Ian Shapiro, «Resources, Capacities, and Ownership», *Political Theory* 19 (1991), págs. 47-72.

dad moral en materia de propiedad tendría que ser buscada en alguna forma de «argumento lúdico». Esto muestra que la idea de trabajo no desempeña un rol básico en el argumento de Locke, no obstante lo que pueda sugerir la denominación usual «argumento del trabajo». En realidad, sería mejor llamar al argumento de Locke «teoría del origen divino de la propiedad». Esta denominación exhibiría su semejanza con la teoría del origen divino de los reyes.

La teoría de Locke descansa en otro supuesto teológico, que Shapiro explica con claridad. Puesto que las capacidades productivas de las personas son diferentes, el esquema de distribución de recursos a que habitualmente conducirá la implementación del argumento de Locke será no igualitario. La justicia de tal distribución presupone que las personas tienen un derecho de propiedad sobre sus propias capacidades productivas, derecho que derivaría del mentado derecho de autopropiedad. Pero puede preguntarse por qué es justa la distribución de capacidades productivas. Esta pregunta adquiere mayor gravitación toda vez que puede observarse que las capacidades productivas no son mayormente innatas, sino adquiridas. En tal caso, ¿por qué habría uno de ser el propietario de sus capacidades productivas y no, por ejemplo, los educadores y demás personas que contribuyeron causalmente a la formación de tales capacidades? Todas estas perplejidades se desvanecen en la visión teológica lockeana. La distribución de capacidades productivas que de hecho se observa entre las personas no es el resultado del azar, sino de la voluntad de Dios. Con este complemento sobre el origen divino de las capacidades productivas de cada individuo, la teoría de Locke queda inmunizada contra perplejidades como las mencionadas, que pueden cobrar sentido en el contexto de una ética secular.

Habiendo repasado, los presupuestos teológicos de la teoría de Locke, podemos concentrarnos en el supuesto económico. Shapiro señala que el argumento moral del trabajo parecía natural en una época en la que campeaba la teoría económica del valor trabajo, abandonada en la concepción neoclásica. En esta teoría el valor de las mercancías está determinado por la cantidad (o intensidad) de trabajo necesario para producirlas. Con el abandono de la teoría del valor trabajo en la era marginalista, surgen legítimas dudas -como pone de manifiesto Shapiro- sobre la legitimidad ética de utilizar el trabajo como la piedra de toque en cuestiones distributivas.

Es cierto que todavía podría sostenerse que el producto social neto de cada individuo, determinado por las funciones de utilidad de todos los miembros de la sociedad reveladas en un mercado libre, es la base en virtud de la cual se deben distribuir los recursos económicos. Pero puesto que las porciones distributivas en un sistema económico de este tipo ya no son función de la cantidad (o intensidad) del

trabajo realizado por cada persona, sino de la capacidad de ese trabajo para satisfacer las preferencias de los demás miembros de la sociedad, parece natural sostener que en una teoría justificatoria de este tenor la idea de trabajo cede su puesto a ideas morales diferentes, como el derecho a la libertad o la satisfacción de preferencias. Piénsese, por ejemplo, en los salarios diferentes que recibe una modelo publicitaria y un hachero en el Norte argentino. Si la cantidad (o intensidad) del trabajo realizado fuera el único criterio para establecer los bienes que puede adquirir la modelo y el hachero, no podría sino concluirse que la diferencial de salario es profundamente inmoral.

En una época de creciente secularización, particularmente en la discusión de las cuestiones sociales, parece difícil sostener un argumento del trabajo fundado en premisas teológicas. No obstante, ello por sí mismo no significa la imposibilidad de presentar un argumento del trabajo secularizado. Brevemente voy a considerar dos versiones secularizadas recientes del argumento del trabajo.

1. La teoría del trabajo de Becker

La primera versión fue propuesta por Becker en un libro clásico sobre la justificación de la propiedad privada[8]. Becker considera que pueden detectarse dos líneas argumentativas diferentes en el argumento de que el trabajo genera títulos de propiedad en la cosa trabajada: (1) tales derechos derivan de derechos de propiedad antecedentes en el propio cuerpo y en su trabajo, y (2) tales derechos son exigidos, en justicia, como una retribución por el desplacer del trabajo. Ya vimos que la primera interpretación pierde fuerza en el contexto de una visión secularizada de las cuestiones sociales y del abandono de la teoría del valor trabajo. Sin embargo, es argüible que la segunda interpretación no depende de supuestos teológicos ni económicos. La idea central en esta interpretación es que el trabajo es algo desplacentero que la gente sólo hace con la expectativa de recibir ciertos beneficios, y que sería injusto no reconocer a la gente los beneficios que penosamente tratan de obtener.

Becker considera dos posibles versiones de la segunda interpretación. En la primera versión, que denomina Locke-Mill, no se sostiene que los productores merecen el producido de su trabajo, sino que nadie más lo merece, y que no es incorrecto que los trabajadores se lo apropien. Puesto que el fruto del trabajo del productor no habría existido si no fuera por su trabajo, nadie más puede sentirse agravia-

[8] Lawrence C. Becker, *Property Rights, Philosophic Foundations,* Londres, Routledge & Kegan Paul, 1977, cap. 4.

do por la apropiación que de ese producido hace el trabajador. El requisito central para la legitimidad ética de la apropiación del trabajador en esta versión es, entonces, que esa apropiación no ocasione pérdidas para terceros. Sin embargo, la adquisición de un derecho de propiedad por parte del trabajador implica por definición el nacimiento de deberes en cabeza de terceros. Puesto que estos deberes restringen algunas opciones que terceros tenían con anterioridad, podría sostenerse -alega Becker- que la apropiación del trabajador sí provoca pérdidas a terceros. Una alternativa para eludir esta dificultad sería afirmar que la inclusión del requisito de no pérdida no es necesaria porque el principio de que el trabajador tiene derecho al fruto de su trabajo es un principio moral primitivo. Contra esta alternativa militan diversas razones. Por empezar, aunque puede comprobarse que la gente en general adhiere a la idea de que el trabajador tiene derecho al fruto de su trabajo, también hay un amplio consenso en el sentido de que la adquisición de ese derecho no puede hacerse a expensas de terceros. Además, hay muchas situaciones en las que no se acepta que el trabajo genere derechos de propiedad; por ejemplo, salvo el derecho de autor y las patentes de invención -continúa diciendo Becker-, el científico o creador intelectual no adquiere ningún derecho de propiedad sobre las ideas que produce.

La segunda interpretación, original de Becker, se basa en la noción de mérito. Becker afirma que el siguiente principio moral es verdadero por definición:

> Aquél que, de una manera moralmente permisible, y sin tener la obligación moral de hacerlo, «agrega valor» a las vidas de otros merece algún beneficio por ello.

Becker sostiene que el concepto de mérito es constitutivo de la moral y que el principio citado es implicado por el mismo concepto de merecimiento. Además del principio, Becker necesita probar que el otorgamiento de derechos de propiedad es la recompensa «adecuada» para la acción del trabajador que agrega valor a las vidas de terceros. Así, dice que si el propósito del trabajador al realizar su trabajo es conservar como propiedad los frutos del trabajo, entonces el otorgamiento de derechos de propiedad es el beneficio que corresponde como recompensa por la inversión de los talentos, tiempo y energía del trabajador. En esta interpretación del argumento del trabajo, la exigencia de no pérdida reaparece bajo la forma de las penalidades que merecen las personas por el daño que ocasionan a terceros. Así, si la apropiación de los medios de producción por parte del empresario capitalista acarrea pérdidas de oportunidades o de bienestar para otros, la idea de mérito también justifica la aplicación de

impuestos o de otros mecanismos que compensen las pérdidas producidas.

A pesar de su gran aceptación[9], la teoría de Becker es pasible de una crítica contundente[10]. Carter subraya que, como es natural, Becker introduce una cláusula de proporcionalidad en la recompensa que una persona merece; Sugiere que el beneficio debido a alguien por su trabajo, en la teoría de Becker, tendría que ser calculado de acuerdo con la siguiente fórmula:

beneficio = valor del trabajo + valor del producto del trabajo

Pero puesto, que el principio de Becker asevera que el trabajador merece un beneficio por el valor que ha agregado a las vidas de otros, el beneficio debe calcularse teniendo en cuenta cuánto mejor están otros como consecuencia de su trabajo. Siguiendo con esta línea de razonamiento, si otras personas no ven mejorada su situación, entonces no parece que tengan que estar obligadas por los derechos de propiedad del trabajador. Por consiguiente, el principio de Becker podría justificar, en el mejor de los casos, un derecho personal contra los beneficiados por el trabajo del trabajador, pero no un derecho real, esto es, un derecho *erga omnes.*

Otra cuestión crítica para la evaluación del argumento de Becker es preguntar por qué el otorgamiento de derechos de propiedad -y no por ejemplo la entrega de premios, el reconocimiento o la fama- es el beneficio adecuado para recompensar el trabajo. Recordemos que Becker dice que es el beneficio adecuado cuando el trabajador hizo su trabajo con la intención de apropiarse el fruto de su trabajo. Pero el trabajador sólo pudo razonablemente tener la intención de obtener un derecho de propiedad sobre el producido de su trabajo si de antemano estaba en vigor un régimen de propiedad que establecía que el trabajo es uno de los modos de adquisición de la propiedad. Esto parece presuponer lo que se quiere probar. En efecto, si el régimen de propiedad privada fuera inmoral, entonces una intención que sólo tiene sentido en el contexto de un régimen tal también sería inmoral y, por consiguiente, no podría servir de base para el merecimiento de un beneficio -posiblemente sí podría justifi-

---

[9] La teoría de Becker constituye uno de los tres principios que según Munzer justifican y limitan la propiedad privada y pública, siendo los otros dos el principio de utilidad y eficiencia y el de justicia e igualdad. Cf. Stephen R. Munzer, *A Theory of Property,* Cambridge, Cambridge University Press, 1990. También forma parte de la teoría de Gaus, que examinamos en la sección V.

[10] Alan Carter, *The Philosophical Foundations of Property Rights,* New York, Harvester Wheatsheaf, 1988, págs. 32 y ss.

car la aplicación de alguna penalidad-. En resumen, la aplicación del principio de merecimiento que sugiere Becker presupone la legitimidad ética de la propiedad privada; consecuentemente, no puede ser el *primer* en la fundamentación moral de esa institución.

2. La teoría de los títulos de Nozick

La teoría de los títulos de Nozick puede interpretarse como una variante del argumento de autopropiedad. La teoría afirma:

> (1) Una persona que adquiere una pertenencia de acuerdo con el principio de justicia en la adquisición tiene derecho a esa pertenencia,
> (2) Una persona que adquiere una pertenencia de acuerdo con el principio de justicia en la transferencia, de una persona que tiene derecho a la pertenencia, tiene derecho a esa pertenencia,
> (3) Nadie tiene derecho a una pertenencia excepto por aplicaciones repetidas de (1) y (2)[11].

El enunciado (1) establece las condiciones de la adquisición originaria de la propiedad privada. Nozick no se compromete con ninguna formulación específica del principio de justicia en la adquisición, pero rescata el requisito de la teoría del trabajo de Locke de que la apropiación inicial tiene que dejar bienes de igual cantidad y calidad para los demás. No obstante, Nozick reinterpreta este «proviso» exigiendo que la apropiación inicial no empeore la situación de los demás. Esto es lo que podríamos llamar el «componente lockeano» de la teoría de Nozick. En general se tiende a pensar que esta reinterpretación del proviso lockeano abre la puerta para consideraciones utilitaristas que parecen inadecuadas en el contexto de una teoría basada en derechos. Pero más allá del proviso, Nozick no exige que la apropiación ocurra vía la aplicación de trabajo, e incluso expresa serias dudas sobre la plausibilidad del argumento del trabajo de Locke. De esta manera, la primera ocupación (o apropiación), independientemente de que conlleve la aplicación de trabajo, es considerada por Nozick éticamente suficiente (siempre que respete el proviso lockeano) para adquirir derechos de propiedad. Esto es lo que podríamos llamar el «componente grociano» de la teoría de Nozick. Ahora bien, la idea de primera ocupación no parece tener un valor moral intrínseco salvo que se entienda que el derecho a la pro-

[11] Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia,* Oxford, Basil Blackwell, 1974, pág. 151.

piedad basado en la primera ocupación es una manifestación del ejercicio del derecho a la libertad. Sin embargo, en esta interpretación la teoría de los títulos se convierte en una forma de justificación de la propiedad privada basada en el derecho a la libertad. Como tal, su estudio corresponde al próximo capítulo.

IV. El derecho a la libertad

El principio de que todo individuo tiene derecho a elegir y actuar en ciertos ámbitos sin interferencias de los demás es una parte esencial de la concepción liberal de la sociedad. El ejercicio del derecho a la libertad ha sido invocado de diversas formas para justificar los derechos de propiedad privada. En este capítulo, mencionaré una aplicación directa del argumento de la libertad, según la cual cuando una persona utiliza ciertos objetos para realizar planes de acción duraderos, adquiere sobre ellos un derecho de propiedad. La idea que está detrás del argumento es que, en tales condiciones, interrumpir la utilización de los objetos a través de una interferencia importaría lesionar su derecho a la libertad. Asimismo, examinaré dos argumentos anti-redistributivos basados en el valor de la libertad.

1. La libertad de apropiar

La proposición de que, merced al ejercicio del derecho a la libertad, una persona puede apropiarse de objetos, obteniendo derechos de propiedad exclusivos sobre ellos, sólo parece admisible bajo el supuesto de que, con tal apropiación, no perjudica a terceros. Así restringida, la proposición equivale a la teoría de los títulos de Nozick, siempre que sea interpretada como una teoría basada en el derecho a la libertad[12]. En esta interpretación, la teoría diría algo como lo siguiente: el primero que toma un bien mostrenco (no sujeto al derecho de propiedad de nadie) adquiere un derecho de propiedad sobre ese bien, siempre que no empeore la situación de los demás.

Allan Gibbard[13] ha señalado que esta teoría parece invocar el siguiente principio: uno tiene derecho a hacer todo lo que lo beneficiará sin empeorar la posición de otros. Pero la apropiación no es algo que meramente altera el mundo físico; es un acto con consecuencias morales, a saber, que las demás personas ya no tienen derecho a usar la cosa apropiada. Del principio de que las personas tie-

[12] Esta posibilidad fue adelantada al final del capítulo anterior.

[13] Allan Gibbard, «Natural Property Rights», *Nous* 10 (1976).

nen derecho a hacer todo aquello que no perjudica a los demás no se puede inferir que ellas pueden adquirir derechos de propiedad, ya que estos derechos no implican la mera permisibilidad de ciertas acciones sino, lo que es más importante, un cambio en el estatuto moral de las cosas apropiadas. En efecto, a partir de la apropiación los demás ya no tienen derecho a usar la cosa apropiada; más aún, tienen prohibido usarla.

Gibbard[14] analiza otra posibilidad para fundar los derechos de propiedad privada en el derecho a la libertad. En una situación en la que se respeta por entero el derecho a la libertad («posición libertaria fuerte»), a una persona se le puede negar el derecho a usar una cosa sólo con su consentimiento. En esta posición todas las personas tienen un derecho igual a usar todas las cosas. Pero, según este autor, en una comunidad así regida, es decir, en una sociedad sin derechos de propiedad exclusivos, nadie tiene incentivos económicos para producir. Esto significa que una sociedad tal está condenado a la pobreza más abyecta, porque probablemente los únicos recursos disponibles serán los naturales. Sobre esta base es esperable que los miembros de la comunidad en cuestión lleguen a un acuerdo para establecer derechos de propiedad exclusivos. Pero nótese que para arribar a esta conclusión estamos considerando sólo dos situaciones: una gobernada por la posición libertaria fuerte y otra en la que funcionan derechos de propiedad fuertes. Es probable que la negociación conduzca a derechos de propiedad exclusivos si todas las partes se encuentran en igual posición. Pero si las partes se hallan en situaciones diferentes, lo probable es que el resultado no sea ése. Bien podría ocurrir que algunos miembros de la comunidad por ejemplo aquellos que no se beneficiarían demasiado de la posibilidad de obtener derechos de propiedad por carecer de capacidad para labrar la tierra no estén dispuestos a prestar su consentimiento para el establecimiento de derechos de propiedad irrestrictos. En la negociación sobre el sistema de derechos de propiedad, esos miembros podrían reclamar derechos de propiedad restringidos por un mecanismo impositivo destinado a recaudar fondos para ayudar a aquellos en desventaja. Si la alternativa a un sistema de propiedad limitado por un mecanismo impositivo es la posición libertaria fuerte -con sus alegadamente deletéreos efectos para el bienestar general-, es probable que los miembros más aventajados de la sociedad acepten un sistema de propiedad restringida. De esta manera, una posición libertaria fuerte con respecto al derecho natural a la libertad lleva, de acuerdo con Gibbard, a un estado de bienestar social, más que a un estado liberal.

---

[14] *Op. cit.*

2. Los argumentos anti-redistributivos de Nozick

Como vimos, las aplicaciones más naturales del argumento basado en el derecho a la libertad resultan infructuosas. Además de su coqueteo con la teoría grociana de la primera ocupación, Nozick propone otros argumentos, basados en el derecho a la libertad, para rechazar sistemas de justicia social que incorporan mecanismos redistributivos no liberales y, por esta vía, justificar el sistema de propiedad privada propio de las economías de libre mercado[15]. Toda teoría redistributiva -dice Nozick- presupone un criterio o pauta para evaluar las distribuciones de recursos existentes. Tomemos el caso de Wilt Chamberlain. Si cada persona de un público de 1.OOO.OOO de personas decide pagar 25 centavos para ver jugar a Wilt Chamberlain, entonces él recibe 250.000 pesos, con lo cual se desarma cualquier pauta distributiva que asigne a Wilt Chamberlain una cantidad diferente. Sobre la base de este ejemplo, Nozick sostiene que:

> (1) Cualquier pauta distributiva puede ser desarreglada por las elecciones voluntarias de los individuos sobre el uso de los bienes que a cada uno le toca de acuerdo con esa pauta distributiva, y:
>
> (2) Ninguna pauta distributiva puede ser realizada continuamente sin una interferencia continua con las vidas de las personas[16].

Es interesante examinar la crítica de Cohen[17]. El argumento de Wilt Chamberlain supone que es injusto, y que contraría la libertad, intervenir en las transacciones voluntarias que pueden alternar una pauta de justicia distributiva, por ejemplo una pauta igualitaria. Cohen trata de demostrar, en primer lugar, que no es injusto inter-

---

[15] Robert Nozick, *op. cit.,* págs. 160-164.

[16] Generalizando el argumento de Nozick, Pincione sostiene que la prohibición de la transferencia de cualesquiera derechos de propiedad (y no sólo de derechos de propiedad exclusivos) es incompatible con el respeto a la libertad. La tesis que desea demostrar es que todo perfil distributivo de derechos de propiedad (privada, comunal, o de otro tipo) que resulta de intercambios voluntarios es prima facie justo. Su argumento reposa en la premisa de que las prohibiciones que acarrea un sistema de derechos de propiedad son superables sólo si se permiten los intercambios voluntarios. Pero, por un lado, muchos intercambios voluntarios (por ejemplo, la compra-venta de drogas alucinógenas) afectan la libertad. Por otro lado, como se aclara a renglón seguido, los intercambios voluntarios pueden tener efectos acumulativos perniciosos en términos de la promoción de la libertad. Pincione no parece dar res puestas aceptables a estas dos cuestiones. Cf. Guido Pincione, «Liberty and Property Rights», *Rechtstheorie* 4 (1990).

[17] G. A. Cohen, Robert Nozick and Wilt Chamberlain: How Patterns Preserve Liberty, *Erkenntnis* 11 (1977), págs. 5-23.

venir en aquellas transacciones voluntarias capaces de subvertir una distribución pautada. Para ello se vale de la siguiente afirmación de Nozick: «Puesto que en una sociedad capitalista la gente a menudo transfiere pertenencias a otros de acuerdo con cuánto perciben que esos otros le beneficiarán, la fábrica constituida por las transacciones y transferencias individuales es en gran medida razonable e inteligible»[18]. De esta manera, Cohen concluye que Nozick admitiría que son perturbadoras aquellas transacciones que las partes contratantes no consideran beneficiosas. «Pero -continúa Cohen- seguramente también estaríamos perturbados si, aunque podemos ver que el agente piensa que está ganando, sabemos que lo que va a ganar no es eso sino algo que él considera menos valioso, o que lo que resulta no es solamente la ganancia que espera sino también consecuencias imprevistas que hacen negativo el valor neto de la transacción, de acuerdo con sus preferencias y estándares»[19].

Precisamente Cohen cree que lo apuntado es lo que sucede con muchas transacciones en la sociedad capitalista, y particularmente con la transacción que conduce a que Chamberlain obtenga en un solo partido 250.000 dólares. Las consecuencias imprevistas negativas son que Chamberlain adquiere un poder sobre otras personas. Estas consecuencias no sólo repercuten negativamente en el repertorio de opciones de las personas que pagaron la entrada, sino en terceros. Por ejemplo, Cohen señala que con el dinero obtenido Chamberlain podría obtener una posición monopólica en el mercado de viviendas.

Cohen descarta la posible réplica de que el público de Chamberlain realmente quiere otorgar a su jugador favorito el poder económico resultante. Podría ocurrir eso, admite Cohen, si partimos de una pauta distributiva capitalista en la que hay ricos y pobres. Siendo esto así, a las personas que pagan la entrada podría no importarles que Chamberlain adquiera gran poder económico, ya que de todas maneras hay un grupo de personas que tiene tal poder y, en todo caso, se trata de que Chamberlain se sume a ese grupo. Pero si se parte de una pauta distributiva igualitaria, las personas podrían no querer que Chamberlain reciba tanto dinero, aun cuando estén dispuestas a pagar los 25 centavos a cambio de ver jugar a Chamberlain.

En una sociedad socialista, las intervenciones en las transacciones voluntarias quizás no serían necesarias porque las personas no estarían dispuestas a realizar transferencias que subvierten el orden

---

[18] *Anarchy, State, and Utopia,* pág. 159.

[19] *Op. cit.,* págs. 8-9

cooperativo e igualitario en el que se asienta su organización social. Esta afirmación descansa en una expectativa sobre la naturaleza humana, pero Cohen se apresura a recalcar que el argumento de Nozick también se apoya en una expectativa tal.

Nozick también brinda un argumento destinado a mostrar que los resultados de las transferencias contractuales congenian perfectamente con el respeto del derecho a la libertad[20]. Supongamos que hay 26 hombres (A a Z) y 26 mujeres (A' a Z') que se quieren casar. Tanto los hombres como las mujeres están de acuerdo en el ordenamiento de todos de acuerdo con su atractivo como candidato matrimonial (este ordenamiento coincide con el orden alfabético). Cuando A a Y se casaron con A' a Y' (en ese orden), Z sólo tiene a Z' como candidata matrimonial. Podría sugerirse que en tal caso Z está *coercionado* a elegir a Z'. Pero, replica Nozick, el que las acciones de otras personas limitantes de las opciones de Z hagan la acción de Z no voluntaria depende de si esas personas tenían el derecho de actuar como lo hicieron. Obviamente, los 25 hombres y 25 mujeres que eligieron su esposo y esposa actuaron dentro de sus derechos. Por consiguiente -dice Nozick-, no puede considerarse la elección de Z como no voluntaria. Análogamente, cuando los trabajadores menos preferidos en un sistema económico tienen que conformarse con puestos de trabajo poco atractivos, no celebran sus contratos de trabajo *bajo coerción,* porque los empleadores y empleados que arreglaron contratos de trabajo más favorables lo hicieron dentro del ámbito de sus respectivos derechos. Sin embargo, como veremos en el capítulo siguiente, este argumento presupone lo que quiere probar. En efecto, presupone que los empresarios tienen derecho a escoger quiénes han de utilizar, y en qué condiciones, los medios de producción. Pero es justamente la propiedad de los medios de producción lo que se trata de justificar moralmente.

Cohen critica la tesis nozickiana de que la reducción de opciones de terceros sólo equivale a coerción cuando las personas que produjeron la contracción de opciones actuaron ilegítimamente, pero no cuando lo hicieron dentro de sus derechos. De esta manera, aunque las transacciones en el mercado pueden dejar a una persona en la alternativa de trabajar o morir de hambre, Nozick sostiene que esa persona no es *forzada* a trabajar, porque las transacciones que causaron esa situación fueron realizadas dentro de los derechos de las partes contratantes. Para mostrar que el origen de una reducción de opciones es irrelevante para mostrar que esa reducción no implica coerción, Cohen echa mano de dos ejemplos. Supongamos que el agricultor F posee un

[20] Robert Nozick, *op. cit.,* págs. 262-4.

terreno sobre el que V tiene un derecho de paso. Si F levanta una cerca que impide el paso de V, V es forzado a usar otra ruta. Ahora supongamos una situación similar, en la que W pasa por el terreno de G no como una cuestión de derecho sino por gracia de G. Si G levanta una cerca que impide el paso de W, ¿W es forzado a utilizar otra ruta? Cohen contesta que sí y afirma que, análogamente, el obrero que se encuentra en la alternativa de trabajar o morir de hambre como consecuencia de las transferencias que ocurren en el mercado también es forzado a colocar su trabajo a disposición de la clase capitalista. De esta manera, concluye Cohen, el liberalismo de Nozick no es verdaderamente *liberal* ya que se despreocupa de la violación de la libertad de un vasto número de personas en la sociedad capitalista.

Como veremos en detalle en el próximo capítulo, el problema fundamental de los argumentos de Nozick es que presuponen lo que pretenden probar, a saber, la legitimidad ética de la propiedad privada. En efecto, todo sistema de propiedad privada reduce las opciones de las personas y, en este sentido, afecta la libertad. Más aún, como señala Loevinsohn, podría incluso sostenerse que el criterio de gravedad del recorte de libertad para el agente aconseja una política redistributiva teniendo en cuenta que la prohibición de usar las cosas de los propietarios sin su consentimiento -implicada por los derechos de propiedad irrestrictos- es más grave para el agente que el recorte de libertad que implica una política, redistrituviva (por ejemplo, la obligación de pagar un impuesto)[21]. ¿Por qué habrían de ser condenadas entonces las intervenciones distributivas? No por afectar la libertad *simpliciter,* sino por afectar el dominio de libertad al que las personas tienen derecho. Pero esto presupone que el intercambio voluntario es un principio legítimo de transferencia y, con ello, la validez moral de la propiedad privada.

V. Derechos e inercia moral

La tentativa de encontrar un puente entre los derechos corporales y los derechos sobre los recursos económicos, realizada como hemos visto en las dos últimas secciones a través del derecho al fruto del trabajo y del derecho a la libertad, está necesariamente condenada al fracaso. Para demostrar esto, voy a analizar dos críticas recientes a la fundamentación libertaria de la propiedad privada.

La primera de esas críticas señala que la justificación de la propiedad privada en base a derechos padece del defecto que puede

[21] Ernest Loevinsohn, «Liberty and the Redistribution of Property», *Philosophy and Public Affairs* 6 (1977), págs. 226-239.

llamarse *inercia moral*[22]. Utilizo la expresión «inercia moral» como un término técnico: una doctrina política es moralmente inercial si mantiene explícita o implícitamente que los estados de cosas existentes son moralmente relevantes para establecer que una acción es moralmente incorrecta u obligatoria sólo porque son estados de cosas existentes. El término «conservador» se usa a veces con el mismo sentido, pero tiene la desventaja de sugerir la adhesión al pensamiento político conservador que, como se lo interpreta habitualmente, abarca ciertos principios que no tienen nada que ver con la idea de inercia moral, tales como el de que el estado puede hacer respetar ideales de excelencia moral.

Desde un punto de vista ideológico, el cargo de inercia moral está emparentado con la tesis marxista tradicional de que el liberalismo provee una legitimación teórica de las distribuciones existentes de poder económico. Analíticamente, esta crítica recalca que el criterio adoptado por el liberalismo para determinar si un acto es moralmente incorrecto es establecer si ese acto tiene un impacto negativo en el bienestar de cualquier otra persona en relación con el estado del mundo existente en el momento inmediatamente anterior a la ejecución del acto. En otras palabras, se acusa al liberalismo de elegir el *status quo ante* como punto de comparación moralmente relevante para evaluar la conducta humana.

La crítica de inercia moral tiende a socavar, como afirmé, la teoría de los derechos de propiedad basada en los derechos, especialmente la teoría de la adquisición inicial de los recursos o naturales. Recordemos que para Nozick la apropiación de los bienes naturales está moralmente justificada en la medida en que no empeore la posición de otras personas. Más precisamente, Nozick exige, para que una apropiación original de recursos naturales mostrencos sea moralmente correcta, que la posición de pos-apropiación de cualquier otra persona no resulte empeorada en comparación con su posición de pre-apropiación. En contra de esta tesis, Cohen[23] y Christman[24] sostienen que al tomar la situación de pre-apropiación (o la situación que habría existido si la apropiación no hubiera sido

[22] La expresión «inercia moral» fue introducida por Judith Jarvis Thomson, en «Killing, Letting Die, and the Trolley Problem», incluido en J.M. Fischer y M. Ravizza, *Ethics, Problems & Principles,* Harcourt Brace Jovanovich College Publishers, Fort Worth, 1992. Thomson afirma: «No hay ningún Principio de Inercia Moral: no existe ningún deber prima facie de abstenerse de interferir con los estados de cosas existentes meramente porque sean estados de cosas existentes» (pág. 72).

[23] G. A. Cohen, «Self-Ownership, World-Ownership, and Equality», en Fran S. Lucash (comp.), *Justice and Equality,* Here and Now, Ithaca y Londres, Cornell University Press, 1986.

[24] John Christman, «Can Ownership Be Justified by Natural Rights?», págs. 174-6.

hecha) como el punto de comparación para establecer si una adquisición inicial es justa, Nozick ignora una comparación que es moralmente relevante a tal efecto, a saber, la comparación entre la situación de posapropiación de los no-apropiadores y las situaciones en las que ellos se encontrarían si rigieran sistemas de propiedad alternativos.

Para aclarar este punto puede compararse la teoría de Nozick de la adquisición inicial con la que adoptaría un utilitarista del acto. El utilitarista del acto mantiene que una acción es moralmente correcta si es aquella que, de entre todas las acciones posibles para el agente, genera el mayor saldo positivo de bienestar para todos. El utilitarista del acto diría entonces que el apoderamiento de un bien natural mostrenco, y el control exclusivo permanente de ese bien, son moralmente correctos si constituyen la acción que, de entre todas las posibles al autor del apoderamiento, maximiza el bienestar general. Cuando el utilitarista asevera esto, está diciendo que para juzgar la moralidad de un apoderamiento inicial hay que comparar la situación de pos -apoderamiento de los no-apoderantes con *todas las situaciones en las que ellos (y el apoderante) se encontrarían si el apoderante ejecutara alguna de las otras acciones que puede realizar.* Como se ve, el utilitarista del acto no compara la situación de pos-apoderamiento con la de preapoderamiento, sino con todas las otras situaciones posibles. La situación de pre-apoderamiento entra en el análisis comparativo, si de hecho entra, no como una situación privilegiada, sino como una de las muchas situaciones posibles[25].

La segunda de las críticas mencionadas es la de circularidad del pensamiento liberal, propuesta por Jeffrey H. Reiman[26]. Según este autor el primer principio del liberalismo es el derecho a la libertad, que dice que ningún fin social puede justificar forzar a un individuo inocente a ser un recurso de otros. Este principio parece justificar la acumulación ilimitada de riqueza en el capitalismo, puesto que quitar recursos del rico para financiar programas de ayuda a los pobres sería forzar al rico a ser un recurso de los pobres. Por definición, esto a su vez equivaldría a coartar el derecho a la libertad de los ricos. En los primeros 180º del círculo -alega Reiman-, los liberales justifican los derechos de propiedad en base al derecho a la libertad.

Pero los liberales deben responder a la crítica marxista de que el

---

[25] Esta crítica es similar a una realizada por Gibbard contra la «teoría de la elección libre de la propiedad privada» (ver pág. 21 de este ensayo).

[26] Jeffrey H. Reiman, «The Fallacy of Libertarian Capitalism», *Ethics* 92 (1981), págs. 85-95. Reiman reitera este punto de vista en *Justice & Modem Moral Philosophy,* Yale University Press, 1990, págs. 240-1.

capitalista reduce al trabajador a la condición de esclavo asalariado. «Puesto que su alternativa es la pobreza o morir de hambre, el trabajador tiene una elección real pequeña y entonces es forzado a permitir al capitalista a decidir por él qué es lo que ha de hacer y a que propósitos servirá su trabajo aparte de sus decisiones», dice Reiman[27]. El liberal seguramente responderá (como ya vimos que hace Nozick con su ejemplo de las elecciones matrimoniales) que una persona puede realizar acciones que limitan las oportunidades disponibles de terceros sin por eso ejercer coacción sobre ellos. Yo propondría otro ejemplo. Una mujer puede cerrar la ventana de su dormitorio mientras se desnuda y de esa manera impedir que un vecino se regodee mirándola, pero nadie diría que ella ha forzado al vecino a no verla. Sin embargo, si es una psicópata que clausura la ventana del dormitorio del vecino y de esta manera le impide ver el exterior, puede decirse que ha violado el derecho a la libertad del vecino forzándolo a no mirar al exterior. Esto muestra que alguien ejerce coacción sobre un tercero limitando su menú de opciones sólo cuando actúa más allá de lo que le permiten sus derechos, invadiendo los derechos de terceros. No obstante, el liberal que así razona dibuja los segundos 180º del círculo de Reiman, porque define el derecho a la libertad en términos de los derechos de propiedad de las personas. En resumen, el liberal comete un razonamiento circular, según Reiman, en tanto que justifica los derechos de propiedad del capitalismo sobre la base del derecho a la libertad y luego define el derecho a la libertad sobre la base de los derechos de propiedad capitalistas. Una justificación circular de los derechos de propiedad no es lo que estamos buscando.

Es importante observar que la crítica de Reiman supone que el liberal necesariamente tiene que analizar la coerción en términos de los derechos de propiedad. Un análisis tal es lo que a veces se denomina un análisis «moralizado» de la coerción. Pero ésta no es la única posibilidad para el liberal. Él podría recurrir a un análisis no moralizado o «descriptivo» de la coerción. En un trabajo temprano[28], Nozick sostiene que una propuesta (por ejemplo, la propuesta de trabajo del capitalista) es coercitiva si la situación de pos-propuesta del receptor de la propuesta (el trabajador) resulta empeorada en comparación con la situación en la que se habría encontrado en el curso normal de los eventos (el curso normal de los eventos coincide con la situación de pre-propuesta si en las circunstancias del caso lo normal

[27] *Op. cit.,* pág. 87.

[28] Robert Nozick, «Coercion», en *Philosophy, Politics, and Society,* Fourth Series, Peter Laslett, W.G. Runciman y Quentin Skinner (comps.), Oxford, Basil Blackweil, 1972.

es que continúe dicha situación). Como probablemente la situación del trabajador no empeore por la sola formulación de la oferta de trabajo, el liberal podría rechazar el carácter coercitivo de la conducta del capitalista sin por eso dibujar los segundos 180º del círculo de Reiman. En efecto, un análisis descriptivo de la coerción como el ilustrado no recurre, en ningún momento, a la noción de derechos de propiedad. Aunque el liberal puede defenderse de la acusación de circularidad, lo hace al precio de caer nuevamente presa de la crítica de inercia moral. En contra del análisis descriptivo de la coerción, David Zimmerman[29] sostiene que al tomar el curso normal de los eventos (y por ende en la inmensa mayoría de los casos la continuación de la situación de pre-propuesta) como el punto de comparación para determinar la coercitividad de las propuestas el liberal ignora una comparación que es moralmente relevante, a saber, la comparación entre la situación de pospropuesta del receptor de la propuesta y todas las situaciones posibles en las que él se encontraría si estuvieran en vigor distribuciones alternativas de recursos y oportunidades. Esto es tanto como decir que el análisis descriptivo de la coerción incurre en el defecto de inercia moral porque sólo condena por coercitivas a aquellas propuestas que empeoran la situación de las personas en comparación con el *statu quo ante.* De esta manera -continúa el argumento-, salta a la luz un prejuicio a favor del mantenimiento del curso normal de los eventos, independientemente de que la «normalidad» coincida en los hechos con la máxima satisfacción de preferencias, o satisfaga algún otro estándar moral. De modo que la crítica de circularidad depende en última instancia de la crítica de inercia moral. Si no fuera por la crítica de inercia moral, el liberal podría zafar de la crítica de circularidad con un análisis no moralizado de la coerción.

VI. El argumento de la neutralidad política

Me parece que las conclusiones fundamentales obtenidas hasta hora pueden ser expresadas en tres puntos.

En primer lugar, el derecho al producido del trabajo (incluso en las versiones secularizadas de Nozick y Becker) no parece estar en condiciones de justificar los derechos de propiedad privada. Más aún, en los trabajos de neomarxistas como Cohen y Reiman el derecho a los frutos del trabajo es invocado cada vez más para justificar el carácter explotador de la sociedad capitalista.

---

[29] David Zimmerman, «Coercive Wage Offers», *Philosophy and Public Affairs* 10 (1981)

En segundo lugar, el derecho a la libertad, entendido como el derecho a realizar *cierta clase de acciones* sin interferencia de terceros, no parece tener contenido concreto sin el aditamento de derechos de propiedad que establezcan qué clase de acciones tiene derecho a realizar cada persona. En otras palabras, el derecho a la libertad, así entendido es incapaz de brindar soluciones normativas a los conflictos de intereses que se presentan en la práctica sin presuponer derechos de propiedad que determinen qué interés ha de prevalecer en tales conflictos. Puesto que el derecho a la libertad concebido de esta forma presupone derechos de propiedad, no es posible hacerle cumplir un papel justificatorio.

En tercer lugar, el componente lockeano de los argumentos basados en el derecho a la libertad hace que tales argumentos caigan presa del cargo de inercia moral. Estos argumentos sostienen que la apropiación original no reduce las oportunidades de las personas con respecto al estado de pre-apropiación, pero omiten comparar las oportunidades que los no apropiadores tienen después de la apropiación con las que tendrían, por ejemplo, en un sistema de propiedad comunal. Por consiguiente, la elección del sistema de propiedad privada se toma moralmente arbitraria.

1. Las estrategias indirectas o de reglas

Las consideraciones precedentes sugieren que los derechos morales no ofrecen una justificación de la propiedad privada. Esta conclusión debe ser matizada severamente. Dicho con exactitud, los derechos morales no parecen capaces de ofrecer una justificación de la propiedad privada en el marco de teorías *directas* o *del acto*. En estas teorías, la justificación de los derechos de propiedad privada estriba en que su adquisición, en determinadas condiciones, es un corolario del ejercicio de ciertos derechos fundamentales, como el derecho de auto-propiedad o el derecho a la libertad. Por ejemplo, se dice que el apoderamiento de un recurso mostrenco, por constituir el ejercicio del derecho a la libertad, justifica la adquisición de derechos de propiedad privada sobre ese recurso. Esto es prestidigitación filosófica. En efecto, no se puede concebir que el mero ejercicio de un derecho genere derechos de contenido diferente (v. gr. derechos de propiedad privada). Más precisamente, ello no puede concebirse excepto que los derechos en cuestión estén incluidos desde el comienzo en el derecho del que se parte; pero, en tal caso, la justificación presupondría lo que quiere probar[30].

Sin embargo, los derechos morales sí podrían brindar una justificación de la propiedad privada cuando son concebidos, no como

[30] Una aparente excepción tiene lugar cuando el ejercicio del derecho se manifiesta realizando un acto que, en un determinado sistema normativo, es el antecedente de una obligación: por ejemplo, la celebración de un contrato, que puede considerarse el ejercicio del derecho de contratar. Pero yo diría que en tal caso no es el *mero* ejercicio del derecho de contratar lo que genera las obligaciones incluidas en el contrato, sino ese ejercicio más la norma *pacta sunt servanda*.

derechos a realizar acciones de cierta clase, sino como un derecho a que el gobierno reconozca y haga respetar un sistema de propiedad que *proteja algún valor liberal fundamental.* Esta línea de argumento, que encuadra dentro del tipo de estrategias *indirectas* o *de reglas* -muy conocidas en la literatura utilitarista- ha sido explorada por Gaus y Mack.

1.1. La teoría de Gaus

Gaus despliega una interesante fundamentación contractualista del liberalismo[31]. Su teoría parte del teleologismo, que considera que lo correcto es lo que promueve el valor, pero se diferencia de otras teorías teleológicas, como el utilitarismo, de dos maneras. Primero, en lugar de aceptar, como el utilitarismo, la neutralidad agencial de los valores, sostiene la relatividad agencial. Concordantemente, *A* tiene razón para satisfacer sus preferencias, pero no las de *B,* y lo mismo vale para *B*. Segundo, a diferencia del utilitarismo, la maximización del valor no es un fin omnijustificatorio, sino que está restringido por la exigencia de actuar sobre la base de principios que puedan ser justificados ante todos. Esta *restricción formal* lleva, bajo supuestos normales, a una *restricción substantiva,* que dice que los principios que las partes elijan resultarán de un compromiso de una negociación: cada uno ganara en términos de la promoción de sus valores, pero sólo en una medida que admita el consenso de los demás. En síntesis, para Gaus el contractualismo puede ser considerado como un *teleologismo agencialmente relativo restringido*[32].

Sin embargo, Gaus sostiene que «la justificación teleológica» de la moral sólo es plausible cuando se erige sobre la base de principios morales justificados deontológicamente[33]. El argumento que ofrece se basa en la tesis de que las justificaciones teleológicas sólo pueden partir de *valoraciones racionales.* Pero muchas de las valoraciones

---

[31] Gerald F. Gaus, «A Contractual Justification of Redistributive Capitalism», en J.W. Chapman y J. R. Pennock, *Markets and Justice,* NOMOS XXXI, Nueva York y Londres, New York University Press, 1989, y Value *and Justification, The Foundations of Liberal Theory,* Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

[32] *Value and Justification,* págs. 332-3.

[33] *Op. cit.,* pág. 360.

que intervienen en las justificaciones teleológicas son moralmente cargadas, en el sentido de que presuponen la existencia de ciertas reglas morales, como las valoraciones relacionadas con la amistad, el amor maduro, la indignación y el resentimiento. Si admitimos que estas valoraciones son *racionales,* también debemos admitir que son válidos los principios morales presupuestos. Ahora bien, la validez de estos principios, por hipótesis, no puede ser justificada teleológicamente.

Según Gaus, el problema de justificar los principios deontológicos involucrados en las valoraciones se le presenta a toda teoría teleológica: «todas estas teorías buscan explicar lo correcto en términos de promover lo valioso, pero lo valioso a menudo presupone creencias sobre lo que es correcto»[34]. Para evitar el problema de la circularidad, los teleologistas han seguido dos estrategias diferentes: ora han sostenido que la justificación teleológica admite todas las valoraciones, racionales o irracionales, ora han restringido el espectro de valoraciones a aquellas que carecen de presuposiciones morales. En lugar de estos caminos, Gaus propone un criterio para evaluar los principios morales subyacentes a ciertas valoraciones, que denomina *justificación pública deontológica.* Se brinda una justificación pública deontológica de un principio moral cuando se demuestra que todas las personas están comprometidas con tal principio porque él desempeña un papel fundacional en sus propias perspectivas valorativas[35].

Los principios morales justificados deontológicamente serían algo así como la línea de base a partir de la cual opera el procedimiento de selección contractual de una ética social. Utilizando el lenguaje contractualista clásico, Gaus dice que «la descripción del estado de naturaleza puede ser interpretada como una articulación de la moral deontológica justificada sobre la cual se edifica el argumento teleológico, es decir, el contrato social»[36]. El derecho a la libertad natural es el principio moral fundamental que caracteriza al estado de naturaleza así entendido. Pero, sostiene Gaus, «aun si el derecho a la libertad natural puede fundamentar un derecho de posesión, el razonamiento no puede extenderse a justificar derechos de propiedad exclusionarios»[37].

En lugar de la alternativa rousseauniana de que los derechos de propiedad privada son enteramente el resultado del contrato social, Gaus opta por sostener, con Locke, que además del derecho a la

---

[34] *Op. cit.,* pág. 361.

[35] *Op.cit.,* págs. 363-4.

[36] *Op. cit.,* pág. 380.

[37] *Op. cit.,* pág. 410.

libertad, el estado de naturaleza incorpora un principio que legitima moralmente el derecho de propiedad. Este principio no es otro que una variante del argumento del merecimiento de Becker. En la formulación de Gaus, el principio de Becker dice:

> P1: Alf merece X porque ha contribuido al proceso productivo y X es una recompensa adecuada.
>
> En cambio, Gaus considera que el principio moral relativo a la propiedad justificado deontológicamente es uno que reza:
>
> P2: Alf merece X porque ha producido X.

Este principio recoge la intuición de que una persona merece lo que produce, es decir, los frutos de su trabajo. En la medida en que P2 no considera el derecho de propiedad como una recompensa, queda abierto el camino para interpretarlo en el sentido de que prescribe que una persona tiene sobre lo que produce derechos de propiedad plenos, es decir, tanto el derecho de poseer como el derecho de transferir. (P1 parece exigir, en cambio, que cualquier persona a la que Alf quiere transferir voluntariamente X haya realizado una acción para la cual X es la recompensa adecuada.) En conjunción con el derecho a la libertad natural (que exige justificación para prohibir que las personas se involucren en transferencias voluntarias), P2 también provee una justificación de las relaciones de mercado[38].

El principio del mérito (en la versión P2 que suscribe Gaus) no soluciona el problema de la adquisición de los recursos naturales, es decir, los objetos que no han sido producidos por nadie. Los contractualistas clásicos, señala Gaus, creían necesario explicar cómo funcionan los derechos de propiedad en el estado de naturaleza, porque concebían el estado de naturaleza como una condición en la que la gente puede existir. Puesto que el principio de merecimiento por sí solo no permite explicar cómo se adquieren originariamente los derechos de propiedad, si adoptáramos la concepción clásica del estado de naturaleza deberíamos suponer que la moral deontológica, en lo que se refiere al derecho de propiedad, va más allá del principio de merecimiento. Pero el estado de naturaleza es sólo una fase en el argumento justificatorio. Por ende, no es necesario solucionar el problema de la adquisición originaria en el estado de naturaleza. De hecho -dice Gaus-, parece que ninguna resolución de esta difícil cuestión es posible dentro del estado de naturaleza; se debe apelar al contrato social. En el estado de naturaleza, entonces, la gente tiene

---

[38] *Op. cit.,* págs. 416-420.

un derecho a un sistema de propiedad privada que reconozca las pretensiones del mérito. Pero, debido a que el problema de la adquisición de los recursos naturales exige una justificación contractual, aun no emerge ningún derecho de propiedad significativo sobre cosas particulares»[39].

1.2. La teoría de Mack

Mack también descarta las teorías del acto para justificar los derechos de propiedad privada[40]. Sostiene que las teorías del acto sólo pueden exhibir casos paradigmáticos aislados en los que vívidamente se puede observar la justificación de un derecho de propiedad por el ejercicio de un derecho fundamental, como por ejemplo el derecho al fruto del trabajo propio. Por ejemplo, un Robinson Crusoe puede tener derecho al sector de la isla que labra y cultiva sobre la base del hecho de que ha mezclado su trabajo con la tierra. Pero en la práctica habitual de la propiedad privada, dice Mack, no se encuentran estos ejemplos vívidos de aplicación del argumento del trabajo sino «extensiones analógicas convencionales». Por ejemplo, un minero que descubre una veta de oro y corre a la oficina de minería a solicitar el certificado de propiedad no puede alegar que ha mezclado su trabajo con la veta. Esta situación sólo puede ser considerada análoga a situaciones típicas de aplicación del argumento del trabajo, y el título del minero no puede recibir un apoyo justificatorio completo del argumento del trabajo sino, antes bien, de normas legales convencionales que establecen que el descubrimiento de una mina y la obtención del certificado de propiedad son hechos que confieren títulos cuestión.

Para Mack, el liberalismo basado en derechos acepta como un postulado que los derechos de propiedad privada sobre objetos extra-personales no pertenecen a todos los seres humanos por el mero carácter de tales, sino que derivan de acciones conferidoras de derechos. Entonces -continúa-, el derecho natural de propiedad no es un derecho a ciertos bienes, sino un derecho a vivir en una sociedad que habilita la adquisición de derechos de propiedad cuando se dan ciertas circunstancias relevantes. Un derecho a la propiedad así entendido no es un derecho a un conjunto específico de objetos extra-personales sino un derecho a vivir en una sociedad en la que rija una práctica de la propiedad privada[41].

---

[39] *Op. cit.,* pág. 416.

[40] Eric Mack, «Self-Ownership and the Right of Property», *The Monist* 73 (1990), págs. 529-32.

[41] «Self-Ownership and the Right of Property», pág. 534 y ss.

El sistema legal que da lugar a la práctica de la propiedad privada a la cual las personas tienen derecho debe reunir ciertos requisitos, en opinión de Mack: *coherencia, funcionalidad, comprensividad y justificabilidad.* Para ser coherente, el sistema no debe conferir títulos sobre una misma cosa a dos o más persona: (salvo los casos de condominio o copropiedad). Para ser funcional, las normas integrantes del sistema deben ser de conocimiento de todas las personas involucradas, y su aplicación debe ser previsible. Para ser comprensivo, el sistema debe establecer títulos de propiedad sobre todos los bienes sin propietario (mostrencos). Finalmente, para ser justificable, la práctica debe ser compatible con el derecho de auto-propiedad. Esta última característica es la de más difícil visualización. Aparentemente, Mack quiere decir que el sistema de propiedad debe admitir, de algún modo, que la interferencia con ciertos ejercicios del derecho de auto-propiedad puede representar una violación a ese derecho y, por consiguiente, debe reconocer que tales ejercicios del derecho de auto-propiedad son acciones conferidoras de títulos en la práctica de la propiedad privada[42].

Un punto importante de la teoría de Mack es que la distribución de recursos en la sociedad liberal no es considerada justa o injusta sobre la base de algún ideal de igualdad o de justicia distributiva, sino en términos de la adquisición de esos recursos de acuerdo con las normas del sistema de propiedad. Si bien la justificación completa de un sistema de propiedad depende de la satisfacción de los requisitos de coherencia, funcionalidad, comprensividad y justificación, el hecho de que un sistema tal esté instalado en una sociedad y se encuentre operando ya de por sí tiene fuerza justificatoria, independientemente de la existencia potencial de otros sistemas de propiedad tan o más coherentes y funcionales. Esto es así porque, según Mack, la sustitución de un sistema de propiedad privada justificable por otro que tenga un mejor desempeño a la luz de los requisitos justificadores que él establece estaría reñida con la coherencia o funcionalidad que debe tener la práctica de la propiedad privada. En este sentido Mack afirma: «Incluso una práctica existente que no es, en abstracto, completamente justificable puede ser justificada y, por lo tanto, puede resistir un reemplazo justificable por una práctica completamente justificable. Puede ser justificada si es, hablando a grandes rasgos, aproximadamente tan justificable abstractamente como puede razonablemente esperarse en los asuntos humanos reales»[43].

---

[42] *Op. cit.,* págs. 535-6.

[43] *Op. cit.,* pág. 536.

2. Las estrategias basadas en un derecho general

Con un estilo emparentado con el de Gaus y Mack, Waldron[44] utiliza una estrategia basada en un derecho para justificar el derecho de propiedad. Para Waldron, un argumento basado en derechos en favor de la propiedad privada[45] es un argumento que considera a un interés individual suficientemente importante en sí mismo para justificar que otros (especialmente el gobierno) estén bajo deberes de crear, asegurar, mantener, o respetar una institución de la propiedad privada. Hay dos líneas de argumentos basados en derechos para justificar la propiedad privada, una que descansa en *derechos generales* y otra que se apoya en *derechos especiales.* Como se dijo, ambas sostienen que las personas tienen un interés en poseer cosas, que por su importancia moral restringe la acción de los demás. El argumento basado en derechos especiales considera que un interés tiene esa importancia no en sí mismo sino en virtud de la ocurrencia de algún evento contingente o transacción. En contraste, el argumento basado en un derecho general no considera que la importancia de tal interés dependa de la ocurrencia de algún evento o transacción contingente, sino que atribuye esa importancia al interés en sí mismo, en razón de su carácter cualitativo[46].

Waldron arguye que la teoría de Locke se centra en un argumento basado en un derecho especial: el argumento sobre la mezcla de trabajo con los recursos naturales, aunque reconoce que en Locke pueden detectarse insinuaciones de una teoría del mérito (ésta es la versión de Becker), y también de una teoría utilitaria. En cambio, la teoría de Nozick es un ejemplo de un argumento casi puramente basado en un derecho especial. En esta teoría los derechos de propiedad surgen exclusivamente por el acaecimiento de eventos contingentes, como la adquisición originaria (respetando el proviso lockeano), o la adquisición derivada a través de la transferencia voluntaria de un propietario legítimo. Desde la óptica de Waldron, mientras que Locke y Nozick sostienen un argumento basado en un derecho especial, Hegel en *La filosofía del derecho* suscribe un argumento basado en un derecho general cuando sostiene que todos los seres humanos necesitan tener propiedad privada a fin de desarrollarse éticamente. La importancia moral de este interés humano básico no depende de estar relacionado con un evento contingente (como haber cultivado un terreno), sino del lugar central que ocupa en el desenvolvimiento espiritual de las personas.

---

[44] Jerremy Waldrom, *The Right to Private Propety,* Oxford, Clarendom Press, 1988.

[45] *Op. cit.,* pág. 115.

[46] *Op. cit.,* pág. 116.

Puesto que todas las personas tienen un interés en el desarrollo de su autonomía, no podría decirse que se respeta el derecho general a la propiedad privada si el funcionamiento de un régimen de derechos de propiedad deja a algunas personas sin ninguna propiedad. Esto significa que un argumento basado en un derecho general tiene implicancias distributivas en el sentido de que no admite ciertos perfiles distributivos de los derechos de propiedad. En cambio, un argumento basado en un derecho especial puede legitimar moralmente cualquier perfil distributivo, incluso uno en el que un sector de la población no tenga recursos, en la medida en que la asignación de los derechos de propiedad se haya hecho respetando aquel derecho especial[47].

Lo que es importante resaltar aquí es que Waldron se inclina por un argumento directo basado en el derecho general a poseer cosas, lo cual -según arguye Waldron siguiendo a Hegel- es indispensable para estabilizar la voluntad de las personas, dar contenido a sus intenciones y planes y, en general, permitirles progresar como entes éticos y espirituales.

Estructuralmente, ¿es el argumento de Waldron diferente del argumento propuesto por Gaus y Mack? La terminología empleada es claramente diferente. Mack y Gaus hablan de un derecho a la existencia y aplicación de un sistema de propiedad privada, mientras que Waldron se refiere a un derecho general a poseer cosas. Pero además de los indicios terminológicos, hay un motivo sustantivo para pensar que la respuesta a nuestra pregunta es afirmativa. Waldron coloca en un mismo nivel de análisis a los derechos generales y los derechos especiales. Ahora bien, la invocación de derechos especiales da lugar a teorías del acto. Ya vimos que argumentos basados en derechos especiales, como los de Locke y Nozick, pertenecen al dominio de las teorías del acto, porque los derechos invocados son a realizar ciertas acciones sin interferencia de terceros, antes que a la práctica de un sistema de propiedad. De esta manera, suponiendo -como hace Waldron- que los derechos especiales se encuentran en el mismo nivel de análisis que los derechos generales, y aceptando -como parece plausible- que la invocación de derechos especiales da lugar a teorías del acto, parece natural pensar que el argumento de Waldron también es del tipo del acto. Si esto fuera así, el argumento de Waldron sería estructuralmente diferente al de Gaus y Mack.

Sin embargo, me parece que la conclusión anterior se apoya en una confusión introducida por el propio Waldron. Los derechos especiales son derechos en el sentido común de la palabra, es decir, a

[47] *Op. cit.,* pág. 131.

usar y disponer con exclusividad de ciertos objetos. Los deberes correlativos a esos derechos pesan sobre todos los individuos, *erga omnes* como dicen los juristas. Es cierto que estos derechos, como todos los derechos individuales, pueden generar deberes en cabeza del gobierno, en la medida en que se acepte que el gobierno tiene el deber genérico de hacer respetar los derechos de las personas. Pero los deberes del gobierno de reconocer y hacer respetar los derechos especiales de propiedad no constituyen las contrapartidas primarias de esos derechos, sino deberes secundarios que derivan del ya mencionado deber general de reconocer y hacer cumplir los derechos individuales. Aunque Waldron omita hacer la distinción, los derechos generales no son derechos en el mismo sentido que los derechos especiales. Los derechos generales están correlacionados primariamente con deberes del gobierno, en el sentido de que son derechos a que el gobierno ponga en vigor y mantenga un sistema de propiedad privada.

Por lo expuesto, creo que el argumento de Waldron no difiere estructuralmente del presentado por Gaus y Mack. En los tres casos se invoca un derecho a la existencia de un sistema de propiedad privada, cuya contrapartida directa es el deber del gobierno de crear, mantener y hacer respetar una institución tal. Esta conclusión incluso encuentra apoyo en algunos pasajes del libro de Waldron; así, al comparar su argumento con la justificación utilitaria, dice: «En lugar de decir que es bueno para el bienestar general que tengamos un sistema de propiedad privada, se arguye que los hombres y mujeres individuales tienen un *derecho* a que una institución tal exista, que la existencia de un sistema de propiedad privada cumple una necesidad individual o sirve algún interés individual que se considera de suficiente importancia moral como para generar deberes para la sociedad como una totalidad»[48].

3. La justificación basada en la autonomía y la neutralidad

Aparte de adherir a la justificación de la propiedad privada y el mercado sobre la base de la función que desempeñan para optimizar el aprovechamiento del conocimiento disponible en una sociedad, especialmente del conocimiento práctico y tácito, John Gray ha desplegado una argumentación que descansa en el valor de la autonomía personal. Sostiene que la auto-propiedad es uno de los elementos de la persona libre y del agente autónomo, porque sin el control sobre el propio cuerpo uno no podría alcanzar sus fines y realizar sus valores.

---

[48] *Op. cit.,* pág. 287.

Sin embargo, Gray advierte que la auto-propiedad no es una base suficiente para justificar derechos de propiedad en los recursos naturales o los medios de producción, sobre todo debido al problema de la adquisición inicial de los recursos naturales, que tantas dificultades causa a Locke y, contemporáneamente, a Nozick. Ilustrativamente, afirma que «con razón se puede decir que no existe ninguna teoría adecuada de la adquisición inicial y, en particular, que no se ha mostrado que ningún proceso determinado de adquisición inicial derive del derecho de propiedad primordial que cada hombre tiene en su persona»[49]. Pero aunque el derecho de auto-propiedad por sí mismo no puede conducir directamente a la propiedad privada sobre objetos externos, el ejercicio del derecho de auto-propiedad exige la existencia de un sistema de propiedad privada. En efecto, por la doble característica de establecer un mecanismo descentralizado de toma de decisiones y de no exigir ningún proceso de elección colectiva para resolver la forma de utilización de los bienes, la propiedad privada «permite a los individuos actuar de acuerdo con sus propios valores y usar su propio conocimiento sujetos a una restricción mínima de parte de otros individuos»[50].

En contrapunto con autores neomarxistas como Cohen -que enfatizan que la propiedad privada actúa en detrimento de la autonomía de los proletarios y otros miembros pobres de la sociedad-, Gray cita aprobatoriamente a Michael Oakeshott. Este autor sostiene que «la institución de la propiedad más favorable a la libertad es, incuestionablemente, un derecho de propiedad privada lo menos matizado posible por exclusiones y límites arbitrarios, porque es solamente por este medio que se puede alcanzar la máxima difusión del poder que surge de la propiedad»[51]. Aun cuando los ricos tienen más poder que los pobres en un sistema de propiedad privada, éstos tienen más poder que el que tendrían en un sistema colectivista donde el único empleador es el Estado, y donde la oposición o disidencia pueden significar literalmente una condena a la inanición. Así, concluye Gray, la propiedad garantiza la autonomía no sólo de los empresarios sino también de los obreros.

Más recientemente, y ya dentro de coordenadas contractualistas, Gray reformula el argumento basado en la autonomía personal de modo de entroncar con el principio de neutralidad y de igual consideración de las concepciones de la vida buena que sustentan los diferentes miembros de la sociedad. Así, sostiene que la concepción

---

[49] John Gray, *Liberalism,* Londres, 1986, pág. 63.

[50] *Op. cit.,* pág. 64.

[51] Michael Oakeshott, *Rationalism in Politics,* London, Methuen, 1962, pág. 46, cit. en *op. cit.,* pág. 67.

rawlsiana de un consenso superpuesto *(overlapping consensus)* es una construcción política que refleja bien la realidad de una sociedad caracterizada por divergencias profundas entre las creencias sobre lo bueno y lo real pero al «sino tiempo por valores compartidos[52]. En contra de la corriente comunitarista emergente como una crítica radical de los supuestos metafísicos del primer Rawls, Gray afirma que la persona moderna no es un ser radicalmente situado o arraigado en una comunidad fija y sin salida. En cambio, en la modernidad coexisten diversas comunidades que abrevan en diferentes líneas de nuestra tradición cultural y cuyas fronteras son permeables y maleables. Enfrentados con constantes movimientos migratorios a través de diversas comunidades, y con la incomensurabilidad de las múltiples perspectivas sobre el valor y el mundo, visualizamos sin embargo que estamos animados por un sentido común de individualidad. Así, cualquier construcción política de la naturaleza humana tendrá que ser *individualista,* no para aprehender ninguna realidad metafísica, sino para tomar en serio el hecho de que la persona contemporánea no está definida por inmersiones comunales inmodificables sino por elecciones autónomas.

El individualismo asociado esencialmente a la construcción moderna de la personalidad humana conduce siempre, según Graya, dos estándares normativos interdependientes: la *igualdad mínima* y la *neutralidad política.* La concepción individualista de la persona debe suponer que en la situación de elección contractual de los principios de justicia las personas no saben a qué comunidades morales específicas pertenecen y por ende no pueden ubicar en ningún orden de preferencia las diferentes formas de vida asociadas a esas comunidades. En vista de la ausencia de un orden de preferencia, Gray legitima una igual consideración de las diferentes formas de vida enaltecidas por las comunidades existentes y, al mismo tiempo, una posición neutral con respecto a las pretensiones de las distintas comunidades. En consecuencia, los principios institucionales surgidos de la aplicación del método contractualista son necesariamente neutrales con respecto a los ideales y valores sustentados por las diferentes comunidades.

Entre esos ideales y valores se cuentan los *ideales de empresa productiva.* Partiendo de ello, Gray argumenta que en el contexto del método contractualista la neutralidad política impuesta por la construcción individualista de la persona es un estándar normativo capaz de seleccionar el sistema de propiedad privada por encima de cual-

[52] John Gray, «Contractarian Method, Private Property, and Market Economy», en J.W. Chapman y J. Roland Pennock (comps.), *Markets and Justice Nomos 24,* Nueva York y Londres, New York University Press, 1989, págs. 40-4.

quier régimen socialista. En efecto, gracias a las ya mencionadas características constitutivas el sistema de propiedad privada (la descentralización de la toma de decisiones y la capacidad que tienen los individuos utilizar sus bienes sin recurrir a ningún procedimiento de elección colectiva), en un sistema de propiedad privada las personas pueden adherir a diferentes ideales productivos, sean cooperativos, comunales o de empresa privada. Incluso una comunidad como los Amish puede lograr un casi completo aislamiento de la economía capitalista. Gray alega que estas alternativas productivas no están disponibles en ninguna economía socialista. «Recuérdese que aun bajo las instituciones del socialismo de mercado -dice- está prohibida por lo menos una forma de empresa productiva, la que involucra el trabajo asalariado»[53]. Por consiguiente, concluye que el principio de neutralidad y de igual consideración de las diferentes formas de vida suscribe un sistema de propiedad privada.

Aunque los principios de igualdad mínima y de neutralidad puedan justificar la adopción contractual de un sistema de propiedad privada, queda sin resolver el problema de la distribución inicial de derechos de propiedad, es decir, la cuestión de la «línea de base» del contrato. Gray no parece atribuir demasiada importancia a esta cuestión. «En sus aplicaciones a la vida económica...» -dice- «...la justicia exige la adjudicación de pertenencias en propiedad privada. Más aún, no veo ninguna razón para suponer que esta exigencia no agota el contenido de la justicia económica. De hecho, una vez que las pertenencias se asignan de conformidad con el dictado de la justicia, es injusto intentar mantener cualquier perfil en la distribución del ingreso, o torcer la libertad de intercambio»[54].

Loren Lomasky mantiene una posición análoga[55]. Por su condición de agentes autónomos, los seres humanos tienen un interés fundamental en poder usar y controlar ciertos bienes sin interferencia de terceros. Puesto que la definición de lo que constituye una interferencia no viene dada por una relación natural existente entre personas y cosas, todo sistema de propiedad privada tiene necesariamente un aspecto social, pero las posibles determinaciones sociales están restringidas por la condición de agentes autónomos de los seres humanos. Esa condición está asociada a la relatividad agencial de los valores, que básicamente significa que cada persona tiene una razón *exclusivamente personal* para llevar a cabo sus planes y proyectos. Puesto que la autonomía implica la inexistencia de cualquier punto

---

[53] *Op. cit.,* pág. 40.

[54] *Op. cit.,* pág. 43.

[55] Loren E. Lomasky, *Persons, Rights, and the Moral Community,* Nueva York y Oxford, Oxford University Press, 1987, págs. 119-24.

de vista «objetivo» desde el cual pueda apreciarse el valor, la sociedad no puede comparar ni ordenar los valores abrazados por diferentes personas. Así, «toda persona tiene interés en un régimen de derechos que responda a la incomensurabilidad del valor personal mediante el mantenimiento de un orden que sea neutral entre las personas»[56]. Esto no difiere sustancialmente del principio de neutralidad que defiende Gray.

Lomasky cree que hay dos formas de interpretar la exigencia de neutralidad. Una es establecer un sistema de distribución de la riqueza que asegure la igualdad de pertenencias de todas las personas. Esta interpretación, dice, es en realidad una desinterpretación, porque la igualdad de recursos supone que a la sociedad en su conjunto le interese la persecución exitosa de los proyectos elegidos por cada individuo, y esto contraría la relatividad agencial del valor. La otra forma es establecer un sistema de derechos de propiedad que defina los métodos de apropiación y de transferencia de la propiedad, de modo tal de no suscribir ningún proyecto ni, menos aún, favorecer a algunas personas o sus proyectos en detrimento de otros. Para Lomasky, ésta es la correcta interpretación del principio de neutralidad.

4. El argumento combinado

Afortunadamente, la línea argumentativa centrada en una concepción indirecta o de reglas del derecho de propiedad, desarrollada por Gaus, Mack y Waldron, puede ser combinada fructíferamente con la justificación a partir de la autonomía ensayada por Gray y Lomasky. En primer lugar, siguiendo a Gaus, Mack y Waldron, se puede afirmar que el derecho de propiedad privada que posee legitimación moral no es un derecho, o conjunto de derechos, sobre cosas específicas, tal como los define y establece el sistema jurídico. El derecho de propiedad privada como derecho moral es un derecho a que el Estado establezca y respalde coactivamente un sistema de propiedad privada que respete las exigencias morales: es en verdad un *derecho indirecto*. Concordantemente, es inadmisible sugerir que existen principios morales que establecen los métodos de adquisición (original) y de transferencia de los recursos poseídos en propiedad. Estos métodos no vienen establecidos por la verdad moral, sino que resultan de la regulación jurídica, legislativa o judicial, guiada por una

[56] *Op. cit.,* pág. 121. En rigor de verdad, *pace* Lomasky, la incomensurabilidad de los valores no implica la obligación de tratar a los ciudadanos en forma neutral, sino algo más débil: que no existe *justificación* para preocuparse diferencialmente por los intereses o preferencias de unas personas en detrimento de los de otras.

pluralidad de consideraciones normativas (tanto basadas en derechos como en fines sociales).

Esto disuelve algunos enigmas de la filosofía liberal, como el problema de la adquisición originaria. Tal problema no es de naturaleza moral, sino política, aunque en su resolución influyan consideraciones morales, como enseguida veremos. El método de adquisición debe ser definido por el derecho positivo, siguiendo, como en otras áreas legislativas, procedimientos legitimados políticamente. En este sentido, no parece sensato suponer que exista un sólo método de adquisición, como sostienen, por ejemplo, Locke y Nozick. Por ejemplo, el Código Civil argentino -muy similar a todos los códigos derivados del Código de Napoleón- establece en su artículo 2524 que el dominio (la propiedad plena) se adquiere por cualquiera de siete métodos diferentes: apropiación, transformación, accesión, tradición, percepción de los frutos, sucesión en los derechos del propietario y prescripción (usucapión). Aunque la sucesión y la tradición son inequívocamente formas de adquisición derivada, los cinco métodos restantes pueden bien considerarse procedimientos de adquisición inicial u originaria. La pretensión de encontrar un sólo método, o principio organizativo, de la adquisición originaria sacralizado por la razón moral parece ingenua frente a las complejidades de la regulación jurídica de la propiedad.

Lo mismo puede decirse de la transferencia de los derechos de propiedad. Es cierto que el contrato de compraventa es la forma básica de transferir derechos de propiedad en los sistemas jurídicos capitalistas. Pero hay otras. La donación es una de ellas. Si bien es un acto voluntario, no se trata de un intercambio voluntario. O tómese la sucesión hereditaria, mencionada en el ya citado artículo 2524. Es cierto que un liberal podría decir que el testamento es la única forma válida de transferencia mortis causa, por ser voluntaria, y no impuesta por la legislación. Pero la voluntariedad no es la única consideración que guía la legislación civil. La concepción de la familia vigente en una sociedad también provee de razones para elegir las normas hereditarias. En el derecho argentino, por ejemplo, los hijos tienen el derecho a heredar una porción de los bienes de sus padres (legítima hereditaria). Podría sostenerse que estas normas tienen por función asegurar el mantenimiento de la organización familiar prevaleciente en nuestra sociedad. En otro orden de cosas, las normas de quiebras también admiten transmisiones de propiedad que no respetan lo convenido contractualmente, cuando el deudor entra en estado de insolvencia. Así, se ha sostenido que el capitalismo -o más exactamente la legislación de quiebras vigente en la mayoría de los países capitalistas- es incompatible con un sistema nozickeano de derechos de propiedad privada ya que admite la extinción extra-con-

tractual de las deudas del deudor insolvente y, de esta manera, condona la transferencia no voluntaria de los derechos de propiedad de los acreedores[57]. Nuevamente, aparecen otras consideraciones, como la de no desincentivar el riesgo empresario, o la de otorgar seguridad jurídica a las transacciones realizadas por el deudor una vez salido del estado de insolvencia. E incluso en el terreno de los contratos, en ciertos casos se acepta la validez de la adquisición de un comprador de buena fe, aun cuando el vendedor no tenía derecho sobre el bien transferido.

En segundo lugar, siguiendo ahora a Gray y Lomasky, se puede sostener que las personas, por su condición de agentes autónomos, tienen un interés fundamental en conducir sus vidas de acuerdo con su concepción del valor. Un gobierno respetuoso de las personas respetará su autonomía, es decir, la concepción del valor que sustentan y que da sentido a sus planes y elecciones. Esto supone que el gobierno adopta una actitud neutral con respecto a las decisiones y proyectos de los individuos, lo cual, en el plano jurídico, se traduce en la doctrina del estado de derecho *(rule of law)*. Pero las implicancias normativas de la autonomía no se agotan en el requerimiento de neutralidad. Para que haya una verdadera autonomía, las personas no deben estar a merced de los deseos de otras personas, o deben estarlo lo menos posible. Es cierto que ninguna organización social puede alcanzar la utopía de una completa autonomía para cada individuo. Las diferencias de poder no sólo son inevitables, sino además funcionales con respecto a la necesidad de alcanzar los beneficios de la división del trabajo y de una economía productiva. Pero al mismo tiempo las diferencias de poder son una amenaza al ideal de autonomía. Por ello, un derecho guiado por el ideal de autonomía debe procurar el *control* y la *dispersión* del poder (político o económico). Así como no hay una diferencia moralmente relevante entre la libertad política y la libertad económica, tampoco existe esa diferencia entre el poder político y el poder económico.

El respeto de nuestra condición de agentes autónomos, entendida como la igual consideración de las concepciones e ideales de los ciudadanos, y el control y la dispersión del poder constituyen dos ideales que guían el diseño de los métodos de adquisición y transferencia de los derechos de propiedad privada. En cuanto a la adquisición originaria, esto implica no otorgar los bienes sobre la base de los propósitos y planes de las personas, sino procurando, por un

[57] Peter Morriss, «How Capitalism Infringes Property Rights», *Political Studies* 31 (1983), págs. 656-61. Cf. también: Alistair Edwards, «Bankruptcy, Capitalism and Uncertainty: A Reply to Peter Morriss», y Chandran Kukathas, «Does Capitalism Infringe Property Rights? A Reply to Peter Morriss», ambos en *Political Studies* 32 (1984), págs. 611-7.

lado, la mayor dispersión de las pertenencias iniciales y, por el otro, atendiendo a las posesiones ya adquiridas, cuyo quebrantamiento importaría un serio ataque a los planes que los ciudadanos tienen en ejecución.

No hay reglas algorítmicas en esta materia por la razón ya apuntada de que ésta no es una cuestión moral sino política. Con respecto a la adquisición derivada, supone otorgar un papel central a los acuerdos y decisiones voluntarias. Esto se logra otorgando a los propietarios la potestad de transferir sus pertenencias por un acto de voluntad, salvo excepciones expresamente enumeradas (por ejemplo, pagar el asesinato de un enemigo con un bien inmueble).

En general, el sistema de propiedad privada parece el más adecuado a la luz del ideal de autonomía personal. Esto puede verse, principalmente, en tres características de las normas componen el sistema de propiedad privada:

1. Carácter titular

El mejor análisis disponible del carácter titular de las normas de propiedad privada es el que brinda Steiner[58]. «Un título -dice este autor- es una relación entre dos términos: el nombre de un agente y el nombre de un objeto». Armado de esta definición, Steiner distingue entre un sistema de derechos «basado en acciones» y otro «basado en títulos». En tanto que en el segundo sistema las acciones lícitas se describen como el uso de cierto objeto, en el primero se especifican en términos de los propósitos que las animan. En un sistema basado en acciones, bien puede ocurrir que dos acciones de diferentes personas, guiadas ambas por propósitos permisibles, involucren el uso de un mismo objeto al mismo tiempo. En tales casos, la solución del conflicto no puede sino apelar a una comparación de la importancia o valor de los propósitos contrapuestos. Esta comparación está de antemano vedada en la propiedad privada, precisamente por ser un sistema de derechos basados en títulos.

En la misma dirección, aunque con una terminología diferente, Hindess señala que las normas de la propiedad privada son generales «en el sentido de que no estén orientadas a las necesidades, deseos o actividades de personas particulares»[59]. El carácter titular de los derechos de propiedad privada refleja la exigencia de que las normas jurídicas sean neutrales con respecto a los planes de vida e ideales (productivos o de otro tipo) de cada persona.

---

[58] Hillel Steiner, «The Structure of a Set of Compossible Rights», *The Journal of Philosophy* 74 (1977), pág. 770.

[59] Barry Hindess, *Freedom, Equality, and the Market,* Londres y Nueva York, Tavistock, 1987, pág. 133.

2. *Antecedencialismo*

Las normas de propiedad privada son *antecedencialistas* en el sentido de que la adquisición (original o derivada) de los derechos de propiedad está determinada por su relación con eventos previos (y no con eventos futuros, como las consecuencias de esa adquisición)[60]. En comparación con la predicción, que siempre entraña una dosis de incertidumbre y por ende el peligro de encubrir juicios evaluativos, la comprobación de muchos tipos de eventos pasados (v.gr. la ocupación de un terreno) puede hacerse sin que se filtren evaluaciones reñidas con la exigencia de neutralidad.

3. Descentralización

Por último, las normas de propiedad privada tienden a minimizar la influencia de la elección colectiva en las decisiones referentes a la utilización y distribución de los bienes. En efecto, en el sistema de propiedad privada la elección colectiva se reduce a una sola instancia, consistente en el establecimiento de las normas sobre los métodos de adquisición y transmisión de la propiedad. Una vez puesto en marcha, el sistema funciona en base a las decisiones individuales, salvo conflictos que requieran una intervención arbitral o judicial[61].

En conclusión, pienso que las personas tienen derecho a que el Estado mantenga y haga respetar un sistema de propiedad privada en atención a que, según sus cualidades estructurales, es el más apropiado para realizar el ideal del Estado neutral en el tema de la utilización de bienes y recursos escasos. El valor de la autonomía personal preside, entonces, la elección del sistema de propiedad privada

---

[60] Para la idea de una ética antecedencialista, cf. George Sher, «Antecedentialism», Ethics 94 (1983), págs. 6-17.

[61] Puesto que la dispersión del poder es uno de los objetivos de la propiedad privada, no es impensable que sea justificable complementar el régimen de propiedad priva da con mecanismos capaces de enfrentar el impacto negativo que pueden tener las grandes concentraciones de riqueza en la libertad individual. En el caso límite, la acumulación de toda la riqueza social en manos de un grupo se asemeja a un sistema colectivista de propiedad y debe ser condenada por las mismas consideraciones que justifican la propiedad privada. Claro está, esto no significa homologar toda forma de legislación anti-monopólica. No es el dominio de un cierto mercado (definido por un producto o servicio) lo que se acerca a un sistema comunista, sino una masiva concentración de poder económico. Nuevamente, no hay aquí reglas que algorítmicamente establezcan cuándo la concentración de la riqueza llega a ser peligrosa en términos de la autonomía personal. Pero sí es cierto que en *algún* punto de la curva de concentración el poder económico puede actuar tan perjudicialmente como el poder político.

vis-a-vis sistemas de propiedad alternativos, pero la organización concreta de un sistema *jurídico* de derechos de propiedad no puede ni debe estar aislada de una diversidad de consideraciones normativas, tanto éticas (derechos y fines sociales) como políticas (preferencia mayoritaria).

DOXA 17-18 (1995)

MARXISMO ANALÍTICO, EL MARXISMO CLARO

Qué es el marxismo analítico?

El marxismo analítico es una corriente de pensamiento, de raíz marxista, originada a fines de la década del 70. Si se quisiera poner una fecha precisa para definir el alumbramiento de dicha tendencia, ésta podría coincidir con la publicación de un trabajo de G. A. Cohen sobre la «teoría marxista de la historia», en 1978[1]. Es cierto que la mayoría de los marxistas analíticos presentaron críticas severas al escrito de Cohen. Sin embargo, también es cierto que todos ellos fueron conmovidos por el rigor conceptual y la claridad de aquel trabajo. De algún modo, a partir de la publicación de «La teoría de la historia...» comenzaron a salir a la luz una serie de trabajos vinculados al pensamiento de Marx y orientados por similares principios[2].

Desde el año siguiente (1979), algunos de aquellos autores que se encontraban (coincidentemente) trabajando sobre marxismo, comenzaron a reunirse anualmente, en lo que se denominó el «grupo de septiembre», a fin de discutir sobre sus respectivos escritos. Desde entonces, con ingresos y egresos, el grupo fue básicamente compuesto por el mismo Cohen, Jon Elster, Adam Przeworski, John Roemer, Robert Brenner, Philippe Van Parijs, Robert Van der Veen, Pranab Bardham, Hillel Steiner, Sain Bowles, y Erik Olin Wright[3]. El nombre de «marxismo analítico», aparentemente, surgió de Jon Elster, aunque el mismo resultó popularizado a partir de un trabajo

---

[1] G. Cohen, *Karl Marx's Theory of History: A Defense* (Princeton U. P., 1978).

[2] En el prefacio a su obra *Making Sense of Marx* (Cambridge U. P., 1987), Jon Elster señala que fue a partir de la publicación del trabajo de Cohen que descubrió «que otros colegas en otros países se encontraban dedicados a un trabajo similar».

[3] Ver, Erik Olin Wright, «What is Analytical Marxism?», *Interrogating Inequality. Essays on Class Analysis, Socialism and Marxism* (Londres, Verso ed., 1994).

de John Roemer, compilando algunas importantes contribuciones de los nombrados[4].

Según algunos, lo único que reúne a estos autores es un estilo de trabajo, más que un cuerpo de doctrina. Según Elster, quien describe al marxismo analítico, simplemente, como un «pensamiento claro», la nota fundamental parece ser el no dogmatismo. En su opinión, «para saber si una persona puede o no ser caracterizada como un marxista analítico [debe verse] su disposición a abandonar las concepciones marxistas en caso de haber conflicto entre [tales concepciones] y un argumento empírico o lógico»[5].

En un libro reciente, Erik Olin Wright especificó cuáles eran, a su criterio, los rasgos distintivos del marxismo analítico. Primero, un compromiso con las normas científicas convencionales, que lleva a que los autores inscriptos en esta corriente enfaticen el valor de la investigación empírica, y sometan sus argumentos a una crítica y revisión permanentes. Segundo, una acentuada preocupación por la definición de conceptos, y por resguardar la coherencia lógica de los distintos análisis que se llevan a cabo (un ejemplo notable, al respecto, lo presenta el mismo Wright, y su persistente estudio sobre la idea de «clases sociales»)[6]. Tercero, el «explícito uso de modelos abstractos, en ocasiones altamente formalizados como en teoría de los juegos, y otras veces algo menos fórmalizados como en los modelos causales». Cuarto, la importancia otorgada a las acciones intencionales de los individuos, tanto en las teorías explicativas como en las normativas[7].

En lo que sigue, voy a extenderme en los que resultan, a mi juicio, los elementos definitorios del marxismo analítico (en coincidencia parcial con la clasificación de Wright). Inmediatamente luego, voy a mostrar cuál es el impacto de tales presupuestos en el estudio de tradicionales tópicos marxistas. El foco principal de mi atención se centrará en (lo que podría llamarse) la «teoría moral marxista».

Microfundamentos y demás

Un rasgo común a la mayoría de los marxistas analíticos (aunque no a todos) es el individualismo metodológico. Según Elster, este

---

[4] John Roemer (ed.), *Analytical Marxism* (Cambridge U. P., 1986).

[5] Entrevista de Esther Hamburguer a Jon Elter, publicada en Novos *Estudos,* n.º 31 (CEBRAP, San Pablo, octubre de 1991).

[6] Entre otros trabajos, ver Erik Olin Wright, *Classes* (Londres, New Left Books, 1985); «Rethinking, Once Again, the Concept of Class Structure», *The Debate on Classes,* ed. por E. O. Wright et al. (Londres, N. York, Verso, 1989); *Interrogating..., op. cit.* (1994).

[7] Erik O. Wright, *Interrogating...,* pág. 181.

punto de partida implica, simplemente, considerar que «todas las instituciones, los patrones de comportamiento, y los procesos sociales pueden ser explicados en principio en términos de individuos exclusivamente: sus acciones, propiedades, y relaciones». El individualismo metodológico, en cambio, no los compromete ni con el presupuesto de que los hombres son egoístas y racionales, ni con la idea de los sujetos como «átomos» con una existencia «presocial»[8].

Otra forma de plantear la misma cuestión, y desvelar alguna de las principales obsesiones de los marxistas analíticos, es la de hacer referencia a la «búsqueda de microfundamentos»[9]. Esto es, volviendo a Elster, la idea de que la «caja negra» debe ser abierta para mirar sus «tuercas y tornillos»; la idea de que los comportamientos colectivos deben estudiarse a partir de las motivaciones y creencias de los agentes que toman parte en ellos[10].

Dentro del instrumental al que habitualmente recurren estos analíticos, se destaca el propio de la teoría de la elección racional. En esta teoría se asume que los individuos, en sus conductas corrientes, tienden a elegir el curso de acción que a su criterio es el mejor (el que «maximiza», y no simplemente el que «satisface», sus preferencias) dentro de un abanico limitado de opciones. En principio la acción es considerada racional en tanto y en cuanto resulte la preferida por el sujeto en cuestión, de acuerdo con sus deseos y creencias, y teniendo en cuenta la información disponible. Una postura de este tipo, por ejemplo, implica dejar de lado las visiones estructuralistas (conforme a las cuales las alternativas abiertas se reducen sólo a una); u otras concepciones deterministas (que entienden que los individuos no «eligen», sino que sus decisiones vienen predefinidas por tradiciones, hábitos, normas sociales, etc.). Respecto de este punto también corresponde hacer algunas aclaraciones. Antes que nada, para decir que las simpatías con la teoría de la elección racional no lleva a estos marxistas (obviamente) a suscribir los resultados de los más tradicionales trabajos basados en la elección racional (trabajos realizados, sobre todo, por economistas neoclásicos)[11]; ni tampoco a

---

[8] Jon Elster, *An Introduction to Karl Marx* (Cambridge U.P., 1990, págs. 22 y 23.

[9] En el trabajo citado, E. O. Wright rechaza explícitamente que pueda identificarse a los analíticos con el individualismo metodológico, que tantos reconocen como distintivo del mismo. En cambio, reconoce la vocación común por el estudio de «microfundamentos». Ver, E. O. Wright, *Interrogating...*

[10] Ibid.

[11] Erik Olin Wright, especialmente preocupado por mostrar estas diferencias, resalta el ejemplo de Roemer quien, luego de analizar la idea de explotación a través de tales instrumentos, «concluye que las estrategias individuales de optimización sistemáticamente generan explotación y clases». Esto es, llega a conclusiones más

adoptar todos los postulados propios de dicha teoría. Más bien diría que, entre ellos, se encuentran algunos de los más severos críticos de la teoría de la elección racional.

En particular, autores como Elster han dedicado buena parte de sus mejores trabajos a enfatizar los límites y problemas de la mencionada metodología. Por ejemplo, Elster sostiene que es muy habitual que la racionalidad de una decisión resulte afectada a partir del modo en que los deseos y creencias en juego fueron «moldeados». El ejemplo típico, en este caso, es el de la zorra y las uvas (que da título a uno de sus conocidos estudios)[12], en el cual la zorra, viendo que no llega a alcanzar las uvas, se termina autoconvenciendo de que éstas estaban verdes. Esto es, termina adaptando sus preferencias a lo que ve como posible, como un modo de reducir «disonancias cognitivas»[13]. Pero hay muchos otros casos similares de deficiencias en la racionalidad, como el conformismo; el anti-confomismo; el fenómeno de ver «el verde siempre más verde del otro lado de la cerca»; etc. Todos estos casos dan muestra de la debilidad de la razón, y definen los límites con que (autores como los citados) asumen la teoría de la acción racional.

La cuestión de la justicia

A partir de esta nueva preocupación por los «microfundamentos», por desentrañar las «creencias y motivaciones» de los individuos, era casi «natural» que los marxistas analíticos comenzaran a ocuparse de temas como el de la justicia, o la igualidad, habitualmente descuidados (o menospreciados) por el marxismo. Sin embargo, el mismo devenir histórico vino a reforzar tales tendencias. Particularmente, cuando se comenzó a advertir que el estado igualitario final, propio del comunismo, no aparecía como un resultado inevitable de la evolución social. O cuando se advirtió que, pese al creciente desarrollo productivo, los problemas de la escasez amenazaban con seguir siendo crónicos. Se hizo imperioso, entonces, determinar qué pautas iban a usarse para distribuir la escasez presente. Del mismo modo, se tomó necesario precisar qué tipo de igualdad debía perseguirse como último objetivo social.

---

bien opuestas a las expuestas por los economistas neoclásicos. E. O. Wright, *Interrogating...,* pág. 191.

[12] Jon Elster, *Sour Grapes* (Cambridge U. P., 1983). Ver también sus otros trabajos sobre las «limitaciones en la racionalidad». Especialmente, *Ulysses and the Syrens* (Cambridge U. P., 1984); Salomonic Judgements (Cambridge U. P., 1989).

[13] L. Festinger, *A Theory of Cognitive Dissonance* (Stanford U. P., 1957).

En un análisis más bien autobiográfico, Gerald Cohen explica la evolución de estas reflexiones, y comenta cómo es que él mismo se transformó en un autor preocupado, fundamentalmente, por cuestiones normativas (cuando antes, más bien, tendía a dejar de lado tales tópicos). En su opinión, los cambios que se produjeron en su trabajo tienen que ver con un paulatino cambio en sus presupuestos empíricos. En particular, se refiere a una nueva aproximación al tema de la clase obrera y la capacidad productiva del comunismo. La idea es la siguiente: durante muchos años, él, como muchos otros, asumió que la clase obrera a) constituía la mayoría de la sociedad; b) era la que generaba la riqueza de la sociedad; c) representaba a la clase explotada; d) se superponía con el grupo de los «necesitados»; e) y no tenía fundamentalmente nada que perder con una revolución; por lo que f) podía e iba a transformar la sociedad. Al mismo tiempo, asumía que el comunismo iba a ser capaz de «liberar» las fuerzas productivas de la sociedad, hasta llevarla a una situación de abundancia, que es condición necesaria para posibilitar la afirmación del comunismo[14] (sin recursos abundantes, no pueden satisfacerse necesidades múltiples)[15]. Ahora bien, el paso del tiempo fue desvelándole a Cohen (según su propio relato) novedades de tremendo peso. Entre ellas, claramente, que la clase obrera ya no constituía una mayoría, no producía toda la riqueza social, ni era la única explotada. Más aún, que la clase obrera tenía cosas que perder con la revolución; y que (más allá de lo que pasaba con el «comunismo real») era empíricamente muy dudoso que e comunismo pudiese implicar una sociedad hiperproductiva. Sin embargo, el problema que le resultó más notable fue el que una clase obrera ya no se identificase con la de los necesitados dentro de la sociedad. Esto es, aparecía el problema de que grupos totalmente al margen de la estructura productiva necesitaban urgentemente ser ayudados, y atendidos por la comunidad, aunque no fuesen obreros o estuviesen directamente al margen de la estructura productiva.

---

[14] Recuérdese, por ejemplo, la idea incluida en la *Crítica del programa de Gotha* (Ed. Anteo, Buenos Aires, 1973), donde Marx señala que «[e]n una fase superior de la sociedad comunista, cuando haya desaparecido la sumisión esclavizadora de los individuos a la división del trabajo, y con ella, por tanto, el antagonismo entre el trabajo intelectual y el trabajo manual; cuando el trabajo se convierta no solamente en medio de vida, sino en la primera condición de la existencia; cuando al desarrollarse en todos sus aspectos los individuos, se desarrollen también las fuerzas productivas y fluyan con todo su caudal los manantiales de la riqueza colectiva, sólo entonces podrá rebasarse totalmente el estrecho horizonte del derecho burgués y la sociedad podrá escribir en su bandera: De cada uno, según su capacidad, a cada uno según sus necesidades».

[15] Ver, por ejemplo, *Equality as Fact and as Norm: Reflections on the (partial) Demise of Marxism* (Manuscrito, Oxford, 1994).

En síntesis, en los nuevos estudios marxistas el tema de la justicia comenzaba a ocupar un primer plano. Poco tiempo atrás, dicha cuestión resultaba prácticamente inexistente para la mayoría de los marxistas, ya que se asumía la inevitabilidad de la revolución proletaria; la práctica eliminación de la «escasez»; y la identificación entre proletarios y necesitados.

Marx y la justicia

Llevados a justificar distribuciones más equitativas de la riqueza, y obligados a apelar a principios de justicia (también) como principios motivadores para la acción, muchos autores comenzaron a examinar cuáles principios normativos, si alguno, eran compatibles con los más clásicos fundamentos del marxismo.

Siguiendo el razonamiento arriba esbozado, algunos sostuvieron que no había que hurgar en el pensamiento marxista en busca de aquello que no podía encontrarse. Marx simplemente se desentendía de las cuestiones de la justicia, porque pensaba que con la llegada del comunismo iban a desaparecer (lo que Hume o Rawls llamaron) las «circunstancias de la justicia». La escasez y los conflictos se iban a ver tan reducidos, hasta el punto de tomar innecesaria cualquier apelación a la justicia[16].

Para otros como Richard Miller, en cambio, Marx tomaba una postura mucho más radical y activa en relación con la justicia. Según éstos, Marx sostenía un profundo rechazo hacia este tipo de prédicas. Quienes defendieron este criterio contaban con varias citas a su alcance, en donde Marx efectivamente parecía adoptar ese activismo anti-moralista. Así, podían resaltarse sus explícitas afirmaciones calificando de «basura verbal» o «sin sentido ideológico» todas las discusiones acerca de la justicia y los derechos[17].

Autores como Zayid Husami replicaron severamente a los anteriores mostrando que, a pesar de su prédica, Marx mantenía una implícita teoría de la justicia. Esta teoría se dejaba entrever en sus habituales referencias al «robo» de los capitalistas sobre los trabajadores, efectivizado a través de la extracción de plusvalía; o en su defensa de ideales tales como los de comunidad, humanismo,

---

[16] Ver, fundamentalmente, Allen Buchanan, *Marx and Justice. The Radical Critique of Liberalism* (Totowa, N. Jersey: Rowman & Allanheld, 1982).

[17] Esta postura, típicamente, es sostenida por Richard Miller, *Analyzing Marxism* (Princeton U. P., 1984). De modo similar, aunque manteniendo una postura menos radical que la de Miller, ver Allen Wood, «The Marxian Critique of Justice», *Philosophy and Public Affairs* 1:244-82.

autorrealización, etc. Para Husami, el error de autores como Miller era el de hacer colapsar la teoría moral marxista en su sociología de la moral. Para decirlo de un modo más claro: en su sociología de la moral, Marx describía la dependencia de las ideas predominantes en el modo de producción vigente. Sin embargo, esta descripción no impedía que Marx evaluase tales ideas a partir de un parámetro diferente que, según Husami, era el de la justicia proletaria o postcapitalista. Para dar un ejemplo claro al respecto, Husami cita la idea de «a cada uno de acuerdo con su contribución», que vendría a sintetizar la visión de Marx sobre la justicia socialista, y que permitiría criticar a la distribución capitalista vigente[18]. Jon Elster parece sostener una postura similar a la de Husami, aunque va un paso más allá que el anterior. Según el autor noruego, Marx sostiene otro principio de justicia, más radical, destinado a aplicarse en la «superior» etapa comunista. De acuerdo con este principio, debe «tomarse de cada uno de acuerdo con su habilidad, y darle a cada uno de acuerdo con su necesidad»[19].

Aunque la polémica no está cerrada en este campo, como en la mayoría de los que estudiaron los marxistas analíticos, lo cierto es que todos ellos se han replanteado la relación entre marxismo y justicia y, en su generalidad, han terminado aceptando la presencia de una cierta teoría marxista de la justicia.

La autorrealización como ideal

Si dentro de la sugerida y todavía precaria teoría de la justicia marxista debiese nombrar una idea fundamental, capaz de constituirse en pilar de la misma, nombraría a la noción de autorrealización. Esta idea tiene la virtud de estar anclada en el corazón del marxismo, a la vez de ser una idea que ha concitado atención y estudio desde otras corrientes[20]. En definitiva, el liberalismo, y en particular el liberalismo igualitario, siempre se ha afirmado a partir del valor de la autonomía, que guarda un claro parentesco con el de la autorrealización. Las similitudes entre ambos ideales se acentúan apenas «limpiamos» al concepto de la autorrealización de sus interpretaciones menos aceptables.

---

[18] Zayid Husami, «Marx on Distributive Justice», *Philosophy and Public Affairs* 8:27-64 (1978).

[19] Jon Elster, «Exploitation, Freedom, and Justice», en J. R. Pennock y J. Chapman (eds.), *Marxism* (NOMOS XXI, N. York U. Press, 1983), págs. 277-304. Ver, Karl Marx, *Crítica...,* en la cita transcripta más arriba.

[20] El ejemplo más claro de todos, posiblemente, sea el de Jon Elster. Ver, en particular, *Making Sense...*

Por ejemplo, en *La Ideología Alemana* Marx parece suscribir un modelo muy exigente acerca de cuál debiera ser el ideal de la buena vida (o cuál va a ser la forma «natural» de este ideal, en el comunismo). La imagen a la que me refiero es aquella en la que un individuo se dedica a la caza en la mañana, pesca por la tarde, arrea el ganado al anochecer, y se convierte en crítico luego de la cena[21]. En esta metáfora se formulan al menos dos de los rasgos básicos de la autorrealización, que merecen ser revisados. En primer lugar, el de la «completitud» de la autorrealización. Según Jon Elster, a cualquier individuo enfrentado a esta cuestión se le presentan dos alternativas excluyentes: o la de (pretender) actualizar «todas» las potenciales habilidades personales, corriendo el grave riesgo de frustrarse en casi todos los intentos; o la de intentar desarrollar alguna de estas habilidades en particular lo máximo posible. En opinión de Elster, esta última es la única posibilidad razonable, con lo cual descarta el presupuesto de «completitud» de la autorrealización, que algunos pueden querer atribuir a la noción marxista[22]. En segundo lugar, merece examinarse la compatibilidad de la idea de «libertad» con la de autorrealización. La pregunta entonces, tendría que ver con un posible «perfeccionismo» marxista[23]: básicamente, ¿puede obligarse a alguien a desarrollar tales o cuales capacidades? Para Elster, la respuesta es claramente negativa, ya que en caso de que la opción no sea libremente adoptada por el individuo en cuestión, la misma aspiración de autorrealización resultaría frustrada[24].

Luego de formuladas estas primeras aclaraciones, la idea de autorrealización aparecería ligada al libre desarrollo de (algunas) capacidades individuales. Esto es, una idea que no parece alejada de habituales reclamos del «liberalismo igualitario». En este sentido, marxistas analíticos y liberales igualitarios resultarían compartiendo, al menos, una misma búsqueda: la de una sociedad que haga posible el desarrollo individual autónomo, liberando a los sujetos de las «cargas» propias de contingencias o meras circunstancias[25], y permitiendo que éstos sean dueños y sobre todo responsables de su propio destino[26].

---

[21] Karl Marx, *La Ideología Alemana* (Ed. Pueblos Unidos, 1985).

[22] Jon Elster, «Self-Realization in Work and in Politics», *Social Philosophy and Policy* 3:2 (1986), pág. 101.

[23] Ver, Will Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy* (Oxford U. P., 1990), cap. 5.

[24] Ibid.

[25] Que alguien nazca en el contexto de una familia rica y otro no; que alguien nazca con ciertas incapacidades; etc.

[26] Cuando aludo al trabajo de liberales «igualitarios» pienso, sobre todo, en los escritos de Rawls; Ronald Dworkin (típicamente, sus artículos sobre el significado de la igualdad); Thomas Nagel; Thomas Scanlon; etc.

A continuación, voy a concentrarme en algunos temas clásicos del marxismo, para ilustrar de qué modo impactan sobre ellos análisis y presupuestos como los hasta aquí descriptos.

La filosofía de la historia en Marx

Una de las áreas en que más se concentraron los marxistas analíticos fue en la filosofía marxista de la historia. La línea general de estos trabajos fue muy crítica en tomo de la óptica de Marx. Sin embargo, curiosamente, uno de los estudios centrales en este campo, que fue el de Gerald Cohen (y que se constituyó, indudablemente, en puntapié inicial del mismo movimiento analítico según dijéramos) se dirigió a reivindicar las tesis esbozadas por Marx. El objetivo de Cohen, al respecto, fue el de dotar de claridad a los oscuros trabajos de Marx sobre la evolución de la historia. Del mismo modo, Cohen procuró dotar de contenido empírico suficiente a dicho aspecto de la filosofía marxista, a los fines de permitir que las afirmaciones en juego resultasen comprobables o refutables.

Cohen sintetizó la visión marxista en dos tesis fundamentales. Una primera tesis es la de la primacía de las fuerzas productivas, que sostiene que las fuerzas productivas constituyen un factor explicativo primario para entender los cambios sociales de larga escala, y la estabilidad de las estructuras sociales. La segunda tesis es la del desarrollo, según la cual las fuerzas productivas se desarrollan a lo largo de la historia, permitiendo que las estructuras sociales menos productivas sean reemplazadas por otras más productivas[27].

Para la mayoría de los marxistas analíticos los análisis de Cohen se presentaban como lúcidos y claros, pero poco convincentes. Fueron muchos, entonces, los que polemizaron con Cohen, destacándose al respecto una famosa y prolongada disputa entre éste y Jon Elster[28]. Las críticas a Cohen fueron de diverso tipo. Hubo quienes se centraron, fundamentalmente, en objeciones empíricas a las dos tesis anteriores, que trataron de mostrar de qué modo varios casos de la historia desmentían aquellas afirmaciones[29]. Otros, en cambio, cri-

---

[27] Ver, G. A. Cohen, *Karl Marx's...*

[28] Dentro de una larga serie de trabajos ver, en particular, Jon Elster, «Review of G. Cohen: Karl Marx's Theory of History», *Political Studies* 28 (1980): 121-8; o su «Marxism, Functionalism, and Game Theory», *Theory and Society* 11 (1982): 453 82; y la réplica de Cohen a este último trabajo, «Reply to Elster: Marxism, Functionalism, and Game Theory», *Theory and Society* 11 (1982): 483-96.

[29] Ver, por ejemplo, el trabajo de un autor «liberal igualitario», como Joshua Cohen, «Review of Karl Marx's Theory of History: A Defense, by G. A. Cohen», *Journal of Philosophy* 79:266-70 (1982).

ticaron la limitación de explicaciones como las de Cohen en lo que hace a cuestiones fundamentales para los analíticos como (entre otras) las mencionadas cuestiones motivacionales. Cohen, por ejemplo, dice por qué se producen ciertos cambios en la estructura productiva (se producen porque son los que facilitan el crecimiento de las fuerzas productivas), pero no aclara cómo es que se van a producir esos cambios. No se explica, fundamentalmente, como es que distintos agentes van a confluir en la determinación de tales cambios. Y aquí se agrega otro clásico planteamiento de los analíticos, derivado de la apelación al individualismo metodológico, del recurso a la teoría de los juegos, y del estudio de los problemas de la acción colectiva. La idea, en este caso, es que las conductas colectivas suelen generar problemas de coordinación, por lo que no es obvio cuál puede ser el resultado de una multitud de individuos actuando conjuntamente: puede que tales acciones individuales lleven al crecimiento de las fuerzas productivas, como puede que no[30]. Esta afirmación puede ilustrarse con un ejemplo. En el capitalismo, individuos que actúan de modo autointeresado, e intercambian bienes entre ellos, pueden generar un incremento en la productividad general del sistema en tanto y en cuanto existan ciertas instituciones políticas y sociales que hagan posible un adecuado funcionamiento del mercado (así, derechos de propiedad estables, cte.). Ejemplos como éste nos dicen, por una parte, que la primera tesis de Cohen (sobre la primacía explicativa de las fuerzas productivas en el estudio de cambios sociales, cte.) es dudosa ya que, a nivel explicativo, el recurso a las fuerzas productivas es tan importante como lo es la apelación al comportamiento racional de los individuos, o a instituciones como las mencionadas. La segunda tesis de Cohen también parece afectada, ya que no se explica por qué es que los problemas de coordinación van a tender a resolverse con el paso del tiempo. En este sentido, la objeción consistiría en marcar una enseñanza típica de los estudios acerca de la acción colectiva y la teoría de los bienes públicos: una acción puede frustrarse, aunque todos tengan intereses comunes y actúen racionalmente, por la pretensión de cada uno de lograr los beneficios en cuestión incurriendo en los menores costos personales posibles[31].

Críticas como las mencionadas, apoyadas en un renovado arsenal teórico, y llevadas adelante por la mayoría de los analíticos, arrojan

---

[30] Este tipo de críticas han sido desarrolladas, por ejemplo, por Alien Buchanan, en su trabajo, «Marx, Morality, and History: An Assessment of Recent Analytical Work on Marx», *Ethics* 98 (1987): 104-136.

[31] Ver, típicamente, Mancur Olson, *The Logic of Collective Action* (Cambridge, Harvard U. P., 1965).

fuertes dudas sobre la plausibilidad de las clásicas reflexiones marxistas sobre la filosofía de la historia.

Teoría de la revolución

En el análisis de la factibilidad de los movimientos revolucionarios pueden clarificarse algunas cuestiones enunciadas en el punto anterior, vinculadas con los problemas propios de la acción colectiva. La revolución, en efecto, representa un típico caso de comportamiento grupal estudiado por el marxismo, y sujeto a predicciones poco claras. A continuación voy a presentar una serie de observaciones sugeridas, en este campo, por los marxistas analíticos.

i) En primer lugar, se plantean dudas en cuanto a que pueda producirse una revolución comunista en el momento de mayor expansión de las fuerzas productivas capitalistas, tal como lo creía Marx. Más allá del fundamental hecho de que la historia tendió a negar esta tradicional creencia, los analíticos destacan lo irrazonable de tal criterio, en cuanto a su base motivacional. Es comprensible -sostienen- que los trabajadores tiendan a resistirse a cargar con los gravísimos costos de la transición al comunismo, en momentos de hiperproductividad capitalista: tal apuesta implica resignar lo que se tiene (aunque sea muy poco), en pos de una utopía incierta, y que implica el tránsito por un camino plagado de riesgos[32]. Como dice Elster, cierto grado de miopía y de aversión al riesgo pueden predisponer a los obreros, más bien, a una actitud de rechazo a la revolución[33].

ii) Se puede sostener, sin embargo, que la revolución comunista va a darse cuando a las mencionadas condiciones objetivas (un sistema capitalista hiperproductivo, incapaz de seguir expandiéndose) se sumen otras, subjetivas, como las típicamente producidas por el capitalismo: alienación, explotación, etc[34]. Ocurre, de todos modos, que es dudoso que las mencionadas condiciones objetivas y subjetivas se reúnan en un mismo contexto. Más bien, parece que la revolución se ha

---

[32] De acuerdo con Przeworski, el socialismo puede ser efectivamente más exitoso que el capitalismo en la satisfacción de los intereses materiales de los obreros. Sin embargo, aún así, puede resultar más racional para los trabajadores el no optar por el socialismo. Ello debido, antes que nada, a los costos de la transición. Pero, adicionalmente también, debido a la posibilidad de pactar un cierto «modus vivendi» con la clase de los capitalistas. Dados estos elementos, la persecución misma del socialismo puede llegar a convertirse en un proyecto no racional. Ver, por ejemplo, Adam Przeworski, *Capitalism and Social Democracy* (Cambridge U. P., 1985). También, de Przeworski junto a J. Sprague, *Paper Stones* (Chicago U. P., 1986).

[33] Jon Elster, *An Introduction...,* pág. 160.

[34] Ver, por ejemplo, Jon Elster, *Making Sense...*

hecho presente en sociedades económicamente «atrasadas», en donde la mencionada confluencia de condiciones no se encontraba presente.

iii) En tercer lugar, debe destacarse que la revolución, vista como cualquier otro «bien público», se encuentra sujeta a los problemas del «colado» o «free-rider» que suelen presentarse en la persecución de tales bienes[35]. El problema del «colado» aparece cuando algunos individuos ven que la producción del bien público deseado les implica graves costos pero que, si dicho bien se produce, los beneficia igual. La tendencia, entonces, es a no contribuir a la producción de dicho bien, con la esperanza de salvarse de cualquier costo y, a la vez, beneficiarse de la posible actuación de los demás. Piénsese, por ejemplo, en los procesos inflacionarios: todos saben que se alcanza un beneficio colectivo si todos contribuyen no aumentando los precios. Sin embargo (a menos que se tomen ciertas medidas al respecto) cada uno tiende a aumentar los precios con la expectativa de beneficiarse (sin incurrir en costos) si todos los demás mantienen los precios bajos (y no perjudicarse, si todos los demás también los aumentan). Esto es, actuando racionalmente, todos tienden a asumir la conducta del «colado», con el consiguiente perjuicio general.

Según los analíticos, en la revolución se presentan problemas idénticos a los mencionados. En este caso, las situaciones posibles serían las siguientes:

		Los otros	
		P	no P
Uno	P	2	4
	no P	1	3

Siendo: P: participan; no P: no participan

La idea es que respecto de una revolución, la situación óptima se produce cuando uno participa, y los demás también lo hacen

[35] Se habla de un bien público cuando el bien en cuestión requiere, para ser producido, de la actividad de un grupo de gente; una vez obtenido, beneficia a todos (aún a aquellos que no contribuyeron a producirlo); implica costos para todos aquellos que contribuyen a alcanzarlo; y tiene beneficios que, una vez obtenidos, superan a los costos mencionados. Un caso que puede ilustrar perfectamente las condiciones mencionadas puede ser el de la mantención de un medio ambiente sano.

(situación 2). Aquí, todos incurren en ciertos costos, pero todos terminan beneficiándose. La peor situación posible (4) se produce cuando uno contribuye a provocar la revolución, pero todos los demás no. Lo que el gráfico trata de decir es que la situación óptima (2) tiende a ser desplazada por otra (1), ya que todos tienen la expectativa de beneficiarse de la acción de los demás, sin incurrir en ningún costo. El resultado, entonces, es la no producción del bien deseado, ya que todos terminan viendo a 1 como el curso de acción más racional[36].

iv) Finalmente, los analíticos destacan que Marx, en su teoría acerca de la revolución, sostenía dos afirmaciones aparentemente implausibles. Por un lado, que los proletarios iban a ser capaces de superar problemas de acción colectiva, como los referidos. Por otro lado, que los capitalistas iban a ser incapaces de superar iguales problemas. Ambas afirmaciones, de todos modos, parecen desacertadas. La primera, debido a que en el contexto capitalista, según vimos, los obreros tienden a resistirse a incurrir en los costos necesarios para una revolución: estos costos son muy altos y además, normalmente, los trabajadores tienen bastante más que perder, además de sus cadenas[37]. En cuanto a la segunda afirmación, ésta también se muestra implausible. La idea marxista tradicional sería que, ansiosos por extraer más y más plusvalía, y aumentar así su tasa de ganancia, los capitalistas tienden a comportarse irracionalmente, llevando a los trabajadores a una situación de absoluta miseria, que empuja a éstos a la revolución. Lo que en realidad parece ocurrir, sin embargo, es que los capitalistas (a diferencia de los obreros) tienen a su disposición los medios suficientes como para coordinar sus acciones y superar así problemas que amenazan a todos los miembros de su clase. Por ejemplo, cuentan con medios para facilitar la comunicación entre ellos; establecer sanciones para los que no cooperen (aumentando así los costos de la no contribución a los objetivos comunes); etc. Tales medios no sólo facilitan la acción colectiva entre los capitalistas, sino que también pueden ayudar a dificultar la cooperación

[36] Ver, por ejemplo, Allen Buchanan, *Marx and Justice,* cap. 5.

[37] Estas comprobaciones muestran la dificultad de los movimientos revolucionarios en contextos capitalistas. Pero ellas no niegan la posibilidad de tales movimientos en otros contextos; y ni siquiera la viabilidad de acciones concertadas de los trabajadores, dentro del capitalismo, en tanto y en cuanto se presenten ciertos elementos adicionales. Por ejemplo, modos de incrementar los costos de los no participantes (a través de sanciones formales o informales); un liderazgo de características excepcionales; instituciones que coordinen eficientemente los esfuerzos de los obreros; etc. Quedan dudas, sin embargo, de hasta qué punto estas medidas pueden ayudar a disminuir los costos de la transición revolucionaria, y eliminar el problema del «colado».

entre los obreros[38]. La situación final, en conclusión, tiende a ser la inversa de la prevista por Marx (en cuanto anticipaba la cooperación entre los trabajadores y la irracionalidad de los capitalistas). Este tipo de comprobaciones, según me parece, deben ayudarnos a replantear las posibilidades y las condiciones de la acción grupal hacia el socialismo.

Explotación

Los nuevos presupuestos reconocidos por los marxistas analíticos llevan a profundos replanteos, también, en tradicionales conceptos como el de la explotación. Una primera y decisiva observación es marcada por G. A. Cohen: una vez que aceptamos que la categoría de los obreros ya no se superpone con la de los necesitados -señala Cohen- «estamos forzados a elegir entre el principio de que tenemos derecho al producto de nuestro trabajo, implícito en la doctrina de la explotación, y un principio de igualdad de cargas y beneficios que niega el derecho al producto del trabajo de uno y que es necesario para defender el apoyo a los más necesitados que no son productivos y que, como resultado, tampoco se encuentran explotados»[39].

Esta necesidad de repensar la idea de explotación se acompaña con otros datos adicionales, derivados de la renovada postura normativa de los analíticos. Fundamentalmente, la mayoría de los marxistas analíticos no estarían dispuestos a reconocer como explotadoras aquellas situaciones en donde una persona trabaja a las órdenes de otro luego de haber elegido (en un sentido fuerte del término) hacerlo. Tomemos este típico caso, presentado por John Roemer (tal vez el que más ha escrito sobre el tema de la explotación, de entre los miembros del «grupo de septiembre»). Dos personas, Karl y Adam (!), son los únicos habitantes de un cierto territorio. Ambos nacen dotados con idénticas asignaciones, en una situación de absoluta igualdad. Los recursos con los que cuentan les permiten vivir cómoda-

[38] Marx supo advertir algunos de los recursos que los capitalistas tenían a su disposición para dificultar las acciones grupales de sus adversarios. Por ejemplo, eligiendo una tecnología inferior, frente a otra superior, pero capaz de ayudar a que los obreros trabajen más integradamente (ver, por ejemplo, Jon Elster, *Explaining Technical Change,* Cambridge U. P., 1983). En la actualidad, es común que se ofrezcan incrementos de salarios, rompiendo así la homogeneidad de los reclamos obreros, «dividiendo para reinar».

[39] G. A. Cohen, *Equality..., op. cit.,* pág. 10. En sentido similar, ver su trabajo «Marxism and Contemporary Political Philosophy, or: Why Nozick Exercises some Marxists more than he does any Egalitarian Liberals», *Canadian Journal of Philosophy* (Sup. vol. 16, 1990).

mente por el resto de sus vidas, con un mínimo de trabajo. Sin embargo, Karl y Adam difieren en sus preferencias en cuanto a cómo distribuir el trabajo y el ocio. Karl quiere disfrutar de su juventud, y trabajar sólo en la última etapa de su vida. Adam, en cambio, prefiere trabajar en su juventud, y descansar cuando se acerque a la vejez. De ahí que, llegados a la mitad de sus vidas, Adam ha multiplicado sus recursos, y Karl ha consumido todo lo que tenía. Luego, y conforme a los planes que habían escogido en un comienzo, Karl va a trabajar en favor de Adam, y éste comienza su período de descanso. Para Roemer, en tal caso no se presenta una situación de explotación, ya que Karl ha elegido su destino del modo más autónomo posible: ninguna desigualdad lo afectaba; tampoco puede hablarse de ninguna «manipulación» o distorsión cognitiva. Él era plenamente consciente de la decisión que tomaba para su futuro[40]. Sin embargo, señala Roemer, las más tradicionales visiones marxistas calificarían de explotadora la situación en la que Karl va a trabajar en favor de Adam, aún cuando admitan que es el resultado de una elección de la que Karl es plenamente responsable y consciente. Clásicamente, éste sería el criterio de aquellos que entienden que hay explotación cuando «un sujeto utiliza en la producción más horas de las que se encuentran incorporadas en los bienes que puede comprar con las rentas de lo que produce».

Frente a este tipo de posturas, más ortodoxas, Roemer defiende una polémica noción de explotación, que intenta hacerse cargo de observaciones como la presentada en el ejemplo anterior. A su entender, la explotación implica un desigual acceso a los medios de producción, siendo concebida como una «consecuencia distributiva de una injusta desigualdad en la distribución de los recursos y los activos productivos»[41]. Para reafirmar las enormes diferencias entre la visión de Roemer y las posiciones más tradicionales, puede ser conveniente recurrir a otro ejemplo. Tomemos, por caso, la siguiente situación. En una sociedad x, A recibe, al momento de nacer, una maquinaria importante, superproductiva; y B recibe, en cambio, una menos eficiente, pero que le permite producir lo necesario para vivir con comodidad el resto de sus días. Sin embargo, A tiene una enorme voracidad de consumo, lo que lo lleva a pedirle trabajo extra a B

---

[40] Ver, John Roemer, «What is Exploitation? Reply to Jeffrey Reiman», *Philosophy and Public Affairs* (1989). Ver, del mismo autor, «Should Marxists be Interested in Exploitation?», *Philosophy and Public Affairs* 11 (1985); «Property Relations vs. Surplus Value in Marxian Exploitation», *Philosophy and Public Affairs* 11 (1982); o *A General Theory of Exploitation and Class* (Cambridge, Harvard U. P., 1982).

[41] Ver, John Roemer, «Should...», pág. 65.

(a pesar de que A, con su máquina, es capaz de producir mucho más que B). Para las concepciones más tradicionales, B estaría explotando a A. Para Roemer, en cambio, o no habría explotación, o A estaría explotando a B (!)[42].

La concepción de Roemer sirvió para marcar resultados contraintuitivos propios de las más habituales aproximaciones a la idea de explotación. Sin embargo, la suya parece ser, todavía, una postura inatractiva. Como mínimo, ella se muestra basada en una teoría de la justicia no fundamentada (¿por qué es injusta toda desigualdad en la distribución de los medios de producción?).

Cualquiera sea la plausibilidad de la particular propuesta de Roemer, lo cierto es que, a partir de la brecha por él abierta, que implicó incluir como parte integrante del concepto de explotación a la idea de justicia[43], renació la preocupación por dicho concepto, y se propusieron otras posibles definiciones de la explotación.

G. A. Cohen, por ejemplo, ligó tal concepto a la «carencia de reciprocidad». Sintéticamente, de acuerdo con su visión, el acento tiene que estar puesto en que, durante el proceso productivo, los trabajadores producen «cosas que tienen valor» y agentes no productivos (los empresarios) obtienen el beneficio mayor. La objeción al capitalismo, entonces, vendría formulada en términos de «falta de reciprocidad». En este sentido, la postura de Cohen parece atractiva. Ella tiene, además, la virtud de prescindir de la tan vapuleada «teoría del valor» marxista[44]. Sin embargo, esta concepción también parece abierta a críticas de peso (¿por qué considerar todos los aportes empresariales como superfluos?; ¿cuándo deja de haber «falta de reciprocidad»?; etc.).

Suscribiendo una línea similar a la de los anteriores, Jon Elster afirma que la idea más «ortodoxa» de explotación carece de valor moral fundamental porque (según vimos en los ejemplos previos), situaciones que tradicionalmente pueden ser descriptas como explotadoras no encierran siempre algo reprochable. Y, como Cohen y Roemer, tiende a ligar la idea de explotación con cierto principio normativo de equidad como el de «darle a cada uno de acuerdo con

---

[42] John Roemer, «What is...». La duda, en la postura de Roemer, se debe a una cierta modificación en su concepción originaria de la explotación. Roemer parece exigir, ahora, que el individuo explotador, para ser calificado de tal, obtenga ventajas a partir del trabajo del otro, además de tener la ventaja de una desigual distribución en los medios productivos.

[43] Ver, Jeffrey Reiman, «An Alternative to "Distributive" Marxism: Further Thoughts on Roemer, Cohen and Exploitation», *Canadian Journal of Philosophy* (sup. vol., 15), 1989.

[44] Ver, G. A. Cohen, «The Labor Theory of Value and the Concept of Exploitation», *Philosophy and Public Affairs* 8, n.º 4 (1979).

su contribución». Así, resulta que «la explotación, cuando está mal, está mal no sólo porque es explotación sino porque se agregan otros rasgos adicionales»[45]. Por ejemplo, cuando está unida a la coerción física; cuando, sin faltas que sean atribuibles a los mismos trabajadores, se fuerza a los mismos a vender su fuerza de trabajo; etc.[46]

Todas estas distintas visiones de la explotación, en definitiva, resultan intentos todavía incompletos, destinados a reforzar o reformular un concepto que (en los términos en que se lo planteaba habitualmente) parecía o demasiado ambicioso, o muy confuso, o directamente contraintuitivo, en alguna de sus aplicaciones. Los marxistas analíticos, en este sentido, han tratado de distinguir claramente los planos descriptivos de los normativos, y de mostrar las posibilidades y límites de diferentes conceptos de explotación.

¿Qué alternativas?

Hemos visto, hasta el momento, muchas de las críticas formuladas desde el marxismo analítico hacia las versiones más tradicionales del marxismo. Tomadas en serio, estas críticas implican dejar de lado importantes piezas del típico armazón marxista. Sin embargo, esta actitud de «rechazar lo rechazable» no lleva a los analíticos a conformarse con un modelo (ahora) un tanto «impotente» de marxismo. Por el contrario, la mayoría de ellos se han concentrado en la elaboración de posibles alternativas al capitalismo: alternativas, en todos los casos, respetuosas de los mismos criterios básicos que les sirvieron para confrontar con el marxismo más ortodoxo. Así, en líneas generales, sus propuestas (diversas, y no siempre consensuadas entre todos ellos) han procurado «economizar en información y confianza» (dos virtudes que, en general, los sistemas de economía planificada no tienen); aceptar ciertos criterios de eficiencia; tomar en cuenta el problema de las externalidades; y fundamentalmente, orientarse hacia la autorrealización individual y (lo que constituye su contracara) la disminución o eliminación de la alienación en el trabajo[47].

Entre las distintas propuestas presentadas por los marxistas analíticos voy a detenerme particularmente en dos, debido a la difusión y la relativa aprobación académica que han recibido.

---

[45] Jon Elster, *An Introduction...,* pág. 196.

[46] Ver también, en este sentido, G. A. Cohen, «Are Workers Forced to Sell Their Labor Power?», *Philosophy and Public Affairs,* vol. 14, n.º 1 (1985).

[47] Estos criterios, por ejemplo, enunciados en Jon Elster y Karl Ove Moene, «Introduction» en un libro editado por ambos autores, *Alternatives to Capitalism* (Cambridge U. P., 1989).

i) Ingresos básicos universales

Una de las ideas más notables (y que más polémica han generado al interior de la corriente analítica) es la presentada, originariamente, por Philippe Van Parijs y Robert Van der Veen, y anunciada como «una vía capitalista al comunismo»[48]. La idea en cuestión consiste en asegurar a todos los individuos un ingreso suficiente para satisfacer sus necesidades básicas, que sea independiente (incondicional) respecto de trabajos actuales o pasados, de sus necesidades particulares, etc. Los presupuestos a partir de los cuales se formula esta propuesta son los siguientes. Primero, la existencia de una situación de desempleo estructural y no meramente coyuntural[49]. Segundo, el hecho de que (al menos en el mundo desarrollado) la sociedad ya habría llegado a un nivel de «abundancia relativa» como el que resulta precondición para la instalación de una sociedad comunista.

Respecto del enfoque tradicional sobre el comunismo y la transición hacia el mismo, la presentación de Van der Veen y Van Parijs implica algunas modificaciones importantes. Por ejemplo, en ella se dejan de lado algunos tradicionales (y básicos) compromisos con ideas como las de igualdad de renta; propiedad pública de los medios de producción; o una planificación global de la economía. Más aún, ellos descartan la necesidad de una «etapa socialista intermedia» como vía para llegar al comunismo (debido, sobre todo, a que el socialismo se muestra ineficiente para la creación de la riqueza que el comunismo necesita y que, aparentemente, el capitalismo ya habría creado).

De todos modos, y a pesar de sus «rupturas» con ciertas convicciones tradicionales del marxismo, se ratifican aquí acuerdos muy sustanciales con aquella vieja tradición. Por ejemplo, la idea de que todos los individuos tienen que ver sus necesidades básicas satisfechas; o la de que debe existir independencia entre lo que una persona aporta a la producción y lo que recibe como resultado de dicho proceso productivo. De modo igualmente importante, la propuesta del ingreso básico garantizado implica un extraordinario intento por abolir la alienación. Ello porque el trabajo (luego de extendidos los subsidios) ya no estaría atado a las recompensas externas (de ahí que

[48] Philippe Van Parijs, Robert Van der Veen, «A Capitalist Road to Communism», *Theory and Society* 15 (1988).

[49] Ver, por ejemplo, Adam Przeworski, «The Feasibility of Universal Grants Under Democratic Capitalism», *Theory and Society,* 15, 1987. Según Przeworski, «no hay en perspectiva una solución económica al creciente desempleo». Ver, también, Clauss Offe, «A Non-Productivist Design for Social Policy», en *Arguing for Basic Income. Ethical Foundations for a Radical Reform,* ed. por Philippe Van Parijs (Verso. Londres, New York, 1992).

resulten prácticamente eliminados los trabajos forzados o penosos). Ya nadie se vería en la obligación de aceptar aquello que no quiere, pues su subsistencia pasaría a estar asegurada con la provisión del subsidio. La alienación en el trabajo, en este sentido, resultaría eliminada en un contexto en el cual el que trabaja, trabaja si quiere, y en aquello que prefiere[50].

Los mencionados, entonces, podrían ser algunos de los beneficios aparejados por la introducción del ingreso universal[51]. Pasemos entonces, a continuación, a enumerar algunos de los posibles problemas que la idea de los subsidios universales parece implicar. Las dificultades a las que voy a hacer referencia tienen que ver, fundamentalmente, con dos tipos de problemas: los que se presentan para tornar al proyecto «económicamente» viable; y los que se presentan para tornarlo «políticamente» viable.

En primer lugar, se señalan los enormes problemas que, aún sociedades altamente desarrolladas, podrían encontrar para hacer frente al pago de los «subsidios». Aquí aparecen cuestiones como la de si los trabajadores seguirán teniendo incentivos para trabajar, una vez que se les garantice la cobertura de sus primeras necesidades; o la de si los capitalistas seguirán motivados para invertir, luego de las exacciones que se practiquen sobre sus ganancias, a los fines de pagar tales «subsidios». Las respuestas no son unánimes en ninguno de estos casos. Sin embargo, según entiendo, hay por lo menos algo que parece quedar en claro: casi todos parecen coincidir en que los «subsidios universales» y el capitalismo democrático resultan dos ideas muy difíciles de compatibilizar[52].

---

[50] La idea es que el trabajo (ligado ahora a las preferencias individuales) pasaría a ser tan atractivo que «ya no sería trabajo». Alec Nove, «A Capitalist Road to Communism. A Comment», *Theory and Society,* 15, 1987.

[51] Además, posibilitarían que cada uno desarrolle sus propios y personales proyectos; permitirían reducir el estigma que suele acompañar a los desempleados; ayudarían a la reducción de la economía en negro; favorecerían la igualdad sexual (al dotar de un igual poder económico al hombre y la mujer, y dejarlos, en principio, con igual tiempo libre); etc. Ver, Gunnar Lindstedt, «Un salario social mínimo (garantizado) para todos», Zona Abierta 46-47 (Madrid, enero-junio de 1988), pág. 6. Guy Standing, «The Need for a New Social Consensus», en *Arguing for Basic Income...,* pág. 59.

[52] Así formulado, por ejemplo, en Adam Przeworski, «The Feasibility...», *op. cit.* Erik Olin Wright también se ocupó en dejar en claro que los defensores de los «subsidios» se han apresurado al decretar la «innecesariedad» del socialismo, en el camino hacia la «sociedad de la libertad». La idea es la siguiente: Una vez que se decidan a aplicar los mencionados «subsidios», sería fácil predecir un inmediato movimiento de migración de individuos y de capitales que tornarían imposible la implementación de los mismos. Esto es, en caso de que se quiera asegurar la viabilidad de los «subsidios», se deberán tomar medidas como la de nacionalizar los capitales, impedir su evasión; privarles a los capitalistas del derecho de invertir o desin-

Según señalara, el otro tipo de críticas que la idea de «subsidios universales» acostumbra a recibir tiene que ver con la «viabilidad política» de los mismos. Aún para autores como Clauss Offe, en general favorables a la instrumentación del proyecto, resulta una incógnita el cómo obtener una alianza de fuerzas políticas y sociales lo suficientemente amplia como para dotar de apoyo a los «subsidios»[53]. Otros pensadores, como Jon Elster, son todavía más críticos, hasta el punto de llegar a sugerir que, no sólo resultaría imposible encontrar tal apoyo masivo, sino que además las mayorías harían bien en restar soporte a ideas como la del «basic income». Las observaciones de Elster, en este sentido, son fundamentalmente dos. La primera, de aroma «hayekiano», consiste en señalar la incapacidad humana para planificar una reforma institucional de la magnitud de la propuesta por Van Der Veen y Van Parijs[54]. Por otro lado, y más centralmente, Elster sostiene que las mayorías rechazarían la propuesta de los «subsidios universales» debido a la incapacidad de la misma de reflejar, de un modo sencillo y claro, principios de justicia plausibles. Según este autor, en materia de justicia, la noción de los «subsidios» parece más bien apelar a un principio de características inaceptables, como el de permitir la «explotación de los industriosos por los perezosos»[55].

En definitiva, la propuesta de un «ingreso básico garantizado» se muestra todavía inmadura, a pesar (creo) de sus indudables atractivos. En tal sentido, resulta auspicioso que ella siga siendo objeto de un muy intenso y sofisticado debate (sobre todo, en el ámbito académico europeo).

---

vertir donde quieran; etc., todo lo cual, obviamente, parece desmentir con creces la utopía de Van Der Veen y Van Parijs acerca de una «vía capitalista al comunismo». (Ver estas críticas en Erik Olin Wright, «Why Something Like Socialism is Necessary for the Transition to Something Like Communism», *Theory and Society,* 15, 1987. En idéntico sentido ver, en la misma publicación, Joseph Carens, «The Virtues of Socialism»). Las críticas de gente como Wright resultaron suficientes como para obligar a dichos autores a reconocer la necesidad de «un cierto socialismo», para llevar adelante el ideal que defienden (Así, en Robert Van der Veen; Philipe Van Parijs, «Universal Grants versus Socialism. Reply to Six Critics», *Theory and Society,* 15, 1987).

[53] Clauss Offe, «A Non-Productivist...», *op. cit.,* pág. 74.

[54] Según él, las consecuencias de semejante propuesta serían tantas, y tan gravosas, que el llevarla adelante aparecería más bien como un «aventurerismo».

[55] En efecto, esto es lo que aparece cuando se autorizan situaciones como la de que una persona obtenga su «subsidio» sin trabajar, aún cuando esté capacitado para hacerlo, y tenga una buena oferta de trabajo disponible. Para Elster, una política que permita este tipo de situaciones resulta muy difícil de aceptar, al no apelar a un sentido básico de imparcialidad o equidad (lo que él llama, remitiéndose a Thomas Schelling, «puntos focales», más fáciles e inmediatamente susceptibles de aprobación). Jon Elster, «Comment on Van Der Veen y Van Parijs», *Theory and Society,* 15, 1987.

ii) Socialismo de mercado

Otra importante propuesta presentada por defensores del marxismo analítico se refiere al llamado «socialismo de mercado». Tan polémicos como los anteriores, sin embargo, los estudios relativos al «socialismo de mercado» parecen haber generado, al menos, un mayor consenso entre los miembros del «grupo de septiembre».

Basado en los viejos proyectos de Oskar Lange y Fred Taylor,[56] el «socialismo de mercado» extiende los alcances de las ideas de aquellos autores. La nota esencial de ambos modelos es que en ellos se trata de hacer compatible cierto rol del mercado con la ausencia de la propiedad privada de los medios de producción. En el primero de tales diseños, el mercado funciona respecto de los bienes de consumo, y respecto del trabajo; pero resulta eliminado respecto de la producción de bienes. En este caso es el gobierno quien, a través de un comité central de planificación, determina cómo asignar los recursos productivos; y cómo y cuánto invertir. Este comité debe seguir una política de «ensayo y error» para llevar adelante sus políticas, dada la ausencia de precios de bienes productivos que le indiquen cómo comportarse (por ello, dicho comité debe bajar o subir los precios del bien producido de acuerdo con la respuesta del mercado consumidor).

En el «socialismo de mercado» más actual (definido por Elster como «un sistema de cooperativas de trabajadores que toman parte en transacciones de mercado unas con otras»)[57], el rol del mercado se extiende también a la producción de bienes. Según un pionero y agudo estudio de Allen Buchanan, el moderno «socialismo de mercado» podría ser distinguido por los siguientes rasgos: a) todos los precios (como adelantáramos), incluidos los de los bienes de producción, son fijados por el mercado; b) el gobierno central desarrolla el plan general de inversiones, recogiendo recursos de impuestos sobre las tasas de ganancia de las empresas. No establece el precio de los bienes; e interviene en la reducción del desempleo; c) las empresas son manejadas por los trabajadores. Ellas compiten entre sí en el mercado del consumo, y además, en la puja por recibir fondos públicos (a una tasa de interés determinada por el estado); d) los trabajadores definen, al interior de cada compañía, qué y cómo producir, y cómo distribuir las ganancias obtenidas; e) todos los trabajadores contribuyen, democráticamente, a la toma de todas las decisiones

---

[56] Oskar Lange y Fred Taylor, *On the Economics of Socialism,* ed. por B. E. Lippincott (New York, McGraw Hill, 1956). Ver también, por ejemplo, Alec Nove, *The Economics of Feasible Socialism* (Londres, Allen & Unwin, 1983).

[57] Jon Elster, *Making Sense...,* pág. 449.

básicas de la empresa (pudiendo, aún, elegir la delegación de estas decisiones en una autoridad más concentrada)[58].

La propuesta del «socialismo de mercado» se vio acompañada, inmediatamente luego de formulada, por innumerables elogios y críticas. A continuación, voy a hacer una breve referencia a tales comentarios[59].

En cuanto a las virtudes de la mencionada propuesta, podrían mencionarse varias. En primer lugar, el no ser vulnerable (como las propuestas de una «planificación centralizada») a la típica crítica, fundada en Hayek, acerca de la imposibilidad del socialismo de conocer y usar toda la información necesaria para hacer funcionar eficientemente un sistema económico. En este caso, como en el de la mayoría de las economías capitalistas, la información la provee el mismo mercado, lo cual elimina los problemas «epistemológicos» que preocupaban a Hayek. Adicionalmente, y dado el rol más amplio que asume el mercado, en este caso, se salvan problemas como los que pueden presentarse frente al modelo de Lange-Taylor (un permanente proceso de «ensayo y error» tratando de determinar qué producir; posibles pérdidas de eficiencia, debidas a este mismo proceso)[60]. En segundo lugar, el «socialismo de mercado» superaría a los modelos «simples» de mercado, en cuanto estos últimos «no alcanzan a una eficiente asignación de recursos en la presencia de externalidades»[61]. Esto, tanto en lo que hace a la prevención de externalidades negativas (polución, por ejemplo), como en lo que hace a las externalidades positivas (inversión en educación, por ejemplo). En tercer lugar, este modelo permitiría enfrentar mejor el problema del desempleo, a través del control centralizado de las inversiones, por parte del gobierno. En cuarto lugar, el «socialismo de mercado» favorece, al menos de un modo más completo que otros sistemas, la autorrealización de los trabajadores en su lugar de trabajo (al otorgarles a aquéllos, por ejemplo, el derecho a tomar parte en todas las decisiones de la empresa; etc.)[62]. En último lugar, y tal vez lo más importante, la propuesta en cuestión resulta atractiva

---

[58] Allen Buchanan, *Ethics, Efficiency, and the Market* (Rowman & Allanheld, N. Jersey, 1985), p. 106.

[59] La mejor reseña que puede encontrase al respecto, sin duda, es *Market Socialism. The Current Debate,* ed. por John Roemer y Pranab Bardhan (Cambridge U. P., 1993).

[60] Allen Buchanan, *Ethics...*

[61] John Roemer, «The Possibility of Market Socialism», *The Idea of Democracy* (Cambridge U. P., 1993), ed. por David Copp; Jean Hampton; y John Roemer, p.349. También, del mismo autor, «The Morality and Efficiency of Market Socialism», *Ethics* 102 (1992): 448-64.

[62] Ver, Jon Elster, *Making Sense...,* pág. 455; y su trabajo «Self-Realization...»

en términos de igualdad distributiva. Según Adam Przeworski (quien, en líneas generales, se muestra escéptico frente a esta propuesta), «[l]a distribución del ingreso asociada [con el socialismo de mercado] resulta más igualitaria que la que se logra con el capitalismo, ya que los empleados reciben la totalidad de los ingresos generados por la firma»[63]. A modo de conclusión, un destacado representante de los analíticos, como Jon Elster, sostiene que el sistema en cuestión representa «el mejor compromiso» posible con muchos de los ideales defendidos por Marx, si aceptamos (quizás, contra los mismos criterios de Marx) que tales ideales no pueden ser todos realizados al mismo tiempo, y en su máximo grado[64].

Pasemos ahora a los posibles defectos del «socialismo de mercado.» Un primer punto que puede señalarse es que dicho proyecto podría seguir resultando vulnerable a los abusos y manipulaciones que se hicieron frecuentes en los países del «socialismo real». Piénsese, fundamentalmente, en el hecho de que un cuerpo burocrático es el que va a distribuir las inversiones públicas[65]. En segundo lugar, tampoco queda claro la (a veces alegada) superioridad de este sistema en términos de eficiencia y, en particular, sus virtudes en cuanto a la capacidad de motivar a sus miembros a maximizar ganancias[66]. En tercer lugar, el «socialismo de mercado» no puede eliminar muchos de los males que el socialismo se había propuesto erradicar: por ejemplo, no elimina la alienación de modo total; ni elimina la explotación (aunque, cabe reconocerlo, como señalamos con anterioridad, este sistema parece contribuir mejor que otros alternativos a la disminución de tales males)[67]. Peor aún, éste sistema es incapaz de erradicar del todo las desigualdades de ingreso (de hecho, las firmas que «comienzan mejor» tienden a ganar más que las que comienzan con menores recursos)[68] y como señala Cohen respecto de los sistemas de mercado, en general, todavía «motiva que [los aportes de cada uno dependan] no del compromiso de uno hacia los demás seres humanos y del deseo de servirlos a la vez que de ser servido por ellos, sino de la impersonal recompensa del dinero en efectivo»[69]. Finalmente (y aunque este problema no es atribuible, en

---

[63] Adam Przeworski, *Democracy and the Market* (Cambridge U. P., 1991), pág. 129.

[64] Jon Elster, *Making Sense...,* pág. 455.

[65] Ver, sobre todo, Allen Buchanan, *Ethics...,* pág. 113.

[66] John Roemer, convincentemente, trata de probar la falsedad de este último punto, en el mencionado trabajo «The Possibility...», parte IV.

[67] Ver, por ejemplo, Jon Elster, *Making Sense*..., pág. 453.

[68] Adam Przeworski, *Democracy...,* pág. 130.

[69] Ver, John Roemer, «The Possibility...». La cita de Cohen, tomada del mismo artículo de Roemer, proviene de «The Future of Disillusion», *New Left Review,* nº. 190 (nov.-dic., 1991).

sí, a las cooperativas), parece claro que las cooperativas pueden tener problemas en cuanto a asegurar su propia estabilidad. En este sentido, parece cierto que en un contexto capitalista, fundamentalmente, las cooperativas tienen dificultades para establecerse y desarrollarse. Entre otras razones, porque las ventajas que crean son absorbidas y aprovechadas por firmas que no incurren en los costos en que ellas incurren (piénsese, por ejemplo, en la formación de los trabajadores que, luego de educados, resultan cooptados por empresas no-cooperativas); y porque las mismas firmas capitalistas cuentan con medios como para discriminarlas y desalentar la integración cooperativa, en caso de sufrir la competencia por parte de éstas[70]. Más radicalmente aún, existe la seria amenaza de que la misma base democrática de las cooperativas resulte erosionada, por dinámicas del tipo de la descripta: por ejemplo, puede que los mismos trabajadores, decididos a vencer en su disputa con otras firmas (capitalistas o no), voten por la adopción de modelos más concentrados de toma de decisiones; o elijan sistemas menos igualitarios en cuanto a la distribución de los ingresos[71].

El balance final, luego de estas idas y venidas, parece incierto. De todos modos, entiendo que los mencionados estudios muestran la seriedad y la preocupación de los marxistas analíticos en cuanto a la proposición de alternativas al capitalismo, que resulten a la vez aceptables y alcanzables.

Algunas aclaraciones finales

El trabajo hasta aquí desarrollado, parece claro, es un trabajo fundamentalmente descriptivo. Sin embargo, soy consciente de que (como suele ocurrir en los trabajos descriptivos) he sido yo, como autor, el que seleccionó o dejó de lado distintas facetas del «marxismo analítico». En este caso, debo confesar, los pecados no han sido menores, ya que los temas de los que no me he ocupado (siquiera marginalmente) son numerosos y de enorme relevancia. Por ejemplo, no le he otorgado mayor espacio al tratamiento que el marxismo analítico hace de la cuestión de las clases sociales; ni de la concepción del estado; ni del problema del cambio tecnológico; ni del tema

[70] Un trabajo muy interesante al respecto es el de Jon Elster, «From Here to There; or, If Cooperative Ownership is so Desirable, Why are there so few Cooperatives?», Social Philosophy and Policy, vol. 6, n. 2 (1989). Ver, también, Adam Przeworski, Democracy..., pág. 126.

[71] Ver, Adam Przeworski, *Democracy...*. págs. 129-130. También, Allen Buchanan, *Ethics*..., pág. 114.

de la ideología; ni de la alienación (aunque sí de su contracara, entendida como la autorrealización); etc[72].

En tales omisiones me disculpan, al menos en parte, algunas buenas razones: la dificultad de tratar tal diversidad de temas; la certeza de que siempre aparecerían «nuevas fundamentales cuestiones» no tratadas; la falta de espacio; etc. Sin embargo, hay una razón más explícita y más central, acerca del por qué del particular «recorte» por el que he optado. Y ésta es la convicción de que el marxismo ha sufrido un proceso curioso, por el cual el aspecto que (tradicionalmente) parecía menos prestigiado, o más marginal, se ha ido convirtiendo en el que lo mantiene vivo. Me estoy refiriendo a la subyacente «teoría moral» marxista que, para figuras de peso como Louis Althusser, constituían meros «residuos ideológicos» en el pensamiento de Marx[73].

Muchos analíticos han encontrado, en aquel «residuo», el corazón de la contribución marxista a nuestra vida contemporánea. De allí es de donde se desprenden las bases para la crítica a la explotación, la alienación, y los abusos propios de las sociedades capitalistas modernas. Y es ésta, según me parece, la principal enseñanza que nos pueden dejar los marxistas analíticos y la que, en mi opinión, merecía examinarse, antes que ninguna otra.

---

[72] Jon Elster, *Making Sense,* cap. 2.

[73] Louis Althusser, *For Marx* (London: Allen Lane, 1969), en su explicito antihumanismo.

DOXA 17-18 (1995)

NORMAS SUPREMAS

0. La concepción estándar

Según una opinión muy difundida, los ordenamientos jurídicos son sistemas normativos:
(a) dinámicos,
(b) provistos de una estructura jerárquica,
(c) en cuyo vértice figura una norma «última» y «suprema».

Esta opinión no persuade.

En primer lugar, es empíricamente falso que los ordenamientos jurídicos modernos sean sistemas normativos puramente dinámicos.

En segundo lugar, la noción de estructura jerárquica no puede ser tratada como una noción unívoca y no problemática, ya que en los ordenamientos jurídicos evolucionados se entrelazan una multiplicidad de relaciones jerárquicas entre normas.

En tercer lugar, no es en absoluto pacífico que en el vértice de cada ordenamiento figure una sola norma (y no, en cambio, una multiplicidad de normas), y, de todos modos, la norma suprema es una variable que depende del tipo de relaciones jerárquicas a las que se hace referencia.

1. Criterios materiales de validez y de invalidez

Es dinámico todo ordenamiento en el que los criterios de existencia y validez de las normas son puramente «formales».

Es formal todo criterio que prescinda del contenido de las normas, haciendo exclusiva referencia al modo de producción de aqué-

llas (esto es, a grandes rasgos, a la identidad del sujeto que las produce y eventualmente al procedimiento de producción)[1]. Si esto es así, ningún ordenamiento moderno es puramente dinámico, en este sentido, al menos por dos razones:

(1) En primer lugar, todos los ordenamientos jurídicos modernos incluyen un criterio de *invalidez* que hace referencia al contenido de las normas[2].

En virtud de ese criterio son normas inválidas no sólo aquellas producidas en un modo distinto al establecido por las meta-normas que regulan la producción de normas, sino también aquellas que, a pesar de haber sido producidas «correctamente» desde el punto de vista formal, son incompatibles con normas jerárquicamente superiores. Por ejemplo, en los ordenamientos con una constitución rígida, es inválida toda ley que sea incompatible con la constitución; en casi todos los ordenamientos occidentales modernos, por otra parte, es inválido todo reglamento incompatible con la ley.

Es más, en realidad, algunas normas deben ser no sólo compatibles con las normas superiores, sino incluso deducibles de una norma superior, bajo pena de invalidez[3]. Por ejemplo, en todo Estado de derecho, es inválida toda decisión jurisdiccional que no sea deducible de una norma legislativa preexistente: «En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondrase como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena»[4].

(2) En segundo lugar, todos los ordenamientos jurídicos modernos incluyen un criterio de *validez* que hace referencia al contenido de las normas.

En virtud de ese criterio, son normas válidas del ordenamiento no sólo las normas «explícitas» -es decir, las normas expresamente for-

---

[1] H. Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (1934), trad. a cargo de B. Litschewsky y S. L. Paulson, Clarendon Press, Oxford, 1992; 56; Id., *General Theory of Law and State,* Harvard U. O., Cambridge (Mass.), 1945, págs. 112 s.; Id., *Théorie pure du droit* (1960), trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, París, 1962, págs. 258 y ss. Cfr. L. Gianformaggio (ed.) *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana,* Giappichelli, Torino, 1991.

[2] R. Guastini, «Invalidity», *Ratio Juris,* 7, 1994, págs. 212 y ss.; Id., *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto constituzionale,* Giappichelli, Torino, 1995, cap. 5.

[3] E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi,* Giappichelli, Torino, 1995, págs. 1 y ss.

[4] C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), § IV. N. de T.: para la traducción de la cita de Beccaria se ha seguido la versión española : C. Beccaria, *De los delitos y de las penas,* Alianza editorial (Trad. a cargo de J. A. de las Casas), Madrid, 1990, cap. 4.º, pág. 31.

muladas y promulgadas por (o emanadas de) una autoridad normativa competente según el procedimiento adecuado- sino también todas aquellas que están «implícitas» en las primeras[5].

¿En qué sentido se habla de «normas implícitas»? En este contexto, el vocablo «implícito» debe ser entendido en un sentido bastante amplio, de modo que incluya al menos tres clases de normas:

(a) las normas que pueden ser inferidas a partir de las normas explícitas según esquemas de razonamiento lógicamente válidos y sin la adición de ulteriores premisas (esto es, sin el empleo de premisas que no sean normas explícitas);

(b) las normas que pueden ser válidamente inferidas de las normas explícitas únicamente con la adición de premisas ulteriores; esto es, de premisas que no constituyan a su vez normas explícitas (por ejemplo, definiciones doctrinales de términos usados en la formulación de normas explícitas);

(c) las normas que pueden ser persuasivamente inferidas a partir de las normas explícitas según esquemas de razonamiento no deductivos y lógicamente inválidos (por ejemplo, entimemas, conjeturas sobre la *ratio legis,* argumentos analógicos, etc.).

Es en virtud de este criterio que todos los ordenamientos jurídicos están llenos de normas «implícitas», no expresadas, elaboradas por los juristas y por los órganos encargados de la aplicación del derecho, a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia *no* son fuentes «formales» del derecho. Desde este punto de vista, la caracterización de los ordenamientos jurídicos como sistemas esencialmente dinámicos parece descuidar la dimensión *lato sensu* normativa -productora de normas- que es propia de la dogmática y (lo que importa más) de la jurisprudencia.

2. Variedad de jerarquías normativas

La noción de estructura jerárquica no es unívoca. En todos los ordenamientos jurídicos evolucionados las normas están ligadas entre ellas por *múltiples* vínculos de «jerarquía»[6]. En mi opinión, se dan no menos de cuatro posibles tipos de jerarquías normativas:

---

[5] R. Guastini, «Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisis del ragionamiento giuridico», en L. Gianformaggio, E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale,* Laterza, Bari, 1986, págs. 173-201.

[6] A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto,* Comentario del código civil editado por A. Scialoja y G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1977, págs. 7 y ss., 103 y ss.; Id., *Lezioni di diritto constituzionale,* III ed., II Foro Italiano, Roma, 1984, págs. 452 y ss.;

(1) *Jerarquías estructurales o formales:* son aquellas que se dan entre las normas producidas por dos poderes normativos distintos cuando uno de los poderes en cuestión debe su fuente de legitimidad al otro. Por ejemplo: incluso en un régimen de constitución flexible, las normas constitucionales y las normas legislativas; las leyes de delegación y los decretos legislativos.

(2) *Jerarquías materiales:* son aquellas que se dan entre dos normas cuando una de ellas es inválida en caso de que entre en conflicto con la otra. Por ejemplo: en un régimen de constitución rígida, las normas constitucionales y las normas legislativas ordinarias; las leyes y los reglamentos.

Normalmente, toda jerarquía material refleja una jerarquía formal, pero no toda jerarquía formal se resuelve en una jerarquía mate rial. Por ejemplo: en un régimen de constitución flexible las normas de rango legislativo están formalmente, pero no materialmente, subordinadas a las normas constitucionales.

(3) *Jerarquías lógicas:* son aquellas que se dan entre dos normas cuando una versa (meta-lingüísticamente) sobre la otra (ejemplo: normas sancionadoras y normas de conducta; normas derogatorias y normas por ellas derogadas; definiciones y normas que contienen el término definido).

Si se usa una noción de meta-norma suficientemente amplia para incluir las normas que versan (no propiamente sobre normas sino) sobre actos normativos[7], entonces toda jerarquía formal es también una jerarquía lógica. En cambio, es cierto que no todas las jerarquías lógicas son también jerarquías formales: no hay ninguna jerarquía formal, por ejemplo, entre normas derogatorias y normas derogadas.

Id., «Cultura e politica nella produzione ed aplicazione del diritto», *Quaderni constituzionali,* 10, 1990, págs. 77 y ss.; Id., «Fonti (sistema constituzionale delle)», *Digesto delle discipline pubblicistiche,* VI, UTET, Torino, 1991; G. Tarello, «Gerarchie normative e interpretazione dei documenti normativi», *Politica del diritto,* 8, 1977, págs. 499 y ss.; Id., *L'Interpretazione della legge,* Giuffrè, Milano, 1980, 307 y ss.; R. Guastini, «L'illegittimità delle disposizioni e delle norme», *Analisi e diritto. Richerche di giurisprudenza analitica,* 3, 1992, págs. 175 y ss.; Id., *Quindici lezioni di diritto costituzionale,* II ed., Giappichelli, Torino, 1992, págs. 136 y ss.; Id., *Le fonti del diritto e l'interpretazione,* Tratado de derecho privado editado por G. Iudica y P. Zatti, Giuffrè, Milano, 1993, cap. IV.

[7] Cfr. T. Mazzarese, *Logica deontica e linguaggio giuridico,* CEDAM, Padova, 1989, págs. 19 y ss.; R. Guastini, «Intorno all'uso di "norma" nel linguaggio giuridico», in *Nuova civiltà delle macchine,* 3, 1985, 47-54; Id., *Lezioni sul linguaggio giuridico,* Giappichelli, Torino, 1985, cap. I.

(4) *Jerarquías axiológicas:* son aquellas que se dan entre dos normas cuando una de ellas tiene valor de «principio» y la otra tiene valor de «simple norma». Por ejemplo: principios fundamentales de una materia dada y sus correspondientes normas de detalle[8].

A veces las jerarquías axiológicas se reflejan en otras tantas jerarquías materiales (esto sucede, por ejemplo, cuando los principios de los que se habla están contenidos en una constitución rígida). Pero no siempre una jerarquía axiológica es también una jerarquía material (en el ordenamiento italiano, por ejemplo, no existe una jerarquía material entre una ley estatal de principio y una ley regional de detalle).

3. Variedad de normas supremas

La distinción entre cuatro tipos de jerarquías normativas sugiere cuatro interpretaciones distintas de la noción de norma suprema.

3.1. Norma suprema y jerarquías formales

En primer lugar, la norma suprema puede ser identificada con la norma que confiere el poder normativo más alto.

Si circunscribirnos el discurso al horizonte de las normas *positivas,* y por ello mismo de los poderes *constituidos,* en los ordenamientos con una constitución rígida el poder normativo más alto es el poder de revisión constitucional; en los ordenamientos con una constitución flexible es el poder legislativo. La norma fundamental suprema será en consecuencia, según sea el caso, aquella que confiera el poder de revisión constitucional o aquella que confiera el poder legislativo.

Pero, después de todo, ¿por qué circunscribir el discurso a los poderes constituidos? Parece natural pensar que el poder normativo más alto en el ámbito de un ordenamiento jurídico sea, no ya el poder de revisión constitucional (que es, precisamente, un poder constituido), sino el poder constituyente mismo. De modo que parece también natural pensar -como Kelsen- que norma suprema de todo ordenamiento sea no ya una norma constitucional, positiva,

---

[8] Aludo a la relación entre leyes estatales de principio y leyes regionales de detalle como se configuran en el art. 117 de la Constitución italiana (N. del T. Puede encontrarse un ejemplo paralelo en el ordenamiento español entre las leyes marco y las leyes autonómicas de desarrollo, tal como se establece en el artículo 150 de la Constitución española).

sino una norma meta-constitucional, no-positiva, no puesta sino presupuesta: en suma, aquella norma «fundamental» que confiere poder normativo a los autores de la constitución (o a los autores de la «primera» constitución histórica, en el caso de una secuencia temporal de constituciones, cada una de las cuales sea autorizada por la constitución precedente)[9].

3.1.1. Dos errores de Kelsen

Creo que la tesis de Kelsen nace de la conjunción de dos errores.

El primer error es la confusión -muy conocida- entre validez y existencia (o pertenencia), en virtud de la cual Kelsen no puede admitir que en un ordenamiento existan normas no-válidas, y en particular normas «soberanas» o «independientes», esto es, ni válidas ni inválidas. Si validez es existencia, entonces no puede efectivamente existir una norma no-válida, es decir, no-existente.

El segundo error es la confusión entre criterios de validez y/o existencia y normas que confieren poderes.

Así:

(1) En primer lugar, validez y existencia (o pertenencia) son nociones distintas[10]. (En el uso común, si no me equivoco, el vocablo "validez" es usado para designar lo que yo, aquí, llamo "existencia").

(1.1.) *Grosso modo* (dejando de lado, por razones de simplicidad, los criterios de validez de las normas implícitas, a las que anteriormente he hecho referencia), en los ordenamientos contemporáneos, o en gran parte de ellos, se llama válida a toda norma que:

(a) haya sido producida formalmente de acuerdo a las normas sobre la producción jurídica -o meta-normas- que regulan su producción (validez formal), y

[9] H. Kelsen, *Introducción to the Problems of Legal Theory,* cit., págs. 59 y ss.; Id., *General Theory of Law and State,* cit., págs. 115 y ss.; Id., *Théorie pur du droit,* cit., 1962, págs. 261 y ss.; Id., *General Theory of Norms* (1979), trad. M. Hartney, Clarendon Press, Oxford, 1991, págs. 252 y ss.

[10] R. Guastini, *Il giudice e la legge,* cit., cap. V; Id., «Invalidità (atti norrnativi)», en A. Belvedere, R. Guastini, P. Zatti, V. Zeno Zencovich, *Glossario,* Tratado de derecho privado editado por G. Iudica y P. Zatti, Giuffrè, Milano, 1994, págs. 2356 y ss.

(b) no sea materialmente disconforme a las normas jerárquicamente superiores que limitan su posible contenido (validez material).

(1.2.) En cambio, se predica pertenencia a un ordenamiento, o existencia, de toda norma que:

(a) incluso en ausencia de validez material, esté, al menos *prima facie,* provista de validez formal (haya sido producida por una autoridad competente de acuerdo al menos con algunas de las normas procedimentales que regulan la producción normativa), o bien

(b) incluso en ausencia de validez formal, haya adquirido vigencia, esto es, sea generalmente aceptada y observada por sus destinatarios (principio de efectividad)[11].

En consecuencia, no toda norma perteneciente a un ordenamiento es también válida en él. No son válidas, por ejemplo, las leyes inconstitucionales (que también pertenecen al ordenamiento hasta que no sean expulsadas por el órgano competente para ello). No son válidas, sobre todo, las normas que nacen de las fuentes llamadas *extra ordinem,* como por ejemplo una «primera» constitución instaurada por vía revolucionaria. Con una diferencia importante: las leyes inconstitucionales son *inválidas,* mientras que las normas de la «primera» constitución no son *ni válidas ni inválidas.*

(2) En segundo lugar, los criterios de validez y/o de pertenencia -como Bulygin ha mostrado persuasivamente- no son nada más que reglas conceptuales, esto es, definiciones[12]. Un criterio de validez no es más que una definición de "validez" (o de "norma válida"); un criterio de existencia o pertenencia no es más que una definición de "existencia" (o de "norma existente").

Ahora bien, en el *definiens* de esas definiciones se mencionan normas de competencia o normas atributivas de poderes normativos. Sin embargo, una cosa es conferir un poder, es decir, dictar una norma de competencia, y otra *mencionar* una norma de competencia. Las normas que confieren poderes normativos son mencionadas en los criterios de validez y de pertenencia de un ordenamiento, pero no son ellas mismas criterios de validez o de pertenencia.

3.2. Norma suprema y jerarquías materiales

En segundo lugar, la norma suprema puede ser identificada como

---

[11] *R. Guastini, Le fonti del diritto e l'interpretazione,* cit., págs. 256 y ss.

[12] E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi,* cit., págs. 19 y ss., 213 y ss., 235 y ss.

la norma de rango más elevado en la jerarquía material del ordenamiento, es decir, con aquella norma a la que ninguna otra norma puede válidamente contradecir.

Desde este punto de vista, sin embargo, no parece que haya en los ordenamientos jurídicos una sola norma suprema. Hay, más bien, una *fuente* suprema: la constitución en los ordenamientos con una constitución rígida, la ley en los ordenamientos con una constitución flexible.

Las normas de la constitución (o de la «primera» constitución, si se prefiere) son normas existentes en el ordenamiento, pertenecientes al mismo, y sin embargo no-válidas: más precisamente, *ni válidas ni inválidas,* es decir, «soberanas», «independientes»[13]. Ello es así por la simple razón de que en ningún ordenamiento hay normas sobre la producción constitucional (sobre la instauración de una nueva constitución) o normas superiores a la constitución, con cuya comparación pueda ser juzgada la validez o invalidez (formal o material) de la constitución[14].

3.3. Norma suprema y jerarquías lógicas

En tercer lugar, la norma suprema puede ser identificada con la norma que se coloca en el nivel del lenguaje más alto respecto de todas las demás normas del ordenamiento.

Desde este punto de vista, la norma suprema parece ser aquella -meta-constitucional- que fija los criterios de existencia de todas las demás normas, esto es, la «regla última de reconocimiento». Como se ha mencionado ya, la «norma» en cuestión es, propiamente, una regla conceptual, es decir, una definición.

Debe observarse que la norma lógicamente suprema es aquella que establece los criterios de *existencia,* no de validez, de las normas. Los criterios de validez, en efecto, son normas (en sentido genérico) existentes, identificables mediante el uso de la regla de reconocimiento y, por lo tanto, no son en absoluto «supremas».

---

[13] R. Caracciolo, *El sistema jurídico. Problemas actuales,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, págs. 31 y ss.; E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi,* cit., págs. 231 y ss.; J. J. Moreso, P. E. Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 77 y ss.

[14] R. Guatini, *Dalle fonti alle norme,* II ed., Giappichelli, Torino, 1992, págs. 274 y ss.; Id., «Sur la validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique», en M. Troper, L. Jaume (eds.), *1789 et l'invention de la constitution,* Bruylant-L. G. DJ., Bruxelles-París, 1994, págs. 222 y ss.

3.3.1. Definiciones vs. normas de conducta

Comúnmente, se sostiene (injustamente) que la norma lógicamente suprema de todo ordenamiento es no ya el criterio de existencia, sino el criterio de validez. Eso depende probablemente del hecho, al cual ya he hecho mención, que el término «validez» parece generalmente usado para referirse a aquello que yo llamo «existencia». Pero, en este contexto, la cosa tiene poca importancia; importa ahora advertir que los criterios (sean de validez o de existencia) no son reglas de conducta, sino definiciones. Sin embargo, por razones que no comprendo, la definición de «norma válida» (o de «norma existente») es a menudo confundida con una meta-norma iterada que obliga a obedecer a las normas válidas[15]. La meta-norma en cuestión es, obviamente, una regla de conducta, aunque absolutamente vacua, ya que no prescribe otra conducta que aquella ya prescrita por las normas válidas.

No obstante, parece difícil no convenir que la definición de «norma válida» y la meta-norma que califica como obligatorias las normas válidas sean cosas conceptualmente distintas. En particular, no veo cómo se puede negar que las definiciones *no* son normas de conducta[16].

Por un lado, si se quiere sostener que las normas válidas son, en cuanto tales, también obligatorias o vinculantes, es necesario postular, junto a la definición de «norma válida», la existencia de una verdadera y propia norma -más exactamente, de una meta-norma- ulterior; una norma que, precisamente, *itera* las normas válidas, calificándolas de obligatorias, esto es, exigiendo obediencia a las mismas. Lo que no puede ser realizado por una simple definición.

Por otro lado, si se quiere sostener que existe una norma que impone la obediencia a las normas válidas, no se puede no postular contextualmente la existencia de una definición de «norma válida», sin la cual las normas a las que se debe obediencia no podrían ni siquiera ser identificadas.

---

[15] Cfr. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico,* Comunità, Milano, 1965, cap. VII; J. Raz, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality,* Clarendon, Oxford, 1979, 93; N. MacCormick, H. L. A. Hart, Arnold, London, 1981, 109; J. Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas. Dos Estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho,* Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1990, 142.

[16] C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, 439 y ss.; E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi,* cit., págs. 244 y ss.

3.3.2. Validez vs. obligatoriedad

La infausta confusión entre el criterio de validez (o de existencia) y la meta-norma iterada (que obliga a obedecer a, predica la obligatoriedad de, las normas válidas) hace imposible distinguir entre validez y obligatoriedad. La falta de distinción entre validez y obligatoriedad, a su vez, figura en la raíz de aquella concepción -«cuasi-positivista» o falsamente positivista-, según la cual no sería posible describir un ordenamiento positivo sin «aceptar» su norma suprema[17].

En cambio, la cuidada distinción entre el criterio de validez y la meta-norma iterada permite distinguir, con igual cuidado, entre validez y obligatoriedad[18].

Los juicios de obligatoriedad se fundan, ciertamente, en la aceptación de la meta-norma iterada que califica como obligatorias a las normas válidas, es decir, prescribe obediencia a las mismas. Pero los juicios de validez se fundan exclusivamente en el uso del criterio de validez: no requieren en absoluto la aceptación de la meta-norma iterada. Por otro lado, el uso del criterio de validez no presupone en ningún modo su aceptación ético-política (admitido que tenga sentido hablar de aceptación ético-política en referencia a una definición, de lo que se puede dudar lícitamente), sino únicamente su conocimiento. El uso de una definición es un comportamiento meramente *cognitivo,* o teórico, que no implica ningún tipo de *moral commitment*[19].

---

[17] A. Ross, «Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo» (1962) en A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio,* ed. por A. Febbrajo y R. Guastini, Il Mulino, Bologna, 1982, págs. 148 y ss.

[18] E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi,* cit., págs. 11, 65-66, 200-205.

[19] En el ordenamiento italiano vigente, *no* existe ningún criterio general de validez expresamente formulado (en realidad, los propios vocablos «válido» e «inválido» son de uso bastante raro en el lenguaje de las fuentes). Existen sin embargo, algunas disposiciones que prohíben a determinadas fuentes establecer regulaciones contrarias a otras, o confieren a determinados órganos jurisdiccionales el poder de inaplicar y/o de anular toda norma que no responda a ciertos requisitos.

Por ejemplo, el artículo 138 de la constitución italiana dispone (dicho sea de paso, en modo absolutamente oblicuo) que la ley ordinaria no puede contener normas contrarias a la Constitución-, los artículos 134 y 136 const. y el artículo 30 de la ley 87/1953 confieren a la Corte Constitucional el poder de declarar la <ilegitimidad constitucional> de las leyes y de los actos normativos con fuerza de ley, es decir, de anular las normas legales que sean contrarias a la Constitución; el artículo 4, I c., de las disposiciones preliminares del Código Civil italiano establece que <los reglamentos no pueden contener normas contrarias a las disposiciones de las leyes>; el artículo 26 r. d. 1054/1924 y el artículo 2 de la ley 1034/1971 confieren, respectivamente, al Consejo de Estado y a los Tribunales administrativos regionales el poder anular los actos administrativos (incluidos los reglamentos) adoptados en <violación de ley>; el artículo 5 de la ley 2248/1865, ALL. E, confiere a los jueces ordinarios el

3.3.3. Punto de vista normativo y punto de vista cognitivo

Es una idea difundida, a partir de Hart, que los juicios de validez son «enunciados internos»; enunciados, esto es, que presuponen la aceptación de la norma suprema del ordenamiento[20]. Se llama «punto de vista interno» al ángulo visual de aquellos que aceptan esa norma suprema.

Así, si se concibe la norma suprema como una norma de conducta, es natural que el «punto de vista interno» se configure como una actitud normativa (la aceptación de una norma de conducta, precisamente). Pero si se conviene que en la noción corriente de norma suprema se confunden una regla de conducta y una definición, se obtiene que la noción de «punto de vista interno» es una noción anfibia. Una cosa es asumir un punto de vista «interno» -si se puede decir así- respecto de una definición y otra asumir un punto de vista «interno» respecto de una norma de conducta.

Debemos entonces distinguir:

(a) aquel punto de vista que supone simplemente el uso del criterio (esto es, de la definición) de validez; y

---

poder de inaplicar los actos administrativos (incluidos los reglamentos) que no sean <conformes a las leyes>, etc.

De estas (y de otras) disposiciones positivas, los juristas infieren -no sin un complejo trabajo de «construcción jurídica»- los criterios de invalidez de las normas legales, de las normas reglamentarias, etc. A partir de estos criterios (particulares) de invalidez, los teóricos del derecho construyen a su vez un criterio (general) de validez. Se trata de un *macro-criterio,* que consiste en la *conjunción* de una pluralidad de distintos criterios de validez que valen para las diversas fuentes del derecho (cada uno de los cuales, por otro lado, es frecuentemente un criterio de validez meramente implícito, obtenido *a contrario* de un criterio expreso de invalidez).

Ni siquiera existe, por lo que conozco, en el ordenamiento italiano vigente, una meta-norma que prescriba en general la obediencia a las normas válidas.

No obstante, el artículo 54, I c., const. establece que <todos los ciudadanos tienen el deber de ser fieles a la República y de observar su Constitución y sus leyes>; el artículo 101, II c., const. dispone a su vez que <los jueces están sujetos únicamente a las leyes>; por otro lado, las leyes son promulgadas con la siguiente fórmula: *<¿Se obliga a cualquiera que competa a observarla* [la presente ley] *y hacerla observar como ley del Estado?>* (artículo 1, I c., d. p. r. 1092/1985), etc.

De estas (y de otras) disposiciones, los juristas (¿o más bien: los teóricos del derecho?) obtienen la macro-norma iterada según la cual las normas válidas deben ser obedecidas por los ciudadanos y por los órganos del Estado.

[20] Cfr., por ejemplo, U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico,* cit., cap. VII, Id., *L'etica senza verità,* Il Mulino, Bologna, 1982, págs. 316 ss. Cfr. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi de teoria e metateoria del diritto,* Il Mulino, Bologna, 1974, págs. 101 y ss.; A. Ross, «Il concetto di diritto secondo Hart» (1962), en S. Castignone, R. Guastini (eds.), *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross,* II ed., ECIG, Genova, 1990, 315 ss.; E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi,* cit., págs. 51 y ss., 98 y ss.

(b) aquel punto de vista que supone la aceptación ético-política de la meta-norma que obliga a obedecer a las normas válidas.

Uno es un punto de vista «cognitivo». El otro es un punto de vista «normativo»[21]. Los juicios de obligatoriedad, ya que se fundan en una norma, tienen carácter genuinamente *normativo*. Los juicios de validez, ya que se fundan en una definición, tienen un carácter de simple reconocimiento. Después de todo, se pueden «reconocer» las setas venenosas, sin por ello «aceptar» comérselas. ¿Por qué el reconocimiento (de la validez) de normas debería ser diverso del reconocimiento de un *boletus satanas?*

3.4. Norma suprema y jerarquías axiológicas

En cuarto lugar, la norma suprema puede ser identificada con la norma axiológicamente más importante de todo el ordenamiento.

En el pensamiento jurídico común, sin embargo, cada ordenamiento incluye, no una única norma suprema, en este sentido, sino más bien una serie de valores y/o principios axiológicamente supremos, los cuales confieren justificación y congruencia a todo el ordenamiento. Por ejemplo, son considerados principios supremos del ordenamiento italiano: la soberanía popular, la tutela de los derechos humanos, la igualdad, etc.

Tales principios son llamados supremos (o fundamentales) en el doble sentido de que fundamentan ético-políticamente a las restantes normas del ordenamiento y no necesitan a su vez de fundamento o justificación (quizás porque, a los ojos del que habla, son autoevidentes, o quizás porque son generalmente aceptados en el seno de la comunidad política de que se trate).

3.4.1. La pretendida inmodificabilidad de los principios supremos

El conjunto de esos principios supremos es llamado por algunos «constitución (en sentido) material». De los principios en cuestión, normalmente, algunos están meramente implícitos en el ordenamiento, mientras que otros están expresamente formulados en el texto constitucional. Estos últimos -se sostiene- no son susceptibles de revisión constitucional[22].

---

[21] Algunas sugerencias en N. MacCormick, *H. L A. Hart,* cit., 1981, págs. 33 y ss.; J. Raz, «The Purity of the Pure Theory», en R. Tur, W. Twining (eds.), *Essays on Kelsen,* Clarendon, Oxford, 1986, págs. 79 y ss.; R. Vernengo, «Kelsen's Rechtssätze as Detached Statements», ivi, págs. 99 y ss.

[22] Léase por ejemplo el siguiente fragmento, extraído de la sentencia 1146/1988

Esta tesis descansa sobre un argumento que puede ser reconstruido como sigue[23].

La identidad ética-política de toda constitución yace en el conjunto de los principios supremos que la caracterizan. De modo que alterar los principios en cuestión no sería distinto de la instauración de una nueva y distinta constitución. La *revisión* constitucional no puede, por lo tanto, avanzar hasta modificar los principios supremos de la constitución sin convertirse, por ello mismo, en una *instauración* constitucional.

Como es evidente, este argumento descansa a su vez sobre dos asunciones relacionadas entre sí.

La primera asunción es que una constitución no puede ser definida extensionalmente (esto es, por simple enumeración de las normas que la componen).

La segunda asunción -que se sigue de la primera- es la distinción conceptual entre revisión de la constitución existente e instauración de un nuevo ordenamiento constitucional.

Si, en efecto, se acoge una definición puramente extensional de la constitución, entonces cada revisión constitucional -cada modificación incluso de una sola norma de la constitución existente- produce una nueva constitución[24]. De modo que los conceptos de revisión y de instauración constitucional se superponen enteramente.

---

de la Corte Constitucional italiana: <La Constitución italiana contiene algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en su contenido esencial ni siquiera por leyes de revisión constitucional o por otras leyes constitucionales. Tales son tanto los principios que la misma constitución prevé explícitamente como límites absolutos al poder de revisión constitucional, como la forma republicana (artículo 139 Const.), como los principios que, aunque no sean expresamente mencionados entre aquellos no sujetos al procedimiento de revisión constitucional, pertenecen a la esencia de los valores supremos sobre los que se funda la Constitución italiana. Esta Corte, por lo demás, ha ya reconocido en numerosas decisiones que los principios supremos del ordenamiento constitucional tienen un valor superior respecto de las otras normas o leyes de rango constitucional, sea cuando ha sostenido que también las disposiciones del Concordato, las cuales gozan de la particular «cobertura constitucional» provista en el artículo 7, II, Const., no se sustraen a la comprobación de su conformidad con los «principios supremos del ordenamiento constitucional» [...], sea cuando ha afirmado que la ley de ejecución del Tratado de la CEE puede ser sometida al control de esta Corte «en referencia a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional y a los derechos inalienables de la persona humana» [...]. No se puede, por tanto, negar que esta Corte sea competente para juzgar la conformidad de las leyes de revisión constitucional y de las otras leyes constitucionales también respecto a los principios supremos del ordenamiento constitucional. Si no fuese así, por lo demás, se llegaría al absurdo de considerar el sistema de garantías jurisdiccionales de la Constitución como defectuoso o no efectivo precisamente en relación a sus normas de más elevado valor>.

[23] R. Guastini, «Revisione costituzionale: problemi di forma e di sostanza», en Ragion pratica, 3, 1994, págs. 245-255.

[24] E. Buligyn, *Norme, validità, sistemi normativi,* cit., págs. 76 y ss.

Naturalmente, no hay nada malo en preferir una definición intensional de la constitución, identificando cada constitución a partir de los principios supremos que la caracterizan. El único problema es que el predicado «principio supremo» no denota una propiedad empírica, de forma que no hay otro modo de identificar un principio supremo que a través de un juicio de valor, como tal fatalmente controvertible.

(Traducción de Jordi Ferrer)

UN CONCEPTO NORMATIVO DE COHERENCIA PARA UNA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Presentación y traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo

Presentación

Desde hace algunos años se ha venido reflexionando sobre el derecho a partir de la teoría discursiva de Jürgen Habermas, empeño que ha acabado cristalizando -aunque no exclusivamente- en su última obra aparecida en 1992: *Faktizität und Geltung*. No es prematuro afirmar que la teoría crítica de la sociedad de Habermas ha dado un nuevo impulso a la teoría y sociología del derecho. Su original reflexión conjuga dos tipos de tratamiento frecuentemente separados: un análisis sociohistórico de la evolución del sistema jurídico y un análisis epistemológico del discurso jurídico. De este modo se indaga entre la relación entre la función social y la normatividad del derecho en las sociedades modernas, por una parte, y el estatuto epistemológico del discurso jurídico, por otra[1]. A este último aspecto se dedica el presente artículo.

Como no cabía menos de una teoría que postula la comunicación como el lugar natural de la razón en la elaboración de *Faktizität und Geltung* fueron importantes las intensas discusiones mantenidas en el seno de un seminario sobre Teoría del Derecho que tuvo lugar en la Universidad de Frankfurt entre 1985-1990, así como las distintas monografías de los jóvenes investigadores que participaron en el mismo, de tal modo que suministran un material imprescindible para la interpretación de aquella obra. Hasta el momento, en castellano sólo están disponibles los principales escritos de Robert Alexy, al que cabe el mérito de haber descubierto en Habermas un

[1] Cfr. Hervé Pourtois: «Théorie sociale et jugement juridique. A propos de J. Habermas et de Kl. Günther», en *Archives de Philosophie du Droit,* n.º 37 (1992), págs. 303-312.

potencial teórico utilizable para sistematizar el enmarañado mundo de la argumentación jurídica. Sin embargo, no es a Alexy a quien Habermas se remite con mayor profusión en sus últimas obras, sino a Klaus Günter: tanto *Die nachholende Revolution* (1990) como *Erläuterungen zur Diskurstheorie* (1991) y *Faktizität und Geltung* (1992) incorporan ideas de este autor y, en concreto, del artículo que a continuación se traduce[2]. El maestro francfortiano recurre a Günther, sobre todo, para contrarrestar el elevado grado de abstracción -su universalismo ético- del que frecuentemente se ve acusado por sus críticos.

Entre los numerosos escritos sobre filosofía social y jurídica de Klaus Günther, un joven profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Francfort, destaca su único libro: *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*[3]. El sentido de la adecuación -así reza en castellano su título- no se revela sólo en seguir principios correctos en los casos prácticos, sino también en su aplicación imparcial atendiendo a todas las circunstancias especiales de cada caso. La tesis de este libro es que a pesar del peligro no desdeñable de caer en un relativismo, dada la necesidad postulada de mantenerse sensible al contexto, uno no ha de quedar excesivamente dependiente de él, pues tampoco en las situaciones de aplicación de normas se está autorizado a desistir del empleo de la razón práctica.

La apelación a una interpretación coherente del conjunto de normas disponibles en un contexto social determinado constituye, ciertamente, una manera de atenerse a razones también en los casos prácticos de aplicación de normas. John Rawls ya introdujo esta idea al considerar que la justificación de una concepción de la justicia «es cuestión del mutuo apoyo de muchas consideraciones y de que todo se ajuste conjuntamente en una *visión coherente*»[4]. Ronald Dworkin emplea un concepto análogo, el de «integridad», para designar la exigencia de compatibilizar normas jurídicas y comportamiento político, esto es, un requerimiento general para actuar «sobre una base de principios coherentes y únicos»[5]. Apoyándose críticamente en estos y otros antecedentes anglosajones, Günther ha articulado una

---

[2] Cfr. Jürgen Habermas: *Die nachholende Revolution,* Suhrkamp, Frankfurt, 1990 [existe versión castellana: *La necesidad de revisión de la izquierda,* Tecnos, Madrid, 1991]; *Erläuterungen zur Diskurstheorie,* Suhrkamp, Frankfurt, 1991; y *Faktizität und Geltung,* Suhrkamp, Frankfurt, 1992.

[3] Klaus Günther: *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht,* Suhrkamp, Frankfurt, 1988. Existe versión inglesa: *The Sense of Appropiateness - Application Discourses in Morality and Law,* State University of New York Press, Albany, 1993.

[4] John Rawls: *Teoría de la justicia,* Fondo de Cultura Económica, México, 1979, pág. 39 (cursivas de JCVA).

[5] Ronald Dworkin: *El imperio de la justicia,* Gedisa, Barcelona, 1988, pág. 125.

concepción original de la coherencia de los sistemas normativos en la que también se incorporan productivamente elementos propios de la teoría habermasiana del discurso práctico.

En el texto que se ofrece traducido a continuación, «Ein normativer Begriff der Kohärenz»[6], Günther recupera la idea, ya defendida con mayor detalle en su anterior libro, de que en los discursos prácticos generales es preciso distinguir entre discursos de fundamentación y discursos de aplicación, pues los criterios que sirven para dilucidar la validez de una norma no coinciden con los utilizados para indicar la adecuación de una norma válida a una determinada situación. El razonamiento práctico tiene, pues, dos modalidades: la fundamentación de la validez de una norma general y la justificación de la pertinencia de la aplicación de una norma general a un caso particular. El principio de universabilidad, característico en el ámbito de la fundamentación o justificación de normas, halla su equivalente en el principio de adecuación cuando pasamos al terreno de la aplicación de normas. El juicio de aplicación es el producto de una argumentación dirigida por una exigencia de imparcialidad. Esta exigencia se traduce en el principio procesal según el cual no se puede establecer que una norma pueda aplicarse legítimamente en una situación sin que se tomen antes en consideración todas las características de la situación que son relevantes para garantizar una interpretación coherente de todas las normas aplicables. Tal criterio de validez se impone tanto en el juicio moral como en el juicio jurídico. Sin embargo, los teóricos de la argumentación jurídica habían pasado por alto, en general, esta elemental distinción, tan pertinente para la comprensión del discurso jurídico. Pues, éste se refiere no tanto a la fundamentación de normas, sino a la aplicación imparcial de normas que se consideran válidas -aunque entonces habría que precisar que no se trata del discurso jurídico en general, que también abarca la tarea legislativa, sino tan sólo del discurso judicial encargado de poner en práctica las normas ya establecidas-. Una norma jurídica particular es correcta sólo si se apoya en normas válidas y en su aplicación adecuada. De este modo la norma aplicada aparece como la utilización óptima de un sistema de normas válidas -es decir, ya fundamentadas en un proceso discursivo en el que han participado todos los posibles afectados- habida cuenta de todas las circunstancias del caso. Toda norma permanece remitida así a quedar *coherentemente* complementa da por todas las demás normas válidas del sistema.

Francfort, diciembre de 1993

---

[6] Versión original: Klaus Günther, «Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation», en *Rechstheorie,* n.º 20 (1989), págs. 163-190.

KLAUS GÜNTHER:

Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica[*]

Desde que Rawls introdujo el modelo del «equilibrio reflexivo» (reflective equilibrium) en la teoría moral y Dworkin el método de la construcción de una «soundest theory of law» en la teoría del derecho, el principio de coherencia juega un papel de importancia creciente[1]. La variedad de posibles modos de empleo se corresponde con la variedad de significados del predicado «coherente». Parece que sólo se está de acuerdo en que la «coherencia» es más amplia que el principio de no contradicción o consistencia.

Todas las teorías de la coherencia se refieren a la relación entre juicios morales particulares y principios. Su propiedad como procedimiento de validación y como método constructivo consigue que confrontemos estos principios con nuestros juicios admitidos intuitivamente. Si las dos clases de enunciados normativos no concuerdan entre sí, revisamos y modificamos los principios a la luz de los juicios intuitivos y los juicios a la luz de los principios, hasta que hayamos alcanzado el estado de «equilibrio» entre nuestros juicios y principios. El contenido y extensión de estas relaciones de apoyo mutuo pueden hacer las veces de criterio de corrección de nuestros principios y juicios. Si se puede sistematizar un determinado conjunto de principios con estos procedimientos, que conforman una «ética», entonces el equilibrio reflexivo puede valer como «procedimiento de decisión para la ética»[2].

---

[*] Versión ampliada y revisada de una conferencia pronunciada por el autor en el Simposio «The Legitimacy of Law» celebrado en el Murikka-Institut. Agradezco a Robert Alexy, a Georg Henrik von Wright y a Jerzy Wroblewski sus enriquecedoras contribuciones críticas a la discusión.

[1] John Rawls: *Teoría de la justicia,* Fondo de Cultura Económica, México, 1979, pág. 35 y ss.; Ronald Dworkin: *Los derechos en serio,* Ariel, Barcelona, 1984, págs. 146 y ss., págs. 276 y ss.; Neil MacCornick: *Legal Reasoning and Legal Theory,* Oxford, 1978, págs. 152 y ss.; id.: «La "tesis de los derechos" en serio», en id.: *Derecho legal y socialdemocracia,* Tecnos, Madrid, 1990, págs. 109-128; id.: «Coherence in Legal Justification», en *Theorie der Normen* (FS Weinberger), Berlín, 1984 y ss.; Joel Feinberg: Justice, Fairness and Rationality», en *The Yale Law Journal,* n.º 81 (1972), págs. 1004 y ss.; Aulius Aarnio: *Lo Racional como Razonable,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; Aleksander Peczenik: *Grundlagen derjuristischen Argumentation,* Wien/New York, 1983, págs. 170 y ss.

[2] John Rawls: «Esbozo de un procedimiento de decisión para la ética» en id.: *Ética como equidad,* Tecnos, Madrid, 1986, págs. 1-17.

El paralelismo con la teoría de la ciencia es evidente y ha sido ya señalado por los autores[3]. Análogamente al modo en que confirmamos un sistema de enunciados teóricos a través de datos y lo modificamos en caso de encontrar datos que lo contradigan, aprovechamos los juicios morales para confirmar los principios. Ahí logra la «uniformidad» de la teoría («coherent view») una fuerza justificadora[4]. Esta misma llamativa proximidad con el pensamiento sistémico explica la atracción que el principio de coherencia ejerce sobre la teoría del derecho[5].

Se han formulado múltiples objeciones contra la capacidad del principio de coherencia para justificar principios. Una de ellas sostiene que, al menos, es preciso aclarar cómo la «coherencia» considerada en sí misma basta para justificar enunciados normativos en un sentido específicamente moral. Coherencia es mucho más que una exigencia de racionalidad que dirigimos a las teorías de cualquier clase[6]. Esto guarda también relación con el peligro de un «teoricismo» en la ética, sobre el que Tugendhat ha llamado la atención. La concepción de un procedimiento de decisión según el modelo de construcción de las teorías plantea desde que perspectiva argumenta el constructor de la teoría: ¿reconstruye los principios compatibles con los juicios morales particulares desde la perspectiva de la primera y segunda persona, o argumenta sobre otro «objeto» como si desde la perspectiva de tercera persona aplicara, por ejemplo, sentimientos morales como datos lingüísticos para la construcción de una teoría empírica del sentido de la justicia?[7] Finalmente no resulta claro si la justificación a través de una interpretación coherente de nuestros juicios particulares y principios no estribaría en una relación circular entre estos dos componentes. Si los juicios particulares deben hacer las veces de «confirmación» de los principios fundamentadores, entonces a través de los juicios particulares no ha de justificarse otra cosa distinta de lo que ya desde siempre se había considerado justificado por los juicios particulares. Estos, empero, pueden fundamentarse en prejuicios, distorsiones y otras cosas por el estilo. Por eso Rawls debe apoyar los requisitos complejos en los

---

[3] Rawls (nota 1), pág. 38; Ernst Tugendhat: «Observaciones sobre aspectos metodológicos de *Una teoría de la justicia* de Rawls», en id.: *Problemas de la ética,* Crítica, Barcelona, 1988, págs. 15 y ss. (pág. 17).

[4] Rawls (nota 1), pág. 39.

[5] Robert Alexy / Aleksander Peczenik: «The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality», comunicación al Simposio «The Legitimacy of Law», en el Murikka-Institut de Finlandia, 4-7 agosto de 1988.

[6] Tugendhat (nota 3), pág. 21.

[7] Ibidem, pág. 18.

«juicios ponderados» con los que pueda cumplir su función justificadora[8].

A continuación quiero iluminar un aspecto de este modelo defendido, sobre todo, por Feinberg e, indirectamente, también por Dworkin. Argumentan desde el supuesto intuitivamente convincente de que en nuestras reflexiones morales no siempre cuestionamos todos los principios y juicios que usamos. Más bien aceptamos -solos o en común- un conjunto determinado de enunciados normativos como dados. En base a estos enunciados normativos presupuestos como dados es ya posible producir resultados moralmente sustanciosos: la confrontación con los juicios particulares nos compele a solventar las colisiones entre distintos principios, que tomados cada uno por separado consideramos correctos[9].

Este modelo es productivo en el sentido de que amplía nuestro saber sobre el conjunto de juicios intuitivos y principios aceptados por nosotros, es productivo de todas maneras sólo porque los juicios intuitivos pueden contener elementos de sorpresa y de inesperabilidad. Éste es siempre, pues, el caso cuando nos encontramos en una situación inédita e inhabitual en la que con nuestras orientaciones tradicionales no nos arreglamos como hasta ahora. A tales situaciones llegamos no sólo con nuestras orientaciones teóricas, sino también con las morales. Tales situaciones pueden entrañar características que sólo podemos tomar en consideración bajo el precio de cambiar el conjunto de nuestros principios o incluso nuestra «ética» (esto es, la teoría moral que ordena sistemáticamente nuestros principios). A menudo emitimos un juicio intuitivo en referencia a una situación concreta. El conjunto imprevisible de posibles situaciones y sus correspondientes diferentes constelaciones características cambian continuamente la significación de los principios sobre los que apoyamos nuestras reflexiones morales intuitivas. Por esta razón experimentamos que el juicio moral particular que consideramos correcto en una situación no resulta compatible a primera vista con principios que en otras circunstancias aceptaríamos como válidos.

Desde luego esto es aplicable sobre todo a los casos tales en los que la confrontación con un nuevo caso fuerza la revisión recíproca

---

[8] Rawls (nota 2); Norbert Hoerster: «John Rawls' Kohärenztheorie der Normenbegründung», en O. Höffe (ed.): *Über John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit,* Francfort, 1977, págs. 57 y ss.; Ernst Tugendhat (nota 3), pág. 23. Para ampliar el concepto de equilibrio reflexivo mediante la asunción de teorías empíricas, cfr. Norman Daniels: «Wide Reflective Equilibrium and Theory Acceptance in Ethics», en *The Journal of Philosophy,* 1979, pág. 256.

[9] Feinberg (nota l), págs. 1019 y ss.; id.: *Harm to Others,* Oxford, 1884. Cfr. también el concepto dworkiniano de «Integrity»: Ronald Dworkin: *El imperio de la justicia,* Gedisa, Barcelona, 1988, págs. 123 y ss.

de juicios y principios, esto es, en un caso donde emitimos un nuevo juicio. Pero si la novedad del caso producida por la cambiante constelación de situaciones pone siempre de nuevo en movimiento al equilibrio reflexivo, puede especificarse el principio de coherencia en el caso mismo. Con esto se alcanza la «zona realmente productiva».

Si esta consideración es correcta, el principio de coherencia satisface una expectativa que vinculamos a un juicio moral «reflexivo», sin que esto, desde luego, quedase de manifiesto en los modelos propuestos hasta ahora. Esta expectativa conduce a la «adecuación» de un juicio moral en la situación concreta, en la que emitimos este juicio o a la que lo referimos. Cuantos más rasgos de la situación se consideran en nuestro juicio intuitivo, tanto más elevada será la verosimilitud que con la adquisición del equilibrio reflexivo hemos considerado todos los aspectos moralmente relevantes del caso particular. Un juicio tal no ha de ser tomado solamente por eso como correcto, porque está apoyado en principios válidos, sino también porque estos principios han sido aplicados adecuadamente a la situación concreta. Por eso nos parece este juicio más adecuado que uno que se ha efectuado a través de la aplicación «rigurosa» de sólo un principio o de sólo algunos.

Si uno reconstruye el principio de coherencia en base a esta experiencia que hacemos en las situaciones de aplicación, se hará patente por qué la teoría de la coherencia puede cumplir sólo de una manera limitada la tarea que tiene asignada de fundamentar la corrección o validez de nuestros juicios y principios morales. Si es correcto que siempre hacemos reflexiones sobre la coherencia tan pronto como en situaciones cambiantes contamos con posibles nuevos significados de nuestros principios, la corrección de nuestros juicios depende de la medida en que nuestros juicios intuitivos consideren diferentes rasgos de la situación, y con eso cambia el contenido de los principios tomados por correctos y, por tanto, el estado del equilibrio reflexivo. Si esto es así, entonces en el marco del modelo de la coherencia ya no puede contestarse a la cuestión de cuándo podemos considerar como correctos los principios independientemente de las posibles situaciones de aplicación.

A continuación quiero aclarar la propuesta de que los argumentos de coherencia son esenciales sobre todo para la aplicación imparcial de normas. Para este fin introduciré y justificaré por medio de la ética discursiva la diferenciación entre fundamentación y aplicación de las normas (I). A continuación explicitaré el principio de la interpretación coherente como aquel principio con el que podemos justificar en los discursos de aplicación la pretensión de una aplicación adecuada de una norma válida (II). El modo de empleo del principio de coherencia, reconstruido desde la perspectiva de un participante en una argumentación moral, lo aplicaré finalmente a la argumenta-

ción jurídica (III). Ahí se mostrará que la teoría propuesta por Alexy de la argumentación jurídica como caso especial del discurso práctico general debe ser revisada. Defenderé la tesis de que la argumentación jurídica es un caso especial del discurso moral de aplicación, en el que se trata la adecuación de la aplicación de normas.

I. El ideal de una norma perfecta

Una fundamentación discursiva de normas válidas debe asegurar que una norma exprese un interés general en su seguimiento general. Este interés general procede de la consideración recíproca de los intereses de cada uno. La reciprocidad de la consideración de intereses es proporcional a la fuerza de convicción de las razones que se introducen para un seguimiento general de la norma. Una norma estará pues fundamentada si cada individuo puede aprobarla con razones. Para que realmente sólo la fuerza de las razones y ningún otro motivo logre validez, se tiene que poder suponer que se cumplen determinadas condiciones idealizadas de la argumentación. A estas condiciones pertenecen, aparte de las reglas de consistencia semántica y lógica que valen para todos los tipos de fundamentaciones, así como ciertas reglas para ordenar las contribuciones de los interlocutores, la posibilidad de participación libre e igual de todos los afectados. Sólo bajo este presupuesto mencionado anteriormente ha de esperarse un consenso motivado racionalmente de modo no coactivo. Por medio de esta condición se asegura la reciprocidad universal de la validez de la norma[10].

Forma parte de estas condiciones ideales que los participantes puedan disponer de un saber ilimitado y de un tiempo infinito[11]. Con estos presupuestos los participantes en el discurso deben poder prever las consecuencias y efectos laterales de un seguimiento general de la norma por cada cual en una posible situación de aplicación. El saber no estará limitado a algunos tipos de situaciones que podamos dominar en el momento actual, y que podemos utilizar de modo ilustrativo en el discurso para mostrar cuáles serán las consecuencias y efectos secundarios que probablemente van a surgir en caso de un seguimiento general de la norma. Más bien debe hacerse presente toda posible situación de aplicación con todos sus posibles rasgos, esto es, una descripción completa. Sólo si se puede suponer que esta

---

[10] Jürgen Habermas: «Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación», en *Conciencia moral y acción comunicativa,* Península, Barcelona, 1985, págs. 57-134.

[11] Klaus Günther: *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht,* Francfort, 1988, págs. 37 y ss.

condición se cumple, se encuentra cada participante individual en la situación de juzgar en cada situación particular los efectos de un seguimiento general de la norma para sus intereses particulares. No habría tampoco, pues, una «situación de aplicación» que fuera diferente de estas situaciones a las que se refiere un participante en un discurso de fundamentación de una pretensión de validez; ambas magnitudes son coextensivas. Una norma fundamentada de tal manera sería «perfect». Podría regular su propia aplicación, porque todas sus posibles aplicaciones individuales habrían sido tema del discurso y la adecuación de su aplicación pertenecería al significado de su validez. Cualquier situación individual, en la que el interés de un individuo pudiera verse afectado por el seguimiento general de una norma concreta, habría sido ya considerada en el discurso de fundamentación. Los participantes en el discurso tendrían la certeza de que no habría ninguna situación en la que el seguimiento de la norma lesionara un interés generalizable.

El ideal de una norma «perfecta» sale al encuentro de nuestras intuiciones morales, pero resulta problemático por diferentes razones. Por un lado es abiertamente irrealista la hipótesis de que los participantes en un discurso puedan encontrarse alguna vez en la situación de poder disponer de un saber ilimitado y de un tiempo infinito. A pesar de todo podría tratarse de un requisito supuesto que sólo es satisfecho de modo contrafáctico. Pues las hipótesis de un saber ilimitado y un tiempo infinito, del mismo modo que las restantes condiciones idealizadas de argumentación, formarían parte de los requisitos pragmáticos de una argumentación sobre la pretensión de validez de una norma. Pero parece cuestionable -y aquí se encuentra el otro problema conceptual- que esta vinculación sea necesaria. Deseo defender la tesis de que con la fundamentación imparcial de la validez de una norma pensamos algo diferente a su aplicación imparcial en un caso particular. Debería señalarse que a nuestra comprensión pragmática de una norma válida no pertenece la adecuación de su aplicación en cualquier caso particular, por lo que tampoco sería necesaria aquella hipótesis irrealista de que debamos estar en la situación de prever todas las colisiones pensables de intereses en todos los posibles casos particulares. Para la adecuación de la aplicación de una norma válida habría que reflexionar si se puede destacar de otra manera el aspecto de razón práctica.

I.1. Colisiones internas y externas de normas

Que no nos refiramos a todas las situaciones particulares de aplicación cuando reconocemos una norma como «válida» resulta ya

claro en nuestro uso coloquial de este predicado. Lo adjudicamos también a normas tales que sabemos que pueden colisionar en algunas situaciones con otros intereses generalizables. Así sabemos, por ejemplo (y podríamos también prever esto sin más en un discurso sobre la validez de normas afectadas), que la norma «las promesas han de mantenerse», en algunas situaciones colisiona con la norma «ayuda a tu prójimo, si se encuentra en una situación de necesidad». Éste sería siempre el caso cuando en razón de circunstancias especiales solamente puedo cumplir o una norma o la otra, pero no ambas a la vez. Los intereses incorporados en ambas normas son generalizables sin problemas. A pesar de que su colisión resulte muy probable, mantenemos ambos preceptos no como inválidos; por el contrario, encontraríamos curioso que un discurso sobre la validez de una de las dos normas se dirigiese al resultado opuesto a causa de esta posibilidad de colisión.

Diferente es si nos preguntamos por la validez de una norma como, por ejemplo, «siempre que te proporcione una ventaja, está permitido no mantener una promesa». Aquí podríamos prever igualmente sin dificultades que los efectos de un seguimiento general de la norma lesionan un interés generalizable, por ejemplo, el interés de aquellos que confían en el mantenimiento de una promesa. A diferencia del primer caso aceptaríamos esta colisión de normas ahora empero como un argumento contra la universabilidad y, por eso, contra la validez de la norma. Aunque en ambos casos las previsibles consecuencias y efectos laterales de un seguimiento de normas colisionan con los intereses generalizables de otros, sacamos otra consecuencia en cada caso: en el primer caso consideramos la norma como válida a pesar de la colisión, en el segundo caso no.

La razón de este tratamiento diferenciado de casos de colisiones previsibles es evidente. En el primer caso colisionan entre sí dos normas generalizables, en el segundo caso es patente que sólo una de las dos normas que colisionan entre sí es generalizable. Esta diferencia sugiere la sospecha de que la primera clase de colisión no es relevante para argumentar sobre la validez de una norma, sino sólo la segunda. Desde la teoría del discurso puede explicarse esta diferencia indicando que en ambos casos las previsibles colisiones de intereses en la aplicación de normas juegan respectivamente papeles diferentes. En el primer caso tiene lugar un cambio de perspectiva bajo la consideración de todas las circunstancias de la situación de aplicación. Los participantes en el discurso se refieren aquí a una situación en la que se encuentran por determinar qué intereses generalizables pueden ser previsiblemente molestados por las consecuencias de la aplicación de una norma. Independientemente de esta situación, en la que el precepto de veracidad colisiona con el deber

de prestación de auxilio, puede pensarse colisiones con otras normas generalizables. Por supuesto, ninguna de estas anticipaciones -en principio, indefinidas- de posibles casos de colisión nos da una razón para reprobar una norma como inválida.

Por el contrario, en el segundo caso se trata exclusivamente de intereses tales que en *cualquier* situación se ven afectados *en la misma medida*. En *todas* las situaciones en las que se hace uso del permiso de romper una promesa son lesionados los intereses de aquellos que habían confiado en su mantenimiento. Aquí se indica los intereses menoscabados independientemente de las situaciones en las que los participantes en el discurso se encuentran en el momento o pudieran encontrarse en un futuro. Necesitan referirse recíprocamente a aquellos efectos que un seguimiento general de una norma tiene, bajo circunstancias *que permanecen iguales,* en *cualquier* situación de aplicación. Si se muestra que ya, bajo circunstancias que permanecen iguales, en cualquier situación se lesiona un interés común, puede que la norma dudosa no sea válida. En este caso sólo se puede generalizar realmente uno de los dos intereses que colisionan entre sí. El cambio de perspectiva fuerza a los participantes en el discurso a tomar una decisión excluyente *(Entweder-Oder-Entscheidung)*. A continuación se hará referencia a esta clase como colisión *interna* y a la primera, por contra, como *externa*. Las colisiones internas afectan a la validez de una norma. Por medio de una negación son identificables independientemente de las situaciones reales de aplicación. Por el contrario, las colisiones externas sólo pueden identificarse en situaciones de aplicación[12].

Si esta aclaración de la relación entre validez normativa y comportamiento colisivo es sólida podemos reconocer no sólo el precepto de prestar ayuda sino también el de veracidad como normas válidas, aunque sepamos que existen situaciones en las que colisionan entre sí. Esta circunstancia no es relevante para la validez. No en toda situación en la que alguien necesita ayuda, hemos de cumplir al mismo tiempo una promesa, y no en toda situación en la que debemos cumplir una promesa, estamos obligados al mismo tiempo a

[12] Esta propuesta de comprobación de la colisión interna se corresponde con la de Albrecht Wellmer de reconstruir la generalización moral de las formas de acción como una doble negación de una máxima. Albrecht Wellmer: *Ethik und Dialog,* Francfort, 1986, pág. 22. La distinción entre colisiones normativas internas y externas desplaza la distinción de Robert Alexy entre reglas y principios desde la dimensión de la estructura normativa a la de la aplicación: el comportamiento colisivo de reglas vale para todas las normas si se atiende al tipo de colisión interna; el comportamiento colisivo de principios vale para todas las normas si se atiende al tipo de colisión externa. Robert Alexy: *Theorie der Grundrechte,* Suhrkamp, Francfort, 1986, págs. 71 y ss.; Günther (nota 11), págs. 268 y ss.

prestar ayuda. Por eso podemos argumentar que también los necesitados de ayuda tienen un interés en que se mantengan las promesas, y viceversa.

I.2. Validez y adecuación de normas

Aunque las colisiones externas sean irrelevantes para la argumentación sobre la validez de una norma, no se puede concluir sin embargo que moralmente carezcan de significación. Este resultado podría contradecir patentemente nuestras intuiciones morales, sobre todo si no es falsa la presunción de que en situaciones moralmente complejas nos vemos obligados a entendemos más frecuentemente con colisiones de la primera clase[13]. El resultado de un discurso sobre la validez de la norma ya no puede ser que aquellos intereses, que no sean referibles a las circunstancias que en cualquier situación de aplicación permanecen iguales, puedan ser lesionados en caso de colisión. Elijamos como ejemplo la colisión normativa, citada a menudo, que surge cuando alguien (al que llamo «X») ha prometido a su amigo Smith ir a su fiesta y, al poco, se entera de que su amigo Jones está gravemente enfermo y necesita urgentemente ayuda. Esta es una situación del tipo tal que podemos preverla en un discurso sobre la validez de la norma que ordena mantener las promesas. Pero como tampoco concluimos que esta norma sea inválida a causa de la colisión previsible con el precepto de prestación de auxilio, en atención a esta situación concreta podríamos aceptar el argumento de que de la aplicación de la norma válida del precepto de veracidad se deriva en este caso el deber de omitir la prestación de auxilio.

Este argumento sólo sería convincente si no hubiera en *ninguna* situación de aplicación otras circunstancias que las presupuestas en el discurso de validez. Por otra parte las reglas del discurso de validez, según el requisito anteriormente aclarado, no ordenan referirse en la fundamentación a estas otras circunstancias que en cada caso de aplicación son diferentes. Dado que la validez sólo depende de que un seguimiento general de la norma bajo las mismas circunstancias sea de nuestro interés común, entonces basta con limitar a estas circunstancias las descripciones de la situación empleadas. La descripción de la situación no debe ser en absoluto completa en cuanto a las circunstancias variables.

Si en la aplicación de normas nos apoyamos en esta descripción selectiva de situaciones, llegamos a resultados que contradicen

[13] Sobre el concepto de «situación moralmente compleja», cfr. Wellmer (nota 12), págs. 127 y ss.

claramente nuestras convicciones morales. Al limitarse ahora X al precepto de mantener las promesas como razón para aducir la prestación de auxilio omitida, habría efectuado un recorte en la situación que en un discurso de validez podría presuponerse: que había dado una promesa a alguien que confiaba en su mantenimiento. El interés asimismo generalizable de su amigo Jones a la prestación de auxilio sería, pues, relevante si hubiera una obligación de moral de considerar *todos* los rasgos de una situación de aplicación. Es claro que de la idea de imparcialidad se sigue una obligación tal. No es claro cómo puede fundamentarse sin recurrir al ideal de una norma perfecta.

Si delimitamos el concepto de validez a la reciprocidad de la consideración de intereses bajo condiciones que se mantienen iguales, este concepto ya no implica la adecuación de la aplicación de una norma bajo cualquier circunstancia. De cara a una situación de acción las normas válidas sólo son *aplicables prima facie.* Éste es siempre el caso si las circunstancias previstas por ellas se dan en una situación de aplicación. Las circunstancias que se mantienen iguales deben completarse, por tanto, con una descripción íntegra de la situación que considere también las circunstancias variables en cada situación. Dado que esta tarea no la puede atender ex definitione un discurso de validez, se necesita para ello un discurso de un tipo especial, al que en lo sucesivo me referiré como «discurso de aplicación». Tan pronto como iniciamos este discurso debemos ampliar la perspectiva presupuesta con la validez de una norma a las circunstancias que se mantienen en cada situación. En el discurso de aplicación las normas válidas tienen tan sólo el status de razones prima facie para la justificación de enunciados normativos particulares tipo «debes hacer ahora p». Los participantes saben qué razones son las definitivas tan sólo después de que hayan aducido todas las razones prima facie *relevantes* en base a una descripción completa de la situación. A la luz de este principio gana la objeción de que Jones se encuentra en una situación de desamparo y, por eso, el precepto de prestación de auxilio ha de considerarse con el status de un *argumento.* Este argumento apunta no ya a la validez de las normas en colisión, sino a su *adecuación* bajo la consideración de todas las circunstancias de la situación.

Por esta vía alcanzamos indirectamente el ideal de una norma perfecta: analizando en dos pasos la exigencia de considerar todas las circunstancias de cada situación de aplicación particular. No anticipamos en un momento dado todas las circunstancias de cada situación de aplicación particular, sino que en cada situación de aplicación correspondiente anticipamos en un momento determinado todas las circunstancias. Con esto se resuelve el problema de que reconocemos algunas normas como válidas a pesar de saber que en algunas

situaciones colisionan con otras normas válidas. Si uno delimita el concepto de validez a las circunstancias presupuestas por las normas como inalteradas, se torna comprensible que en los casos de colisión más interesantes no se trata de la *validez* sino de la *adecuación* de una norma aplicable prima facie. El ideal de una norma perfecta sub sume por error el concepto de adecuación en aquel otro de validez. Esta diferenciación conceptual entre validez y adecuación tiene aquel efecto lateral buscado de poder renunciar en el discurso de validez a los requisitos irrealistas de saber ilimitado y tiempo infinito. Las consecuencias y efectos laterales que se derivan de un seguimiento general de la norma bajo circunstancias que permanecen iguales pueden determinarse casi siempre en base del saber disponible en un espacio de tiempo limitado.

I.3. La aplicabilidad prima facie de normas válidas

Al concluir este apartado quiero discutir brevemente unas objeciones que pueden dirigirse contra esta propuesta de reconstrucción: la primera se refiere a la obligatoriedad o «normatividad» prima facie de las normas aplicables (a); la segunda a la presunta superfluidad del discurso de aplicación (b); y la tercera al peligro de una relación circular entre fundamentación y aplicación (c).

a) Que las normas de acción sólo sean aplicables prima facie no significa que la razón práctica se suspenda en la aplicación. Si nos orientamos por el ideal de la norma perfecta, se muestra que el carácter prima facie contiene un *sentido racional.* Los participantes de un discurso de aplicación están obligados a considerar una norma aplicable prima facie como razón para la fundamentación de un juicio particular. La reserva prima facie significa meramente que para una justificación de un juicio particular no basta con invocar que es aplicable una norma válida. Quien aduce una razón tal debe poder mostrar en caso de duda que es compatible con todas las demás normas aplicables prima facie en dicha situación. Con esta reserva prima facie se impone a los participantes en el discurso una carga de argumentación recíproca, en virtud de la cual se obligan a fundamentar la restricción o suspensión de una razón válida que era aplicable en una descripción completa de la situación[14].

[14] Searle desarrolla con el concepto de implicador conversacional una obligación análoga. Cfr. John Searle: «Prima Facie Obligations», en J. Raz (ed.): *Practical Reasoning,* Oxford, 1978, págs. 81 y ss.

b) Otra objeción expresa que una diferenciación entre validez y adecuación es superflua porque podríamos referirnos en un discurso de fundamentación directamente a la situación en la que nos encontramos cada vez. Pues todas las circunstancias que pertenecen a una descripción completa de la situación de aplicación figuran entre las circunstancias que permanecen iguales de aquella norma que alguien propone en dicha situación. Esta objeción conduciría a una mera inversión del problemático ideal de «norma perfecta». La validez de una norma se agotaría en su adecuación. En lugar de una norma perfecta, que sería en cualquier situación de aplicación no sólo válida, sino también aplicable definitivamente, tendríamos tan sólo normas ad hoc que son válidas en una situación única. Esta inversión del ideal de norma perfecta tendría la desventaja de que estaríamos confrontados en cada situación de nuevo con una tabula rasa moral, porque no podríamos más presuponer ninguna norma válida como razones aplicables prima facie. Esta desventaja se suprime si uno parte de que en cada situación hay *varias* normas *válidas* aplicables prima facie, pero sólo *una* norma *adecuada*.

En contra de la primera apariencia, la aplicabilidad prima facie de las normas válidas no implica tampoco que las normas válidas carezcan de significado moral y que el discurso de validez sea un procedimiento de comprobación superfluo. Aun cuando podamos encontrar sólo en el discurso de aplicación la razón definitiva, no podemos renunciar al procedimiento de supervisión de la validez de las razones normativas. Como se ha indicado anteriormente, examinamos en un discurso de validez si una norma propuesta es realmente de nuestro interés común. Lo que no podemos querer bajo circunstancias que permanecen iguales contradice nuestro interés racional. En atención al discurso de aplicación se formula: lo que entra en contradicción con nuestro interés racional no debería tampoco emplearse como razón prima facie en un discurso de aplicación.

c) Contra esta propuesta podría objetarse, en tercer lugar, que la diferencia entre validez y adecuación sólo es posible pagando el precio de un círculo vicioso. También en los discursos de fundamentación deberíamos aplicar, al menos hipotéticamente, las normas a las situaciones, para poder imaginamos su contenido proposicional. Es cuestionable si en esa aplicación hipotética no deberíamos hacer aquellas interpretaciones que habíamos dejado reservadas para el discurso de aplicación. Convenientemente, la concepción aquí propuesta del discurso de aplicación habría de examinar si la constatación de la aplicabilidad prima facie de la norma válida en una situación, presupuesta ya al menos implícitamente en aquellas interpretaciones, no debe hacerse explícita en los discursos de aplicación.

También los participantes en un discurso de fundamentación deben saber lo que significa seguir una regla. Para la aplicación hipotética basta con que los participantes estén de acuerdo en emplear las expresiones normativas con el mismo significado. Debe ser el mismo contenido proposicional sobre el que argumentamos en un discurso de fundamentación. Por el contrario, no depende de que las situaciones de aplicación planteadas hipotéticamente se hayan descrito de un modo completo para considerar todos los casos de colisión. El empleo con igual significado de las expresiones normativas es, más bien, una condición mínima para poder alcanzar el objetivo que define el discurso de fundamentación: los participantes generalmente quieren descubrir si una norma en litigio corresponde a su interés general. De una norma tal podemos decir o bien que definitivamente no es válida, o bien que es aplicable prima facie.

A pesar de todo podría hacerse la pregunta inversa, esto es, si al iniciar un discurso de aplicación no deberíamos «aplicar» una norma válida para poder decidir en principio si pertenece a la clase de normas aplicables prima facie. Para poder decir en principio que una norma válida es aplicable prima facie en una situación «S» deberíamos haber ya realizado al menos ya implícitamente una aplicación. Esta aplicación realizada no convierte de ningún modo en superfluo el discurso de aplicación. Si aquella interpretación o regla semántica sobre la que apoyamos nuestra aplicación prima facie puede justificarse también en relación a una descripción completa de la situación, sólo puede resolverse en un discurso de aplicación. El discurso de aplicación es la forma reflexiva de esta aplicación prima facie.

Hasta ahora sólo he mostrado que entre la fundamentación de una norma válida y su aplicación adecuada existe una diferencia desde el punto de vista de la teoría del discurso. Queda por supuesto pendiente cuáles son los criterios desde los que juzgamos la imparcialidad de una aplicación normativa y qué clase de argumentos empleamos ahí.

II. El ideal de un sistema coherente de normas válidas

En los discursos de aplicación se presupone que las normas que empleamos como razones prima facie para la justificación de un juicio particular son consideradas válidas. Los participantes de un discurso de aplicación comparten de antemano un conjunto determinado de razones normativas válidas. Están ya seguros de su reconocibilidad y están de acuerdo con lo que quieren o no quieren desde el punto de vista racional bajo la consideración de circunstancias que permanecen iguales. Al disponer del mismo sistema de reglas válidas, examinan implícitamente qué razones deben ser presupuestas

como válidas en un discurso de aplicación y, por tanto, consideradas como normas aplicables prima facie, si se trata de la justificación de un juicio moral particular. Ninguna otra cosa significa que normas y principios «estén dados de antemano», de donde también procede el modelo de la coherencia.

En el discurso de aplicación cambia el punto de vista desde el que se tematiza una norma. En vez de enjuiciar su validez, ahora se aprecia su referencia a la situación. Puede determinarse qué norma es adecuada en una situación si los participantes se han referido a todas las normas aplicables prima facie a una descripción completa. Ahí es inútil preguntarse si los participantes en el discurso disponen primero de una descripción completa de la situación y luego de todas las normas aplicables prima facie o si la descripción de la situación sólo se muestra «a la luz» de una precomprensión de las posibles normas aplicables. El problema del círculo hermenéutico puede permanecer abierto. Los participantes sólo saben con que normas puede colisionar una norma aplicable prima facie en una situación de aplicación si han señalado en las normas aplicables todos los rasgos relevantes de una descripción de la situación.

II.1. Actuación selectiva

El proponente de una norma aplicable prima facie no defiende pues la validez, sino la adecuación de la aplicación de una norma sobre la que se apoya un juicio particular. El oponente no duda de la reconocibilidad de la razón normativa misma, sino de su fuerza en apoyo de un juicio particular. En nuestro ejemplo, la validez del deber de veracidad no lo discute ningún participante. Pero no es claro que el juicio particular «X debe ir a la fiesta de Smith» pueda ser justificado en esta situación adecuadamente a través de aquella norma. No debe uno equivocarse con la importancia de este problema por una descripción demasiado sencilla. El juicio particular «tú debes hacer p (aquí y ahora)» no se apoya sin problemas en la norma «en la situación S se debe hacer X» y en la constatación «se da S». Pero ya el traslado de este esquema a nuestro sencillo ejemplo explica que dudásemos si el deber de veracidad había sido aplicado adecuadamente cuando extraíamos en esta situación la conclusión de que «X debe ir a la fiesta de Smith».

El sencillo esquema es claro sólo porque supone la igualdad de significado de la expresión «S», tal como se empleará en la norma y en la descripción de la situación. Esta igualdad de significado no existe desde un principio, más bien es el resultado de un precedente en el que «aplicamos» la norma y con ello al mismo tiempo destaca-

mos determinados rasgos de la situación como «relevantes» frente a otros. Esta *actuación selectiva* puede criticarse de todas maneras. Un oponente podría preguntar: «¿Por qué te refieres sólo a estas circunstancias de la situación y no a otras?». En nuestro ejemplo Jones podría dirigir a X la pregunta, por qué considera sólo relevante el aspecto de la situación de que ha prometido a Smith ir a su fiesta y no que su amigo se encuentra en una situación desamparada. Esta pregunta no puede responderse con una referencia al deber de veracidad. Tampoco es suficiente si X explica su comprensión del significado del deber de veracidad remitiéndose a que el modo de la palabra dada a Smith puede caracterizarse como una promesa y esta interpretación puede justificarse también con razones. Esta respuesta tan escasamente suficiente sería la prueba de que la norma «se debe mantener las promesas» puede ser fundamentada por principios o en un discurso de validez. Este modo de justificación presupone una descripción de la situación *ya seleccionada.* No hay ningún tránsito de esta norma a la otra norma aplicable prima facie que obliga a prestar ayuda. Tan sólo obtenemos una visión de las normas que colisionan unas con otras en una situación de aplicación si *tematizamos* las características selectivas de nuestra comprensión normativa y no las presuponemos sencillamente. Para que una interpretación normativa pueda ser tematizada como una actuación selectiva se precisa una descripción completa de la situación.

II.2. Regla de selección y regla de uso de las palabras

De ahí que debamos seguir el principio de considerar en la aplicación de una norma todos los rasgos de la situación, incluso en la interpretación normativa misma. En contra se podría objetar que la estipulación de un significado a través de la interpretación normativa y de la selección de los rasgos de la situación son dos cosas distintas. Puede examinarse independientemente de la situación si hablante y oyente comprenden correctamente una norma. Si bien las *reglas de empleo* de los términos pertenecientes a una norma son *simultáneamente* también *reglas de selección* de la aplicación de la norma a una situación, juzgamos ambos tipos de reglas con diferentes criterios. Puede replicarse a esta objeción que el principio de considerar en la interpretación normativa todos los rasgos de la situación, de ningún modo implica una teoría de la constitución del significado con independencia de la situación. Se exige meramente que el establecimiento de una regla de uso de las palabras deba considerar en una interpretación coherente todas las colisiones externas con las otras normas aplicables *prima facie.* Esta exigencia se cumple si el carácter

de la regla de uso de las palabras puede ser tematizada como una regla de selección, porque de otro modo las normas que colisionan externamente no son identificables como normas aplicables prima facie. La tematización de una regla de uso de las palabras como regla de selección presupone por eso una descripción completa de la situación.

La cuestión de qué interpretación concuerda con la descripción de la situación y cómo ha de ser justificada, no puede separarse de la consideración de las otras normas aplicables prima facie. Tampoco lo hacemos de un modo manifiesto cuando un oponente objeta por qué consideramos esta circunstancia y no aquélla otra y respondemos que las otras circunstancias «no son relevantes». Pues la consideración de las otras normas ha pasado ya a formar parte de nuestra interpretación. En la teoría hermenéutica esto se designa como «precomprensión» y en la teoría de la ciencia como «contexto de descubrimiento». Mi tesis es que con el concepto de adecuación aquí desarrollado se puede reconstruir racionalmente al menos un aspecto de este problema: la selectividad de la interpretación requiere de justificación y tiene también capacidad justificatoria en los discursos de aplicación.

II.3. Interpretaciones coherentes

¿Cómo podemos lograr referirnos en la aplicación normativa al mismo tiempo a todas las normas aplicables en una situación? Vuelvo de nuevo a nuestro ejemplo estándar. Para el juicio particular

(N1) Se debe ayudar a mi amigo Jones

pueden imaginarse diferentes justificaciones, de las cuales sólo *una* cumple el criterio de la adecuación. Sería pensable justificar este juicio particular a través de una referencia a la norma

(NI) Se debe ayudar a un amigo que se encuentra en caso de necesidad.

Esto se corresponde con el sencillo esquema anteriormente citado: que de la norma «se debe hacer p en S» junto con la constatación «que S» se deriva el juicio particular «se debe hacer p aquí y ahora». La justificación del juicio particular se apoya en una norma válida, cuya reconocibilidad general nadie va a poner en duda seriamente. Pero para encontrar si el juicio particular se basa también en una aplicación *adecuada* de una norma, la justificación debe ser más

compleja. Como la norma válida (NI) sólo es aplicable prima facie, y un oponente podría por tanto preguntar por qué el proponente no sigue la otra norma igualmente aplicable prima facie en la situación dada:

(NII) Se debe mantener las promesas.

Dado que estamos obligados por la reserva prima facie a examinar todos los rasgos de la situación, también debe introducirse esta norma aplicable prima facie en el discurso de aplicación. Ella es válida tomada en sí misma y podría ser lesionada en la situación dada si la norma (NI) fuera seguida. El proponente que quiere defender la adecuación de la aplicación de (NI) ha de asumir ahora la carga de la argumentación. Pues como no puede declarar la norma (NII) como inválida, no le cabe otra cosa que mostrar bajo qué condiciones las normas (NI) y (NII) que colisionan entre sí en esta situación son *compatibles entre* sí. En este nivel comienza la interpretación coherente de las normas aplicables en una descripción completa de la situación. En nuestro simple ejemplo no es difícil anticipar el resultado de esta interpretación. El resultado podría ser:

(NIII) Para ayudar a alguien que de repente se encuentra en un caso de extrema necesidad, no debe mantenerse una promesa insignificante.

En nuestro ejemplo, la norma (NIII) sería la *única* justificación *adecuada* del enunciado normativo particular (N1): se debe ayudar a Jones. ¿Cómo se puede fundamentar este iluminador resultado intuitivo a través de una interpretación coherente?

Para responder a esta pregunta recurro a la ayuda de otra intuición. En vistas del resultado obtenido en el sencillo mundo de nuestro ejemplo, se está próximo a decir que sobre el precepto de mantener las promesas apenas se podría pensar nada diferente a que en las situaciones como las propuestas se le pudiera conceder prioridad sobre el deber de prestación de auxilio. Desde luego, contamos raramente con esta certeza en las situaciones moralmente complejas.

Para solucionar este problema se ha propuesto por distintos autores que las normas o intereses que colisionan han de ser «ponderados» unos con otros[15]. Tratamos todas estas propuestas, claro está,

---

[15] R.M. Hare: *Moral Thinking,* Oxford, 1981, págs. 117 y ss.; Günther Patzig: «El imperativo categórico en la discusión de la ética actual», en idem: *Hechos, normas y proposiciones,* Alfa, Barcelona/Caracas, 1986, Stuttgart, 1980, págs. 160 y ss.; y Robert Alexy (nota 12), págs. 125 y ss.; MacCormick (nota 1), págs, 129 y ss.

con la premisa de que normas y principios significan lo mismo que valores y bienes, o que por lo menos se pueden traducir por ellas. Sólo valores o bienes pueden ser medidos cuando menos en un sentido metafórico, de tal modo que es posible una «ponderación» y con ella una decisión en beneficio de uno de los valores que colisionan con los otros. En el presente contexto no resulta posible discutir con la atención debida estas posiciones. Me gustaría sólo cuestionar por qué debe abandonarse por esta razón la distinción entre enunciados normativos y evaluativos.

No aceptada esta alternativa, sólo se ofrece la siguiente salida: si X acepta no sólo el deber de veracidad sino también la obligación de prestación de auxilio, debería pues poder mostrar en el caso de nuestro ejemplo con ayuda de qué otros principios ambos preceptos podrían ser tan compatibles entre sí que el juicio particular «hay que prestar auxilio a Jones» pudiera ser justificado como aquella norma que es adecuada a la situación. La prioridad que adquiere en este caso la obligación de prestación de auxilio sobre el deber de veracidad no vale como expresión de decisión de preferencias o como el resultado de una ponderación de bienes, sino como el resultado de la mejor teoría de todos los principios aplicables[16]. Esta teoría debería explicitar detalladamente el significado de estos principios. La norma que ofrece aquella relación de prioridad no debería aparecer como la realización óptima de los fines que concurren en referencia a todas las posibilidades, sino como el agotamiento óptimo del sentido normativo de ambos principios bajo la consideración de todas las circunstancias.

Contra este modelo puede hacerse dos objeciones: a) la interpretación coherente de las normas que colisionan entre sí parece ser sólo un problema de autoconsistencia del sujeto que actúa moralmente, para cuya solución no se requiere ningún discurso; y b) una interpretación coherente como reconstrucción de un orden transitivo entre diferentes principios parece no ser posible sin la construcción de nuevas normas y tampoco sin la introducción de pretensiones de validez necesitadas de fundamentación, con lo que se pondría en cuestión la distinción hecha anteriormente entre validez y adecuación. Estas objeciones no son, sin embargo, justas.

a) Podría surgir la impresión de como si el modelo de coherencia concibiera la aplicación adecuada de normas como un problema de un actor individual. Esta impresión sólo resulta ajustada a primera vista. Claro que todo actor moral individual siempre se confronta

[16] Cfr. Dworkin (nota 1). Me ocuparé más detalladamente *infra* de las diferencias con la concepción de Dworkin.

también consigo mismo, cuando ve que al actuar en una situación de determinada manera que satisface un principio lesiona al mismo tiempo otro. Si X acepta el deber de veracidad así como la obligación de prestación de auxilio, se porta incoherentemente tan pronto como sin pormenorizar razones cumple en nuestro caso la promesa y va a la fiesta de Smith. El principio de ordenar los principios que colisionan entre sí en un caso particular en una teoría uniforme tiene su fundamento *moral,* aunque no solucione los problemas de consistencia interna de las personas que actúan moralmente. Esto se comprende si ampliamos las perspectivas: en las normas válidas podríamos suponer al menos que serían compartidas por todos los afectados. Porque aceptamos las normas válidas, pero no en referencia a las colisiones externas, no podemos excluir que cualquier individuo en base a normas válidas comúnmente aceptadas llegue a diferentes juicios sobre lo adecuado en la situación «S»[17]. Bajo la presuposición de que los participantes están de acuerdo con las normas aceptadas como válidas que han introducido en el discurso de aplicación como razones prima facie, puede ser justificada la teoría uniforme sólo como resultado de una empresa común de los mismos implicados. Los participantes en un discurso de aplicación se respetan mutuamente como personas que *comparten unos con otros* principios válidos y normas. Este respeto tan sólo se expresa cuando cada cual considera los principios que colisionan entre sí en una situación en la búsqueda común de una teoría uniforme. En otro caso trataríamos arbitrariamente al participante no considerado que lo tenemos enfrente y aplicaríamos los principios compartidos comúnmente de una manera unilateral y *parcial.*

b) Otra objeción podría decir que con esta propuesta de solución del problema de las colisiones externas podría ahora allanarse la diferencia entre los discursos de fundamentación y de aplicación. Finalmente es imprescindible para la reconstrucción de una teoría uniforme el hallazgo y construcción de *nuevas* normas, que no pertenecerían al conjunto de normas válidas comúnmente compartidas. Ninguna reconstrucción es posible sin construcción. Por tanto se debería tener siempre otro nuevo discurso de fundamentación antes de que se pueda aceptar las normas encontradas como elementos legítimos en las múltiples relaciones de apoyo de la teoría uniforme que se construye. Éste no es, sin embargo, tanto el caso en el que se mueve la interpretación en base a, y en los límites del sentido de, las normas comúnmente aceptadas como válidas. En el interior de estos

[17]Cfr. al respecto las experiencias que se relatan en las comisiones de ética, Alasdair MacIntyre: «Does Applied Ethics Rest on a Mistake?», en *The Monist* (76), 1984, págs. 498 y ss.

límites perseguimos un *sistema coherente ideal* entre las normas que colisionan entre sí. Todas las normas construidas de nuevo que sirven al establecimiento de relaciones de apoyo en el interior de este sistema ideal buscado pertenecen al conjunto de normas aceptadas comúnmente como válidas. Un criterio para ello, cuando ya no existe el caso, no puede conducir desde fuera hasta la interpretación coherente. Sólo los implicados mismos podrían juzgar si una nueva norma ya no pertenece a este sistema. Si es polémica la pretensión de validez de esta norma, se podría aclarar en un discurso de fundamentación si la norma encarna un interés general y si debe pertenecer al conjunto de normas aceptadas comúnmente como válidas.

II.4. Paradigmas de interpretaciones coherentes

De este modo nos hemos acercado reconstructivamente a la idea que está asociada al ideal de una norma perfecta: que su validez y su adecuación serían pues exactamente idénticas si pudiéramos justificar su seguimiento general para cada caso particular de aplicación pensable. Según el procedimiento aquí propuesto deberíamos aplicar una norma *como si* hubiéramos podido prever la situación de aplicación bajo los requisitos de saber exhaustivo y tiempo ilimitado. Éste es el sentido de la constatación de que una norma es en esta situación la única adecuada. Pero esta pretensión no la podemos satisfacer en un discurso de validez, porque sólo podemos considerar las circunstancias que permanecen iguales en cualquier situación de aplicación. Por otro lado, si no queremos lesionar la idea de imparcialidad en la aplicación de normas no podemos desistir de considerar al mismo tiempo unilateralmente sólo determinados aspectos de la situación sin otra justificación. El desempeño de la pretensión que pertenece a la idea de imparcialidad se desplaza en el eje temporal en el discurso de aplicación. Si mantenemos ahora como válida una norma como NI, aun cuando sabemos que existen algunas situaciones en las que puede colisionar con normas como NII, suponemos contrafácticamente que todas las normas válidas forman finalmente un *sistema coherente ideal* que permite exactamente una respuesta correcta; con otras palabras: la razón práctica no se contradice. Los discursos de aplicación incorporan aquel procedimiento con el que pretendemos desempeñar esta pretensión que alzamos con cada norma válida.

Por supuesto que nunca podremos alcanzar fácticamente esta idea de un sistema coherente de todas las normas válidas. En su establecimiento trabajamos en cada situación de aplicación, cuya descripción completa cambia la matriz de las normas que potencialmente colisio-

nan entre sí. Si cada norma válida precisa de un complemento de todas las otras normas aplicables en una situación, entonces se cambia su significado en cada situación.

De este modo somos dependientes de la *historia* puesto que ella sólo nos produce situaciones imprevisibles, que nos fuerza cada vez a una interpretación diferente del conjunto de todas las normas válidas.

Desde la perspectiva de un observador, con este modelo se configura la imagen de una forma de vida consistente en un conjunto desordenado de principios válidos que son aceptados en gran parte por los participantes y que en cada situación de aplicación particular se ordena mediante un esfuerzo reconstructivo común que facilita una respuesta adecuada. Visto desde la perspectiva interna, el discurso de fundamentación sólo expresa el aspecto de validez del principio de imparcialidad, pero no puede generar un conjunto coherente de principios para todos los posibles casos de colisión. Aunque el discurso de aplicación hace valer el punto de vista de la adecuación imparcial, sin embargo tan sólo puede exigir la consideración completa de todos los rasgos de una descripción de la situación. Resulta claro que difícilmente llevaríamos a la práctica una orientación moral bajo estos requisitos. En lugar de este ideal disponemos de «paradigmas» o esquemas en los que las normas que aquí y ahora mantenemos por válidas se colocan en un orden transitivo. Porque un orden como el expuesto anteriormente no es construible sin referencia a las posibles situaciones de aplicación, contienen estos paradigmas descripciones generalizadas de situaciones de una determinada clase. Habitualmente recurrimos a tales órdenes sistematizados de un modo más o menos fuerte cuando solucionamos casos de colisión típicos y esperables. Constituyen un contexto de fondo en el que se insertan en cada caso nuestras apreciaciones de la situación y los correspondientes juicios morales prima facie. Junto con otros saberes culturales de orientación pertenecen estos paradigmas a la forma de vida en la que cada uno de nosotros nos encontramos. Así, entre las formas modernas de vida cada una ha solucionado a su manera la relación de prelación entre el principio de libertad e igualdad, sin que quepa afirmar que los correspondientes paradigmas son inmodificables ni que prescriban siempre una y la misma solución para cada caso de colisión. Al descargar a los participantes en una determinada práctica social de tener que contentarse con un desordenado conjunto de principios sólo aplicables prima facie, que deben ser aplicados en cada situación moralmente relevante en un discurso de aplicación de modo adecuado a una descripción completa, tales paradigmas son, por supuesto, también una fuente de prejuicios, valoraciones deformadas de la situación y, por consiguiente, de una aplicación parcial y unilateral de las normas válidas. Para que esto

no pueda consolidarse a la larga, los paradigmas han de ser siempre criticables independientemente de cada forma de vida en referencia a dos aspectos de la idea de imparcialidad: con respecto a la validez de las normas particulares, si a la luz de las posiciones de intereses cambiadas ya no puede mantenerse la reciprocidad de la consideración de intereses; y con respecto a la relación de coherencia entre las normas particulares, si la descripción generalizada de la situación que sirve de base ya no es compatible con una descripción completa de la situación.

III. Una propuesta para la interpretación del principio de coherencia en la teoría del derecho

Por medio de las circunstancias de la situación de actuación se puede explicar que en una sociedad se formen paradigmas o esquemas, con los que el conjunto de principios válidos y compartidos en común se asocia de tal modo, que es posible una aplicación adecuada: también la aplicación de normas ha de tener lugar en condiciones de tiempo escaso y conocimiento incompleto, de tal manera que los afectados no pueden comenzar de nuevo un discurso de aplicación en cada situación. Las «instituciones» morales no surgen en situaciones que precisan de decisión bajo la presión de tiempo escaso y saber incompleto. Las situaciones de actuación se distinguen además por medio del rasgo de la «doble contingencia»: *alter* ha de poder prever que *ego* seguirá también *fácticamente* el conjunto de normas válidas y principios compartidos en común. En caso contrario, no sería presumible que alter se pudiera motivar racionalmente en sus actos por medio de normas válidas. Del principio moral de la ética discursiva se sigue, por tanto, la autorización de utilizar medios de producción de decisiones empíricas para garantizar un seguimiento fáctico general de las normas.

Pero tan sólo puede esperarse un seguimiento fáctico de una norma si en un momento y un lugar cualquiera se ha decidido que vale esta norma, si puede emitirse un juicio particular sobre en qué situación, por medio de qué destinatarios, de qué modo una norma válida puede aplicarse, y cuándo el motivo para el seguimiento fáctico del juicio particular puede producirse empíricamente. Escasez de tiempo, el estado incompleto del saber y la doble contingencia entre los actores conducen a la institucionalización del sistema jurídico.

Por supuesto, los mecanismos que pueden producir decisiones en los distintos niveles de establecimiento de normas, aplicación de normas y puesta en práctica, no pueden absorber el contenido procesal del principio moral. Aunque las normas válidas del derecho posi-

tivo y las sentencias firmes, a diferencia de las normas y juicios morales, no pretenden que sean seguidas fácticamente por cada individuo *sólo* por motivos racionales. No pueden, sin embargo, *excluir* un reconocimiento y seguimiento motivado racionalmente. Éste no ocurre salvo en el caso de que cualquier individuo *pudiera* llegar al resultado basado en una argumentación moral de que hay buenas razones para el reconocimiento de la validez y adecuación de una norma. Por eso los procedimientos institucionalizados de establecimiento y aplicación de normas no pueden excluir una argumentación moral sobre la validez y adecuación de normas. De que modo esto es posible, deberá analizarse sólo para los discursos jurídicos de aplicación. Para ello es preciso delimitar ante todo el modo propio de la argumentación jurídica como un caso especial del discurso moral de aplicación: se trata de un caso especial del discurso práctico general.

III.1. Crítica de la tesis del caso especial de Alexy

Según Alexy el estatuto especial de la argumentación jurídica estriba en que se trata de una «fundamentación racional en el marco del ordenamiento jurídico vigente»[18]. Esta restricción institucional es por eso fundamentable en un discurso práctico: es exigible porque las reglas y formas del discurso práctico general definen un procedimiento de decisión que en numerosos casos no conduce a ningún resultado y que, si conduce a algún resultado, no garantiza una certeza definitiva. En este permanente «espacio de inseguridad» una sociedad no puede satisfacer su «necesidad de decidir». «Dada esta situación y la necesidad de decidir existente de hecho, es racional (esto es, fundamentable en un discurso práctico) ponerse de acuerdo en un procedimiento que limite el espacio de lo posible discursivamente de la manera más racional posible»[19]. Por eso parece racional institucionalizar el procedimiento legislativo y el de aplicación judicial del derecho, en los que se puedan tomar decisiones bajo condi-

[18] Robert Alexy: *Teoría de la argumentación jurídica,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 208, 213 y 274. [Para la comprensión de este tercer apartado es conveniente tener en cuenta que el sustantivo alemán *Geltung* y el adjetivo correspondiente *geltend* incorporan simultáneamente las acepciones de vigencia y validez, y está última no sólo en su sentido formal, sino también en el normativo: por eso al hablar de «ordenamiento jurídico vigente *(geltende Rechtsordnung)*» también se está mentando su corrección normativa. Por otra parte, la lengua alemana dispone del término *Gültigkeit* para referirse exclusivamente a la idea de validez normativa (N. del T.)].

[19] Ibidem, pág. 350; e id. (nota 12), págs. 498 y ss.

ciones crecientemente restrictivas. La argumentación jurídica se encuentra entre las normas dadas previamente y las sentencias judiciales sobre casos particulares.

Resulta problemático, desde luego, si se puede fundamentar desde la ética del discurso la necesidad de restringir los discursos prácticos generales con el argumento de que por razones *estructurales* son de resolución indefinida. Los discursos prácticos deben estar por principio en la situación de producir resultados definitivos. De lo contrario no tendría sentido fundamentar el principio de universabilidad de la ética discursiva como un *principio moral.* Otra cuestión es si se pueden cumplir los requisitos idealizados de una argumentación práctica racional también bajo las condiciones reales de presión de acción y decisión. El «espacio de inseguridad» constatado por Alexy se abre, pues, sólo si se contrasta el discurso con la *necesidad fáctica de decidir.* Ésta procede sobre todo de tres factores, que no pertenecen a la estructura del discurso: porque las decisiones deben producirse bajo condiciones que no se caracterizan solamente por los requisitos de la argumentación racional, sino por la escasez de tiempo, por el estado incompleto del saber y la doble contingencia.

A pesar de estas restricciones hay, según Alexy, una coincidencia *parcial* y *estructural* entre la argumentación jurídica y el discurso práctico general: también en la argumentación jurídica se formula con razones la pretensión de corrección, de suerte que existe una «coincidencia parcial» entre ambos modos de argumentación; además también están presentes en el discurso jurídico algunos de esos principios, reglas y formas de la argumentación, que pertenecen a los elementos integrantes del discurso práctico general, de suerte que en referencia a esto también se puede constatar una «coincidencia estructural»[20]. A continuación quiero mostrar, en primer lugar, (a) que no es la pretensión de corrección práctica (en el sentido de la ética discursiva) la que caracteriza a los argumentos jurídicos y, en segundo lugar, (b) que exactamente aquellas reglas y formas que para el discurso práctico general no sólo son *necesarias,* sino también *suficientes,* no están presentes -con buenas razones- en la argumentación jurídica. Esto hace finalmente que la discursividad de la argumentación jurídica, que ha sido formulada por Alexy como justificación interna y externa, debe fundamentarse de otro modo. Mi tesis será que sólo con la ayuda de la distinción suplementaria entre fundamentación y aplicación puede fundamentarse por qué la argumentación jurídica debe tener lugar *en cuanto discurso* bajo condiciones restringidas.

---

[20] Alexy (nota 18), págs. 274 y ss.

a) La pretensión de corrección de un enunciado normativo no se refiere en la argumentación jurídica a que «sean absolutamente racionales, sino sólo a que puedan ser fundamentados racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente»[21]. A diferencia de esto la pretensión de corrección práctica en el sentido de la ética discursiva se refiere a la validez de una norma o a su reconocibilidad general. Si bien en el discurso práctico las normas se presentan como argumentos, sin embargo su pretensión de validez se virtualiza. Como ha sido anteriormente explicado, se debería indagar precisamente en el discurso si una norma polémica expresa un interés general recíproco.

Así entendida, la pretensión de corrección práctica no puede formularse al mismo tiempo por los enunciados normativos que hacen las veces de interpretaciones normativas y sus fundamentaciones en el marco de un ordenamiento jurídico vigente. Una «fundamentación racional en el marco del ordenamiento jurídico vigente» no puede ser ex definitione una *fundamentación de validez*. En la argumentación jurídica, más bien, se presupone la validez de las normas o del ordenamiento jurídico en su totalidad. De acuerdo con las reglas J.2.1 y J.2.2, introducidas por Alexy, la justificación interna se refiere a reglas válidas presupuestas universalmente[22]. Pero con eso se presupone un elemento esencial para el discurso de validez: la consideración recíproca de los intereses de todos los afectados. Si la argumentación jurídica presupone la validez de las reglas, los argumentos jurídicos no podrán formular la misma pretensión que aquéllos que se refieren a la validez de una norma polémica. De otro modo mantendríamos un discurso tan sólo sobre interpretaciones y no sobre normas. No tendría sentido fundamentar la corrección práctica de la interpretación de una norma practica correcta; al menos habría que decir algo más sobre ese «plus» de corrección práctica en la interpretación frente a la norma. El modelo de Alexy amenaza por eso con borrar la distinción entre la norma y sus interpretaciones. Él ve este mismo peligro, cuando reconoce que en el discurso práctico general «los enunciados normativos en cuestión deben ser *absolutamente»* racionales, mientras que en la argumentación jurídica pueden ser fundamentados racionalmente sólo «en el marco del ordenamiento jurídico vigente»[23]. Del «absolutamente» pende, por supuesto, toda la diferencia, pues lo que se expresa con «validez» en la ética discursiva no es otra cosa que la reconocibilidad por parte de absolutamente todos los afectados. Una fundamentación «en el marco» de

[21] Ib., pág.. 274.
[22] Ib., pág. 215.
[23] Ib., pág. 213 (cursivas de K.G.).

un ordenamiento vigente puede ser, pues, tan sólo una fundamentación de la validez convencional. Alexy ve, pues, también lo mismo, que «una racionalidad ilimitada de la decisión jurídica» presupondría «la racionalidad de la legislación»[24]. Pero entonces la argumentación jurídica no puede ser un «caso especial», sino solamente un aliud. Alexy reconstruye la lógica de la argumentación jurídica sobre el modelo del discurso de fundamentación.

b) Concebida, sin embargo, la argumentación jurídica en analogía con el discurso de fundamentación, las restricciones específicas del derecho implican la abolición de la discursividad. Esto se muestra en lo que Alexy denomina «coincidencia estructural de reglas y formas» de ambas clases de discursos. Todas las reglas y formas, que Alexy enuncia, carecen de la referencia al principio de universabilidad, que como regla de argumentación es constitutivo del discurso práctico general.

Esto vale, en primer lugar, para las reglas y formas de la justificación interna, que según Alexy están justificadas como casos de aplicación del principio *semántico* de universabilidad en la versión de Hare (regla 1.3')[25]. Tampoco bajo las reglas y formas de la justificación externa se encuentra nada que introduzca en la argumentación jurídica el principio de universabilidad propio de la ética discursiva como regla constitutiva.

Ahora bien, aunque estas reflexiones semánticas son una condición necesaria para el discurso -pertenecen a la «lógica» de la argumentación-[26], sin embargo, para tales reflexiones semánticas es significativo que pueden llevarse a cabo *monológicamente* y no exigen discurso alguno. *Suficiente* para el discurso es sólo aquella variante del principio de universabilidad, que se aplica a la consideración recíproca de los intereses de todos los afectados. Esto sucede en Alexy bajo las «reglas de fundamentación» del discurso práctico general (regla 5.1.2), pero no bajo las reglas y formas de la argumentación jurídica. Según lo dicho hasta ahora, esto tampoco tendría que sorprender, porque la argumentación jurídica debe presuponer precisamente como dado aquello para cuya fundamentación fue concebido: la validez de una norma.

Puede discutirse ciertamente sobre qué condiciones deben cumplirse para poder hablar de una «coincidencia estructural». Que algu-

---

[24] Ib., pág. 274.

[25] Ib., pág. 219. Véase también Aulius Aarnio/Robert Alexy/Aleksander Peczenik: «Grundlage der juristischen Argumentation», en W. Krawietz/R. Alexy (eds.): *Metatheorie der juristischen Argumentation* (Schriften zur Rechtstheorie, Cuaderno 108), págs. 9 y ss.

[26] Habermas (nota 10), pág. 110.

nas de las reglas y normas que pertenecen a la justificación interna o externa de los enunciados normativos jurídicos también figuren en el discurso práctico no fundamenta todavía una coincidencia de la clase que permite la calificación de la argumentación jurídica como un «caso especial». Si tan sólo el principio de universabilidad de la ética discursiva no sólo es necesario, sino también suficiente para la pertenencia de un tipo de argumentación al discurso práctico general, el discurso jurídico no puede tratarse de un caso especial, porque la única regla que constituye al discurso de fundamentación como tal no existe en la argumentación jurídica, y tampoco puede existir.

III.2. Argumentación jurídica como caso especial del discurso moral de aplicación

Este problema se resuelve si se considera la argumentación jurídica como un caso especial del discurso moral de aplicación. Para los discursos de aplicación se presupone ya *ex definitione* la validez de las normas. Bajo este presupuesto tiene sentido no sólo hablar de la argumentación jurídica como un discurso, sino también de una fundamentación racional en el marco del ordenamiento jurídico vigente. No se trata tampoco de una restricción del discurso práctico general, porque no se trata de la validez de normas o de enunciados normativos. Sin embargo, la presente restricción se encuentra en otro nivel: los discursos jurídicos de aplicación deben producir decisiones en condiciones de tiempo escaso y de saber incompleto. Esta «función de descargo» es desempeñada sobre todo por los enunciados de la dogmática.

Para la justificación interna basta generalmente con introducir sólo una regla de uso de las palabras que junto con una descripción de la situación posibilita el tránsito de una norma a la aplicación a la situación en la forma de un juicio particular. Como he intentado mostrar anteriormente en el punto II., la elección de una regla de uso de las palabras está además incrustada en un contexto pragmático, a través del cual se caracteriza al mismo tiempo como una regla de selección con respecto a la situación completamente descrita. Con esta reconstrucción se cambia ahora también el status de la justificación externa. La justificación externa se convierte en una forma de reflexión de la actuación selectiva, cuyas reglas y formas deben ser examinadas para saber si con su ayuda se puede justificar la pretensión de adecuación que formulamos con la aplicación de una norma. La función de estas reglas y formas consistiría en facilitar por vía discursiva una interpretación coherente de todas las normas aplicables prima facie. El peligro de una aplicación parcial y unilateral de

las normas, que se encuentra asociado a la elección de una regla de uso de las palabras, no se puede excluir a través de reglas y formas que exclusivamente complican el principio semántico de universabilidad propuesto por Hare.

Si esta hipótesis es correcta, las denominadas por Alexy reglas y principios de la interpretación, de la argumentación dogmática y del uso del precedente así como los principios prácticos generales y argumentaciones empíricas, deberían reconstruirse de manera tal que recibieran su sentido de la tarea de justificar coherentemente una aplicación normativa a la vista de una situación descrita completamente. Así se podrían entender los cánones de la interpretación como reglas que prescriben la consideración de principios en la implantación de un significado. El papel del precedente como argumento para una argumentación guiada por principios en la aplicación de normas ha sido mostrado sobre todo por Dworkin y MacCormick[27]. Si los distintos casos pueden compararse en referencia a tales rasgos que permiten la aplicación de un principio común, esto sólo puede fundamentarse a través de una descripción completa de la situación, que posibilita una consideración de todos los principios que colisionan entre sí. Con los enunciados de la dogmática se puede dilucidar el carácter paradigmático de las interpretaciones coherentes en referencia a las descripciones generalizadas de la situación.

Distintas teorías del derecho han reconocido entretanto que el principio de coherencia juega en la justificación de las interpretaciones de normas al menos el papel de una condición necesaria. Se diferencian sobre todo por la importancia que prestan a ese principio en relación a los otros principios con los que se encuentra vinculado de modo complementario. A menudo se le asocia al más estricto principio de consistencia y a un principio normativo más sustantivo, que debe posibilitar una decisión entre dos conjuntos de principios justificados coherentemente que colisionan entre sí: MacCormick complementa el principio de coherencia con un principio consecuencialista de ponderación de los bienes colectivos; Aamio y Peczenik se refieren a la forma de vida de un auditorio que dispone de un orden preferencial de valores[28]; Dworkin defiende una teoría radical de coherencia según la cual la justificación coherente de una interpretación normativa es al mismo tiempo una condición suficiente para la única respuesta correcta. Claro está que él eleva la exigencia de coherencia a una tarea infinita que requeriría un «juez Hércules» con capacidades sobrehumanas[29].

---

[27] Dworkin (nota 1), págs. 182 y ss.; MacCormick (nota 1), págs. 155 y ss.

[28] MacCormick (nota 1), págs. 129 y ss.; Aarnio (nota 1), págs. 221 y ss.; id. y otros (nota 25), págs. 75 y ss.; Peczenick (nota 1), págs. 197 y ss.

[29] Dworkin (nota 1), págs. 177 y ss.

La teoría dworkiniana de la interpretación coherente de principios es la que más se aproxima al modelo de argumentación aquí propuesto. Sin embargo, su radicalidad se suaviza porque el principio de coherencia se reconstruye como una regla de argumentación para los discursos de aplicación. Una importante consecuencia de esto es que el principio de coherencia no puede ser aplicado *idealiter* por un individuo. Con esto resulta superflua la imagen ideal de un «Hércules». La restricción del discurso de coherencia al discurso de aplicación tiene además la consecuencia de tener que renunciar a la pretensión de poder fundamentar también la corrección de normas con este principio. Esto sólo es posible en un discurso de fundamentación en el que se trate de la validez de una norma polémica. Un enunciado normativo particular puede pretender ser correcto si se apoya en una norma válida y en su adecuada aplicación.

(Traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo)

AUTORIDADES Y PERSONAS*

En este artículo deseo considerar una determinada concepción de la autoridad jurídica. La cuestión que deseo considerar es la siguiente: ¿es posible atribuir autoridad jurídica a una determinada norma si su autoridad no se deriva de la autoridad de quien ha dictado esa norma? Básicamente, aquí intentaré defender una respuesta negativa a esta pregunta, exponiendo una concepción de la autoridad: la concepción personal de la autoridad.

En un artículo reciente, «"Legislators"» Intentions and Unintentional Legislation»[1], Jeremy Waldron ha presentado una serie de argumentos conducentes a mostrar que la concepción personal de la autoridad jurídica yerra gravemente, al menos cuando se aplica a las condiciones modernas de la legislación. Es en esta inadecuada comprensión de la naturaleza de la autoridad en donde encuentra el principal defecto a mi tesis de que las intenciones legislativas desempeñan cierto papel en la interpretación de las leyes[2]. Argumenta que mi tesis intencionalista descansa sobre «una imagen primitiva de la legislación», demasiado cercana a la conocida teoría imperativa del derecho de John Austin. La autoridad del derecho, argumenta Waldron, no deriva necesariamente de la autoridad de los legisladores.

Ahora bien, este es un tema muy antiguo. Al menos desde que Austin formuló su teoría imperativa del derecho[3], la concepción per-

---

* Estoy en deuda con Meir Dan-Cohen, Chaim Gans, Stephen Perry, Joseph Raz y Martin Stone por sus valiosos comentarios a un borrador de este trabajo.

[1] J. Waldron, «"Legislators"» Intentions and Unintentional Legislation», in A. Mannor (ed.), *Law and Interpretation,* Oxford University Press, forthcoming 1995.

[2] Ver A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory,* Oxford University Press, Oxford, 1992, capítulo 8.

[3] Ver J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (publicado por primera vez en 1832), Weidenfeld & Nicolson, Londres, 1954.

sonal de la autoridad ha sido objeto de críticas reiteradas y poderosas, entre las que destaca la de H. L. A. Hart[4]. En su crítica de mi tesis intencionalista, Jeremy Waldron añade argumentos de peso a la posición de Hart en este debate y, de esta forma, nos enfrenta con una sugestiva oportunidad de reconsiderar este importante aspecto de la naturaleza de la autoridad jurídica.

Sin embargo, intentar defender la teoría imperativa del derecho de Austin es, hoy en día, la vía más segura para cometer algo semejante a un suicidio intelectual. Trataré de evitar cometerlo. Lo que deseo salvar de Austin, no es, en realidad, la analogía del derecho como órdenes, ni tampoco su concepción de la autoridad jurídica en términos de soberanía política. Por el contrario, parte de mis argumentos tratan de mostrar que las críticas más poderosas, e incluso más convincentes, de Hart a la concepción personal de la autoridad de Austin ganan en plausibilidad en virtud de la confusión austiniana entre los conceptos de autoridad jurídica y soberanía política y de su tosca definición del concepto de soberanía política. La superioridad de Austin sobre sus críticos reside, sin embargo, en su intuición de que el derecho es un producto de la comunicación. Es sobre esta base, a saber, el modelo comunicativo de derecho, sobre la que procuraré establecer los vínculos conceptuales entre autoridades y personas.

A. La intención del legislador

La versión contemporánea de este debate surge también de otra cuestión antigua en teoría jurídica, relativa al papel de la intención del legislador en la interpretación de las leyes. Mi «intento de resucitar la concepción según la cual las intenciones de los legisladores deben desempeñar un papel en la interpretación de las leyes cuyos textos plantean cuestiones relativas al significado o al fin o cuya aplicación es poco clara o controvertida»[5] constituye el objeto inmediato de la crítica de Jeremy Waldron. Repito mi argumentación muy brevemente: pretendí que las razones para deferir a las intenciones de los legisladores pueden derivarse únicamente de las razones para obedecer prioritariamente a las autoridades jurídicas. A partir del

---

Uso la expresión «formuló» conscientemente: las intuiciones básicas de la concepción personal de la autoridad de Austin, y la imagen del derecho como una orden dictada por una persona a otra, habían sido conocidas y expuestas por muchos filósofos antes que él, entre las que destaca, tal vez, la formulación de Hobbes.

[4] Ver H. L. A. Hart, *The Concept of Law,* Oxford University Press, Oxford, 1961, principalmente capítulos 2-4.

[5] Ver Waldron, supra nota 1, pág. 1. [todas las referencias a este artículo lo son a los números de las páginas del manuscrito].

análisis de Joseph Raz de la autoridad[6] (con el cual Waldron está básicamente de acuerdo), argumenté que hay dos clases de razones de este tipo, ambas derivadas de la «tesis de la justificación normal» de Raz. En términos generales, la concepción raziana de la autoridad práctica sostiene que la justificación para la obediencia a una autoridad debe apoyarse en la probabilidad de que la persona sujeta a la autoridad actúe mejor siguiendo sus disposiciones que intentando guiarse por su propio juicio. Ahora bien, esta tesis justificatoria permite dos tipos de razón para la legitimidad de una prescripción dotada de autoridad, razones que he llamado la tesis de la coordinación y la tesis de la pericia. Además, estas dos clases de razón producen resultados diferentes en relación a la relevancia de las intenciones de la autoridad. Muchas veces la superioridad relativa de la autoridad sobre sus sujetos descansa sólo en su papel o función de resolver problemas de coordinación. En tales casos, argumenté, las intenciones de la autoridad dejan de ser relevantes cuando se plantean cuestiones de interpretación acerca de las prescripciones que ha establecido. Por otra parte, cuando la superioridad relativa de la autoridad se apoya en lo que llamé, la tesis de la pericia, a saber, en el hecho de que la autoridad «sabe mejor lo que debe hacerse» en tales circunstancias, adquiere sentido la consulta de las intenciones de la autoridad al plantearse problemas de interpretación. Mi tesis acerca de la relevancia potencial de la intención del legislador en la interpretación de las leyes es, sin embargo, condicional: Si, pero sólo si, es plausible fundamentar la autoridad de determinadas leyes en la tesis de otras condiciones determinadas se obtienen, entonces sería plausible también deferir a las intenciones de la legislatura al tratar de resolver problemas de interpretación que la aplicación de una ley puede plantear[7].

Waldron no cuestiona nada de esto. De hecho, parece estar completamente de acuerdo en permitir la aplicación de mi argumento bajo ciertas condiciones, a saber, donde actúa un «único autor jurídico». Pero, él pretende que tal «único autor jurídico» es un fenómeno raro en nuestra sociedad moderna[8]. «La situación actual... no es la

---

[6] Ver J. Raz, *The Morality of Freedom,* Oxford University Press, Oxford,(1986), capítulos 2-4. Ver también J. Raz, «Authority, Law, and Morality», 68 *Monist* (1985), págs. 295-324.

[7] Una indicación muy clara de que mi concepción de la tesis de la pericia puede no sostenerse más a menudo de lo que se piensa, la doy al suscitar algunas dudas acerca de la posibilidad de reconocer pericia (conocimiento experto) en el reino de los problemas morales. Ver Marmor, *supra* nota 2, pág. 181.

[8] Por la expresión «único autor jurídico» Waldron no quiere decir necesariamente «legislador individual». Reconoce que la deferencia a la intención del legisla-

posesión de autoridad por una *persona,* sino (casi siempre) la posesión de autoridad por un grupo, y en virtud únicamente de la forma en que se combinan los intereses y el conocimiento de los miembros del grupo en el acto de legislar»[9]. De esta forma, el problema, según Waldron, surge de la multiplicidad de legisladores, del hecho de que las leyes no son habitualmente el producto de un legislador individual que puede o no disponer de pericia en relación a sus sujetos, sino de cuerpos legislativos, a menudo formados por cientos de personas que representan una gran diversidad de concepciones e intereses.

Es importante no dejarse llevar por una subestimación de la fuerza de este argumento, pensando que Waldron está preocupado por la posibilidad de atribuir intenciones a grupos de gente. Al subrayar la multiplicidad de legisladores Waldron no quiere decir que dude de la posibilidad conceptual de atribuir intenciones a un cuerpo legislativo. Su propósito es mucho más profundo: arguye que la multiplicidad de legisladores en una democracia moderna es un factor crucial para determinar la autoridad del derecho. Los aspectos morales y políticos de esta «multiplicidad» generan razones para distinguir entre la autoridad del derecho y la autoridad de los legisladores. Waldron es claramente consciente de que no se pueden tener razones morales para distinguirlas si carece de sentido hacerlo. De este modo, su argumento contra el intencionalismo descansa en dos puntos: en primer lugar, trata de mostrar que no hay una conexión conceptualmente necesaria entre la autoridad de una pieza legislativa y la autoridad de su legislador. En segundo lugar, adelanta una serie de argumentos con el fin de mostrar que en las democracias modernas, al menos, la autoridad del derecho no debe ser derivada de la autoridad de sus legisladores. A partir de ahora denominaré a estos puntos de vista el argumento conceptual y el argumento de la democracia, respectivamente. La mayor parte de este artículo está dedicada al argumento conceptual. Comenzaré, sin embargo, con unos pocos comentarios sobre el argumento de la democracia de Waldron.

B. El argumento de la democracia

Waldron nos presenta tres modelos de democracia, cada de uno de los cuales contempla la legitimidad del procedimiento democrático desde una perspectiva diferente. De acuerdo al primero, el mode-

---

dor podría ser adecuada, por ejemplo, cuando la pericia de un legislador particular ha sido reconocida en general por la legislatura como un todo, y la ley ha sido aprobada «sin discusión», por así decirlo, sobre la base de tal pericia individual. Sin embargo, creo que ambos acordaremos en que tales casos son más bien raros.

[9] Ver Waldron, *supra* nota 1, págs. 3-4. Subrayado en el original.

lo utilitarista, el procedimiento democrático significa «la agregación de las preferencias individuales de la forma requerida por la función aplicable de bienestar social»[10]. Según este modelo, los votos de las legislaturas representan las preferencias de sus miembros, y se espera que el procedimiento de elección logre el resultado que satisfará de forma máxima estas preferencias. El segundo modelo surge del teorema de Condorcet: se apoya en el cálculo probabilístico según el cual si (a) es más probable que los votantes elijan correctamente que incorrectamente y (b) los votos son emitidos de manera independiente, entonces la probabilidad de lograr una respuesta correcta aumenta en la medida en que se incrementa el número de votantes. Por último, el tercer modelo que Waldron presenta procede de la idea de Aristóteles de acuerdo a la cual una multitud de personas, «mediante un proceso de síntesis deliberativa, puede forjar una concepción que ni siquiera el más sabio de ellos alcanzaría por sí solo»[11].

Obviamente, Waldron es bien consciente de las dificultades que estos modelos comportan y se tiene la impresión de que él mismo sólo suscribiría el último modelo, el modelo aristotélico de la síntesis. Sea como fuere, el principal problema de estos modelos no reside en su plausibilidad sino en el hecho de que está lejos de ser claro lo que los modelos realmente muestran. Fácilmente nos convencemos de que estos modelos (o alguno de ellos) pueden explicar cómo una decisión establecida por el voto de la mayoría puede producir resultados mejores que aquéllos producidos por las razones para la acción que cada agente pueda imaginar por sí mismo. Con ello yo sería el primero en ponerme de acuerdo: parece que explicaría precisamente como es posible que una legislatura democrática tenga la pericia relativa que le es requerida por la tesis intencionalista. Probablemente, entonces, Waldron debe querer decir algo más. Supondré que lo que Waldron intenta mostrar es cómo la pericia es posible, sin asumir que cada uno individualmente es un perito; en un sentido agregativo, inherente al voto de la mayoría, sólo «la legislatura» es un perito. De este modo, concluye Waldron, carece de sentido buscar ulterior valor interpretativo a las intenciones de cualquier legislador particular, o grupo de legisladores, puesto que ninguno de ellos, individualmente considerado, si se aprecia correctamente, es un perito.

Pero esta línea de pensamiento es o bien demasiado fuerte o demasiado débil. Demasiado fuerte si uno entiende los modelos presentados por Waldron en términos de un «mecanismo de la mano invisible» (como sugiere en una ocasión[12]). Podemos hablar de

---

[10] *Ibid.,* pág. 23.
[11] *Ibid.,* pág. 23.
[12] Ver Waldron, *supra* nota 1, pág. 31, pero compárese *ibid.,* pág. 37.

mecanismo de la mano invisible cuando hay una pauta de comportamiento que es contemplada como si fuera conducida por un cierto propósito o *telos,* mientras en realidad no es un propósito de nadie en particular. Como Nozick correctamente observa: «Una explicación de la mano invisible explica algo como si fuera el producto del diseño institucional de alguien, aunque no es producido por las intenciones de nadie»[13]. Ninguno de los modelos presentados por Waldron puede mostrar que algo como esto sucede habitualmente en el proceso legislativo. Como máximo, los modelos pueden mostrar que, ocasionalmente, un acto legislativo puede no representar la intención o propósito de ninguno de los legisladores, en cuyo caso, no habría ninguna intención del legislador a consultar[14]. Sin embargo, sugerir que todos y cada uno de los actos legislativos son el producto del mecanismo de la mano invisible significaría hacer a los actos legislativos mucho más misteriosos de lo que realmente son. Los legisladores, al fin y al cabo, a menudo tienen intenciones y propósitos bien definidos y muchas veces tratan de llevar a cabo estas intenciones promulgando la ley que desean promulgar. No hay nada invisible o misterioso al respecto.

Por otra parte, vale la pena destacar que el modelo aristotélico de la síntesis es incompatible con los mecanismos de la mano invisible. Como el mismo Waldron reconoce, el modelo sólo funciona bajo la asunción de que los participantes comparten un propósito, *bona fide,* común: difieran en sus puntos de vista y conocimiento personal tanto como quieran, ninguna síntesis surgirá si los participantes no comparten el propósito común de lograr la mejor decisión posible en una cuestión particular. En otras palabras, el modelo aristotélico de síntesis es un modelo únicamente aplicable a un procedimiento de *decisión* en grupo, y el «mecanismo de la mano invisible» no lo es. El último asume que *algo como una decisión en grupo* surgirá, bajo unas determinadas condiciones, precisamente en la situación en la cual no se ha intentado adoptar ninguna decisión.

Si Waldron concede esto, como creo, su argumento se debilita demasiado. Supongamos que pueda mostrarse que en un régimen democrático, la pericia de los legisladores es sólo concebible en el sentido agregativo sugerido por los modelos de Waldron. Una vez abandonamos el mecanismo de la mano invisible, no queda claro por qué debemos abstenemos de deferir a la intención combinada, aunque tal vez compleja, del grupo como un todo. Más aún, es Waldron

---

[13] Ver R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia,* Blackwell, Oxford, 1974, pág. 19.

[14] Esta es una conclusión inicialmente aceptada por mí, e incluso ofrecí un ejemplo de cómo esto podía llegar a suceder; ver Marmor, *supra* nota 2, págs. 163-164.

mismo el que suministra uno de los mejores ejemplos de cómo tal intención/pericia del grupo es posible, a saber, la síntesis del modelo aristotélico.

Ahora bien, Waldron es consciente de ello, y su réplica es, en mi opinión, el núcleo de su argumento: «la cuestión es que las intenciones de un legislador particular pueden revelar únicamente un punto de vista parcial de la síntesis incorporada en la legislación»[15]. Y más adelante escribe: «si un juez apela más allá del texto de una ley a las intenciones de los legisladores particulares, lo hará apelando a cosas dichas o hechas durante la tramitación del proyecto de ley. En esta etapa, la síntesis decisiva puede no haber surgido o cristalizado en las mentes individuales...»[16].

Veamos cuán «técnico» resulta el argumento: hemos recorrido un largo camino sólo para ver que no es la ausencia de intención legislativa lo que socava el intencionalismo, sino el hecho de que los jueces normalmente están ligados a tomar en cuenta sólo una parte de la intención real, puesto que únicamente pueden averiguar las intenciones apelando a las cosas que dijeron o hicieron en una etapa demasiado temprana del procedimiento legislativo. En efecto, Waldron sostiene que los jueces no pueden apoyarse en las ventajas de la síntesis aristotélica y no pueden hacerlo no porque sea una ficción, sino porque no tienen conocimiento de ella. Los jueces no tienen acceso a la síntesis emergente, según Waldron, porque ésta sólo cristaliza en el último momento. Si uno espera a que surja la síntesis final, entonces, afirma Waldron, «uno estará esperando, de hecho, el texto final de la ley»[17].

Puedo conceder, ciertamente, que la legislación algunas veces funciona así: a saber, que algunas veces únicamente al final de todo el procedimiento legislativo cristaliza la mejor síntesis subyacente a la ley. Sin embargo, me resulta muy difícil comprender por qué ello debe ser así en todos y cada uno de los actos legislativos. La última síntesis bien puede surgir antes del voto final. Además, la asunción de Waldron de que los jueces están de algún modo ligados a ver únicamente una parte de la imagen me parece también injustificada. Cuando los jueces atienden a aquellas cosas que son dichas y hechas durante la tramitación de un proyecto de ley, su propósito es lograr pruebas acerca de la intención *del grupo* en el caso de que la haya.

En ningún lugar sostuve que «aquellas cosas que se dijeron e hicieron durante la tramitación de un proyecto de ley» equivalen a la intención de la legislatura. Tales intenciones particulares, o manifes-

---

[15] Waldron, *supra* nota 1, pág. 36.
[16] *Ibid.,* pág. 37.
[17] *Ibid.,* pág. 38.

taciones de intenciones, propósitos y motivos, etc., tienen sólo consideración de pruebas. El juez debe usar tales pruebas para conformar su mejor juicio acerca de la «última síntesis» global subyacente a la intención, por debajo de la ley. Las dificultades relativas a la valoración de tales pruebas son bien conocidas, obviamente, y no es mi intención ciertamente subestimarlas (ni escaparon a mi comprensión en el artículo original objeto de la crítica de Waldron). Pero no alcanzo a comprender cómo estas dificultades arrojan dudas sobre los aspectos conceptual y normativo de la tesis intencionalista que he estado exponiendo. El lector impaciente puede concluir que el desacuerdo entre Waldron y yo mismo a estas alturas queda limitado únicamente a la frecuencia de la deferencia a la intención del legislador, más bien que a su posibilidad conceptual o a su deseabilidad general; he tratado de sugerir que bien puede ser este el caso y tal vez más de lo que Waldron concede.

Dejando aparte estos modelos, Waldron parece sugerir otro argumento basado en los principios democráticos, un argumento que encuentro políticamente atractivo. La deferencia a la intención del legislador, sostiene, encerraría una mala comprensión de la moralidad del principio de la regla de la mayoría. «Una ley aprobada por el Parlamento, dice, «es un acto del Parlamento, no un acto del partido mayoritario»[18]. La legitimidad moral del procedimiento democrático, subraya Waldron correctamente, debe basarse en una caracterización no partidista de tal procedimiento, de este modo rechaza una conexión demasiado estrecha entre la autoridad de la legislatura y la autoridad de la mayoría. Sin duda, éste es un ideal importante, un ideal que debe ser respetado por los jueces al interpretar las leyes. Pero no es claro para mí por qué este ideal político es tan extraño a la tesis intencionalista que yo he expuesto. Waldron parece olvidar en este punto que mi argumento en favor de la deferencia a la intención del legislador está limitado estrictamente a la tesis de la pericia de la justificación normal. La deferencia a la intención legislativa está justificada, argumenté, sólo si, y hasta el punto en que, la legislatura correctamente es calificada como perita o experta acerca del tema particular que ha promulgado, cuando se la compara con sus sujetos. Si esto ocurre alguna vez, seguramente es precisamente en aquellos casos en que los motivos de la legislación *no* se hallan en la política partidista o en materias ideológicamente controvertidas[19].

---

[18] Waldron, *supra* nota 1, pág. 41.

[19] Como una materia de hecho, las observaciones de Waldron causan aquí una particular perplejidad. Después de analizar mi rechazo explícito del intencionalismo basado en los principios mayoritario y democrático al inicio de este artículo, reintro-

C. El argumento conceptual

Estos breves comentarios sobre el argumento de la democracia de Waldron no pueden, en ningún modo, ser concluyentes. La plausibilidad de la tesis de Waldron deriva de su argumento conceptual y es a este argumento al que debemos regresar ahora. La principal falacia de mi tesis, arguye, «reside en establecer una conexión demasiada estrecha entre autoridad y autoría. La autoridad, en la concepción de Raz/Marmor, no puede ser sistemática: debe ser atribuible a un autor»[20]. Para mostrar que esto constituye una falacia, Waldron sugiere una reformulación de la «tesis de la justificación normal» de Raz, de la siguiente forma:

«[J]: Una ley (o cualquier texto) S tiene autoridad sobre una persona y si y sólo si la persona Y probablemente se adecuará mejor a las razones que le son aplicables siguiendo las provisiones de S que si trata de seguir aquellas razones directamente»[21].

Para satisfacer la tesis [J], según Waldron, no es preciso asumir que S tiene un autor. La autoría real de S, afirma, es como máximo un caso especial. S puede ser concebido como dotado de autoridad en el sentido requerido por [J] incluso si no hay ninguna persona que haya establecidos[22].

Waldron ciertamente tiene razón al presumir que esta concepción impersonal de la autoridad está reñida con la mía. En mis argumentos relativos a la intención del legislador, he supuesto, siguiendo a Joseph Raz[23], que: [1] el derecho es inteligible sólo si pretende tener autoridad legítima; [2] para que algo sea susceptible de pretender autoridad, debe ser un tipo de cosa que es capaz de tenerla; y [3] sólo las personas, que pueden comunicarse con otros, son capaces de

---

duce el principio mayoritario en mi concepción al final: «Seguramente -[Marmor] dirá- que lo que importa es si el punto de vista que tenemos en mente se corresponde a las intenciones de la mayoría o de la minoría de la legislatura. Seguramente el punto de vista de la mayoría es -en *virtud* de *las reglas que le permiten prevalecer*- el más canónico. (Ver p. 41) [cursiva mía]. Y esta supuesta réplica mía, sostiene Waldron, «está basada en una profunda mala comprensión acerca del... principio de la regla de la mayoría» (ibid.). Ciertamente, también yo estoy de acuerdo en que tal punto de vista está basado en una mala comprensión, pero como Waldron mismo reconoce al inicio del artículo, está mala comprensión no me es imputable.

[20] *Ibid.,* p. 19.

[21] *Ibid.,* p. 20.

[22] Una observación similar es la de M. Moore, pero su interés radica en la interpretación en general, y no tanto en el concepto de autoridad. Ver M. Moore, «Interpreting Interpretation», en A. Marmor (ed.), *Law and Interpretation, supra* nota 1; ver también H. Hurd, «Interpreting Authorities», *ibid.*

[23] Ver Raz, «Authority, Law, and Morality», *supra* nota 6, pág. 303, y Marmor, *Interpretation and Legal Theory, supra* nota 2, págs. 104-107, 113-118.

tener autoridad. Ahora bien, parece claro que Waldron desafía únicamente mi última presunción. Para que algo sea susceptible de tener autoridad, arguye, no necesita ser una persona.

Waldron nos ofrece dos ejemplos de cómo esto puede ser. El primero es la «máquina de Wollheim»: supongamos que concebimos una máquina determinada, digamos un ordenador, que es alimentada con elecciones diversas de los ciudadanos particulares. Entonces, la máquina agrega estas elecciones según un método preestablecido y produce «lo que puede denominarse una «elección» propia»[24]. De esta forma, los ciudadanos de esta democracia wollhemiana contemplarán los outputs de la máquina como dotados de autoridad. La consecuencia de este experimento mental (que, claramente, no es el mismo de Wollheim), sostiene Waldron, «es que nos habilita para imaginar una pieza de legislación que no puede ser concebida, en palabras de Fish, como algo producido «por un ser intencional... que está involucrado en alguna empresa en relación a la cual tiene un propósito o un punto de vista»[25].

El segundo ejemplo es relativo a otra máquina, pero esta vez más familiar: para aquellos que son muy incapaces de controlar las transacciones de su tarjeta de crédito, el banco puede proporcionar una fácil solución. Llamando a un determinado número de teléfono, una voz automática de una máquina puede hacerles saber su saldo en segundos. El resultado de esta voz automática de la maquina, según Waldron, «está dotada de autoridad en relación a mí en términos de la tesis [J]: es mejor para mí fiarme de esta pieza de información acerca del saldo existente en mi tarjeta de crédito que fiarme de mis propios cálculos olvidados»[26].

Podemos añadir un tercer ejemplo, sugerido por Michael Moore: «Supongamos que las nubes, al igual que los sueños, fueran en realidad mecanismos para generar conocimiento de uno mismo… El valor del conocimiento de sí mismo en tal caso haría de las nubes y los sueños un texto incluso en ausencia de autor para ellos»[27].

Lo que estos ejemplos intentan mostrar, entonces, es que podemos contemplar ciertos textos como dotados de autoridad, aunque carezcan de autor, de forma que no expresan los puntos de vista de nadie en relación a cómo debemos comportarnos. Estos ejemplos, sin embargo, no son concluyentes para mí, principalmente porque no

---

[24] R. Wollheim, «A Paradox in the Theory of Democracy», in P. Laslett & W.G. Runciman (eds.), *Philosophy, Politics, and Society,* Blackwell, Oxford (1969), pág. 75. Citado por Waldron, *supra* nota 1, pág. 13.

[25] Waldron, *Ibid.,* pág. 14.

[26] *Ibid.,* pág. 22.

[27] Moore, *supra* nota 21, pág. 21.

aciertan a distinguir las razones para la acción (o para la creencia) que los textos pueden generar, de las razones que están característicamente dotadas de autoridad[28]. Nadie necesita negar lo primero. Seguramente, la gente puede contemplar determinados textos, outputs de determinadas máquinas, o cosas similares, como razones para la acción o la creencia, al margen de su autoría. Pero tales razones no pueden estar dotadas de autoridad. Las razones para la acción que emergen de una prescripción dotada de autoridad deben tener ciertos rasgos, y estos rasgos están ausentes en estos ejemplos.

Primero y principal, se considera que las prescripciones dotadas de autoridad ofrecen (en parte) *razones para la acción independientes del contenido*[29]. Debe admitirse que el concepto de independencia del contenido en este contexto es notoriamente difícil de definir, y más bien discutible, pero espero que llegará a ser más claro más adelante. Por el momento, es suficiente con observar que las razones de una persona para obedecer una prescripción de la autoridad, no pueden basarse únicamente en el contenido de la prescripción. Deben basarse, *inter alia,* en el hecho de que la prescripción ha sido promulgada por una autoridad. La autoridad marca la diferencia, por así decirlo. Al fin y al cabo, hay un número y variedad indefinidos de textos que pueden ofrecer razones para la acción que no están dotados de autoridad en ningún sentido significativo. Un texto está dotado de autoridad sólo si no hay conexión directa entre las razones que ofrece y su contenido. Ahora bien, creo que Waldron acordaría en ello. Su error reside, sin embargo, en una mala concepción de aquello en que «la independencia del contenido» consiste: tener una razón para creer que un texto determinado contiene la verdad, por así decirlo, no nos da una razón independiente del contenido, como parecen comportar los ejemplos de Waldron.

Consideremos este ejemplo: supongamos que estoy viajando por un país extranjero; es claro que tengo muy buenas razones para creer que llegaré mejor desde A a B si consulto mi mapa de carreteras. Sin embargo, el mapa de carreteras no es un texto dotado de autoridad. Mis razones para consultar el mapa son exclusivamente dependientes del contenido. Incluso la más leve sospecha de que el mapa que tengo en mi poder está equivocado, digamos, porque no está actualizado, arrojaría dudas sobre mis razones para seguirlo y ello de una forma directamente relacionada con aquellas razones. Supongamos

---

[28] Obsérvese que la posición de Moore es distinta: sus ejemplos se refieren a los objetos de interpretación en general, no a la autoridad. De forma que el análisis siguiente no intenta ser una crítica de sus argumentos relativos a la "textualidad".

[29] Ver H. L. A. Hart, *Essays on Bentham,* Oxford University Press, Oxford, (1982), capítulo 10, y Raz, *The Morality of Freedom, supra* nota 6, pàgs. 35-37.

que descubro una vía que no está diseñada en el mapa. Lo único que puedo deducir es la sospecha de que el mapa no está actualizado y que haré bien en tomar precauciones. La inadecuación del mapa está directamente relacionada con mis razones para seguirlo, porque el mapa no es una autoridad. Esto es así, aunque sea verdad que llegaría mejor desde A a B consultando el mapa que tratando de configurar el camino por mí mismo.

La concepción de la autoridad de Waldron, sin embargo, hace imposible distinguir razones independientes del contenido de aquellas dependientes del contenido. Según la tesis [J], un mapa de carreteras es un texto dotado de autoridad y también lo es cualquier otro texto del cual una persona pueda tener alguna razón para creer que es útil o indicativo de la verdad de alguna forma. Lo cual nos deja con una concepción muy parcial de la autoridad, puesto que nos priva de su rasgo característico de ofrecer razones para la acción independientes del contenido[30].

Creo que esto es suficiente para mostrar la inadecuación de dos de los tres ejemplos mencionados, a saber, la máquina con voz automática, y las nubes que generan conocimiento de uno mismo[31]. La máquina de Wollheim podría ser diferente. Parece que los sujetos tienen algo como una razón independiente del contenido para seguir el resultado de la máquina de una forma semejante a como siguen las prescripciones dotadas de autoridad. Pero, debe apreciarse que disponemos de dos interpretaciones posibles de la situación, que dependen de cómo los ciudadanos de esta imaginaria democracia wollhemiana contemplan este proceso único. Nótese la interesante formulación que Waldron cita de Wollheim en este lugar: «la máquina entonces... produce lo que puede denominarse una "elección" propia». Todos sabemos, obviamente, que las máquinas no realizan elecciones. Pero algunos de nosotros, ateos, sabemos que Dios tampoco. Sin embargo, para aquellos que creen en los mandatos divinos, Dios es el autor y la fuente dotada de autoridad de sus prescripciones. Así puede entenderse la máquina de Wollheim. Si el procedimiento puede ser visto como un modelo razonable de legislación es, claramente, una cuestión distinta (y en la sección anterior ya indiqué mis razones para creer que no puede ser visto de esa manera). Hasta

[30] Obsérvese que lo que encuentro defectuoso no es la particular formulación de la tesis [J], ni tan sólo pretendo que sea una interpretación implausible de la tesis de la justificación normal de Raz. El error de Waldron reside en que ignora otros elementos importantes de nuestra concepción de la autoridad, algunos de los cuales serán indicadas con mayor claridad a continuación.

[31] Como Martin Stone me señaló, es difícil comprender cómo el resultado de la voz de máquina está, en algún sentido, basada en razones, en cuyo caso, la 'tesis de la dependencia' raziana quedaría también desplazada aquí.

cierto punto, sin embargo, la gente dispone de razones para seguir los resultados de la máquina, este proceso único debe hacerse inteligible para ellos, y una forma de hacerlo es contemplar la máquina como si «produjera una "elección" propia».

La opción más plausible, sin embargo, es que los ciudadanos de la democracia wollhemiana no contemplen los resultados de la máquina como algo más allá del producto de un cálculo. Es decir, la máquina simplemente agrega las preferencias individuales según algún método acordado, y nadie contempla el proceso como si fuera la representación de algo semejante a una «elección de la máquina». Entonces surge esta cuestión: ¿en qué sentido está dotado de autoridad el resultado de la máquina, por encima y más allá de la autoridad del método preacordado que es necesariamente (como Waldron concede fácilmente) el producto de la autoría de alguien? La respuesta es simple: en ningún sentido. Para comprender esta idea, supongamos que en la democracia wollhemiana hay un gran matemático, el cual lleva a cabo los mismos cálculos precisamente, de forma concomitante a la actividad de la máquina y, podemos asumir, exactamente con la misma precisión. Claramente, no habría diferencia entre el revestimiento de autoridad del resultado de la máquina y el del matemático. Ambos serían sólo concebidos como «instrumentos» para el descubrimiento de la resolución dotada de autoridad; ninguno de los cuales es, con todo, la autoridad.

Tal vez otra forma de resumir el aspecto que trato de mostrar es el siguiente: la concepción de Waldron de la autoridad es, como máximo, una concepción de las autoridades teóricas; la tesis [J] proporciona la esencia de las autoridades teóricas. Sin embargo, no capta los rasgos característicos de la autoridad práctica. Únicamente las autoridades prácticas pueden contemplarse como produciendo razones para la acción independientes del contenido. Por el contrario, si un texto determinado es concebido como una autoridad teórica, las razones para la acción o la creencia que genera no pueden contemplarse como independientes del contenido, como he sugerido en estas líneas. Una persona o un texto pueden contemplarse como una autoridad teórica si se cumplen las condiciones de la tesis [J]. Hasta el punto en que tengo razones para creer que haré las cosas correctamente si me fío de S más que las haría si buscara las razones por mí mismo, S es para mí una autoridad teórica, sea el producto de una autoría o no lo sea.

Las distinciones entre autoridades prácticas y teóricas son, como es sabido, discutibles pero creo que vale la pena explorarlas aquí un poco más para facilitar nuestra comprensión de la independencia del contenido que, en mi opinión, sólo tiene relevancia en el caso de las autoridades prácticas.

La autoridad teórica es a menudo distinguida de la práctica en términos de la distinción entre razones para la creencia en oposición a razones para la acción. Una autoridad teórica, se sugiere muchas veces, es la fuente de las razones para la creencia, en oposición a la autoridad práctica que es tenida como generadora de razones para la acción. No tardamos en darnos cuenta de que esta distinción, en estos términos, es más bien discutible. Cuando consulto un médico, y me receta que siga determinado tratamiento, es claro que tengo razones para creer que él tiene más probabilidades de acertar que yo y esto en sí mismo ya es una razón para que siga el tratamiento. Lo mismo, más o menos, se aplica a cualquier autoridad que podamos imaginar. Y no debe sorprendernos, al fin y al cabo, que las razones para la acción estén necesariamente enredadas en un ámbito lleno de creencias acerca de hechos, valores y de lo que sea. Tener una razón para la acción comporta razones para creer que esta acción, y no otra, debe ser hecha, y esto normalmente comporta un ámbito muy amplio de creencias acerca de numerosas cosas. Y también, es obvio, al revés: las razones para la creencia dan lugar, a menudo, a razones para la acción. Así que debemos tener algún otro fundamento para distinguir una autoridad teórica de una práctica.

La gente muchas veces habla de autoridades teóricas para referirse a alguna pericia especial que posee una persona o un texto determinados. Así puede decirse, por ejemplo, que «Jones es una autoridad en la historia del siglo XVII inglés». Lo que se quiere decir con ello es simplemente que Jones es un gran experto en este campo, y de esta forma, probablemente tiene muchas más posibilidades de hacer las cosas bien en su campo que la mayoría de los demás. (Lo mismo, tal vez, pueda afirmarse de un texto, incluso aunque no sepamos nada de su autor. Puede haber quedado establecido a través del tiempo y la experiencia, por ejemplo, que este texto «funciona bien» para nosotros, en su campo, aunque no comprendamos adecuadamente por qué ni cómo). Ahora uno podría preguntarse, ¿qué es lo que distingue a las autoridades teóricas de las prácticas, y, deseo añadir, de las autoridades genuinas? ¿Por qué debe haber alguna diferencia?

Joseph Raz sugirió que la respuesta reside en que las prescripciones de las autoridades prácticas son tomadas como imponiendo obligaciones, mientras las razones engendradas por las llamadas autoridades teóricas no son concebidas como obligatorias[32]. Así, una persona que acepta la autoridad práctica de A debe creer que tiene una obligación para obedecer las prescripciones dotadas de autoridad de A. Las autoridades teóricas, por otra parte, no imponen obligaciones. La distinción de Raz es, de hecho, más sofisticada: la naturaleza de

[32] *The Morality of Freedom, supra* nota 6, capítulos 2 y 3.

las obligaciones creadas por las autoridades prácticas es de un tipo especial, explicado por su «tesis del reemplazo» *(pre-emption thesis)*[33]. Sin embargo, los detalles de esta tesis del reemplazo no nos conciernen ahora. En cambio, deseo fijarme en alguna de las implicaciones de la principal intuición de Raz, a saber, la idea de que las autoridades prácticas tienen una relevancia práctica especial, que está ausente en las llamadas autoridades teóricas. Si esta dimensión práctica es mejor captada por la idea de una obligación, o por la de razones desplazadoras, es una difícil cuestión que no trataré de resolver aquí.

Sin embargo, excepto que clarifiquemos primero la idea según la cual una autoridad comporta una dimensión práctica, no podremos iniciar nuestra comprensión del concepto de autoridad práctica. Una forma importante en la que una autoridad comporta dicha dimensión consiste en que las razones para la acción generadas por la autoridad no están afectadas por su corrección objetiva ni directa ni indirectamente. Si S es un texto dotado de autoridad, que prescribe una acción A, debe ser posible para los sujetos de S tener una razón para hacer A (que, es obvio, no necesita ser concluyente), incluso si S es objetivamente erróneo y no hay razón para hacer A, esto es, al margen de que A haya sido prescrita por una autoridad. Es éste un elemento que, obviamente, está ausente completamente en el caso de las autoridades teóricas. Volviendo a nuestro ejemplo: si Jones realiza determinada observación sobre el siglo XVII inglés, digamos T, que yo llego a *saber* que es falsa, entonces el hecho de que Jones sea una autoridad en su campo no proporciona ningún fundamento independiente para mi creencia en T. La autoridad de Jones, es claro, puede llevarme a sospechar de mis fundamentos para dudar de T y puede conducirme a revisar otra vez mis pruebas, etc., pero nada de ello añade una razón independiente para creer que T. Una vez que *se* que T es falso, la autoridad de Jones se convierte en irrelevante. Éste no es el caso, por el contrario, con las autoridades prácticas. El hecho de que S sea una autoridad para mí, y que prescriba A, bien puede darme una razón para hacer A, incluso si sé que S está en un error al prescribir A. Las razones creadas por las resoluciones dotadas de autoridad pueden ser invalidadas, obviamente, pero nunca pueden ser tomadas como prácticamente irrelevantes.

D. Autoridad práctica y el problema del error

La conclusión de que las autoridades deben comportar una dimensión práctica, aún si es conocido que están objetivamente

[33] *Ibid.,* págs. 57-62.

equivocadas, es doblemente problemática. En primer lugar, requiere una explicación acerca de por qué los individuos han de tener razones para seguir una prescripción dotada de autoridad si ellos conocen que la prescripción es errónea. En segundo lugar, y de modo más específico, esta conclusión parece estar reñida con la tesis de la peri cia de la justificación normal, que he usado anteriormente. He argumentado que la deferencia hacia las intenciones de los legisladores está algunas veces garantizada sobre los fundamentos de que la autoridad -podría decirse- conoce mejor aquello que debe ser hecho. Sin embargo, si la legitimidad de la autoridad descansa en su relativa pericia, esto parece excluir la irrelevancia del error. El conocimiento de que la autoridad está equivocada, sostendría esta objeción, socava la base de su legitimidad.

Por supuesto, ambas cuestiones están relacionadas, pero no de una manera simple. Es posible dar cuenta fácilmente de la irrelevancia del error sobre la base de la tesis de la coordinación de la justificación normal. Si es el caso de que la legitimidad de una resolución dotada de autoridad descansa en su función de solucionar un problema de coordinación, el hecho de que su resolución no sea óptima, o sea parcialmente errónea, no socava necesariamente las razones del sujeto para obedecerla. Al fin y al cabo, incluso una solución parcial o imperfecta de un problema de coordinación es a menudo mejor que ninguna solución. Supóngase, por ejemplo, que mi Facultad está considerando comprar nuevos ordenadores para nuestro departamento, y delibera acerca de comprar IBM o Mackintosh. Ahora bien, puede ser el caso de que sea más importante insistir en la uniformidad de la clase de ordenadores adquiridos que en la elección particular entre las dos clases. Supóngase, entonces, que la Facultad decide comprar Mackintosh, pero que su decisión fue objetivamente errónea; y que IBM nos hubiese convenido más. Sin embargo, dada la mayor importancia de la uniformidad, tenemos ahora buenas razones para obedecer la decisión de la Facultad, aun si ésta es parcialmente errónea[34].

La situación es más complicada cuando consideramos las resoluciones dotadas de autoridad, basadas en la tesis de la pericia. Para dar cuenta de la irrelevancia del error en este caso, debemos destacar que hay una distinción entre las razones de los sujetos para seguir una directiva dotada de autoridad y su legitimidad. En otras palabras, la tesis de la justificación normal apunta solamente a las razones primarias para seguir una prescripción de la autoridad, pero los

[34] Para un tratamiento más detallado, véase, A. Marmor, «On Convention» a publicarse en *Synthese,* 1995.

sujetos de esta autoridad también poseen típicamente otras razones secundarias y auxiliares. Estas razones auxiliares proporcionan una importante explicación para el hecho de que los individuos tienen razones para seguir una prescripción objetivamente errónea de la autoridad, aun si esa prescripción pretende basarse en la tesis de la pericia[35].

Las razones auxiliares para la obediencia a una autoridad son de vanas clases. Primero y principal están aquellas que consisten en las razones de los sujetos para mantener y respaldar la capacidad general de la autoridad para desempeñar su tarea[36]. Estas razones pueden abarcar tanto aspectos personales como institucionales. Considérese este ejemplo trivial. Mi decano, profesor A, es, normalmente, un decano bastante bueno. La mayoría de sus decisiones son sensatas y justificadas. Sin embargo, en algunos casos, sus decisiones están lejos de ser óptimas. Algunas veces él está sencillamente equivocado. Creo, sin embargo, que tengo buenas razones para obedecer sus decisiones equivocadas, en parte porque así contribuyo a mantener su autoridad personal entre los miembros de la Facultad, y de modo más importante, porque esto contribuye a mantener la autoridad de la institución de Decano. Por supuesto, éstas son razones auxiliares en tanto que no forman parte de la tesis de la justificación normal. Pero ellas son bastante comunes y a menudo proporcionan poderosas razones para la obediencia, aún si la autoridad se equivoca.

No es necesario señalar que esta clase de razones auxiliares normalmente prevalecería sólo si se obtienen ciertas condiciones. En primer lugar, debe asumirse que la autoridad es, en general, legítima, de acuerdo a la tesis de la justificación normal. En segundo lugar, las razones auxiliares deben ser sopesadas contra las razones objetivas primarias para desobedecer la prescripción de la autoridad, cuando ésta está equivocada. Finalmente, si las razones para la obediencia son auxiliares, el acto de obediencia debe ser público. Después de todo, si la única razón para seguir una autoridad consiste en la nece-

---

[35] Hay que destacar que Raz formuló cuidadosamente su tesis de la justificación en términos de la justificación «normal», expresando así, creo, su opinión de que existe una distinción entre la legitimidad de una prescripción dotada de autoridad y las razones de sus sujetos para seguirla. Por otra parte, su explicación de la necesidad de seguir, ocasionalmente, prescripciones erróneas basada parcialmente en su interesante distinción entre «errores claros» y «grandes errores» no es, creo, completamente persuasiva. (Véase Raz, *supra* nota 6, págs.. 61-62) Sin embargo, un análisis detallado de las ideas de Raz sobre estos temas excede los límites de este trabajo. Básicamente, mi argumento es que Raz ha subestimado la importancia de las razones auxiliares en este contexto.

[36] Cf. C. Gans, *Philosophical Anarchism and Political Disobedience* (1992), Cambridge University Press, pág. 71.

sidad de apoyar y mantener su capacidad para funcionar eficazmente, este objetivo no podría ser alcanzado a menos que los individuos sean conscientes del acto de obediencia y éste sea públicamente reconocido como tal.

Hay una segunda e importante clase de razones auxiliares para seguir las prescripciones dotadas de autoridad. Estas razones están estrechamente conectadas con las razones primarias para la obediencia. Con mucha frecuencia, la autoridad intenta decidir una cuestión práctica basándose en su pericia (o así debería esperarse que suceda), pero las razones de los sujetos para obedecer tal prescripción consisten principalmente en consideraciones relativas a la coordinación; ésta es una categoría prevalente de justificación mixta. Algunas veces, aun en materias que requieren pericia, puede ser prácticamente más importante tener una resolución dotada de autoridad que los detalles de la correcta resolución. La determinación de los niveles de impuestos sobre la renta, por ejemplo, requiere una gran dosis de pericia en economía, políticas de bienestar, moralidad, etc. Una autoridad que pretende decidir sobre estas cuestiones debe presumirse que descansa sobre la tesis de la pericia de la justificación normal. Sin embargo, puede ser más importante para nosotros tener una resolución con autoridad sobre estas cuestiones que el que los detalles sean correctos. Aun si la autoridad ha cometido un error, sus sujetos pueden tener razones para seguir su prescripción, las cuales están basadas en consideraciones de coordinación. Una vez más, hay numerosas condiciones que deben producirse para que prevalezcan estas razones auxiliares, pero no es necesario considerar aquí estos detalles.

En resumen: he argumentado que es típico de las autoridades prácticas que las razones para seguir sus directivas son una combinación de razones primarias y auxiliares. Las razones auxiliares explican por qué los sujetos de una autoridad pueden tener buenas razones para seguir sus prescripciones, incluso si se conoce que estas prescripciones son objetivamente erróneas. Este, he sostenido, es un sentido importante en el cual se mantiene correctamente que la autoridad genera razones para la acción independientes del contenido. Ahora, si esto es correcto, podría también mostrarse por que las denominadas autoridades teóricas son muy diferentes de las autoridades prácticas: las razones para creer (o actuar) que ellas generan carecen de esta propiedad de la independencia del contenido. Tampoco tenemos razones auxiliares para seguir autoridades teóricas. Finalmente, para volver a los argumentos de Waldron, podemos concluir que él ha fracasado en demostrar cómo los ejemplos de autoridad sin autor en los que se apoya son autoridades *prácticas:* ninguna de ellas puede considerarse que genera razones para la acción independientes del contenido.

Hay que reconocer que todo esto nos deja sólo una réplica parcial a Waldron. La conclusión de que sus argumentos en apoyo de una concepción impersonal de la autoridad no son convincentes, no prueba que él está básicamente equivocado. Necesitamos algún argumento positivo mostrando por qué la autoría es un requisito conceptual de la autoridad práctica. También necesitamos, como Waldron correctamente reclama, una réplica convincente al famoso argumento de H. L. A. Hart contra la concepción personal de la autoridad de Austin. Estas dos cuestiones constituyen el tema del resto de este artículo.

E. Autoridad y autoría

Uno de los errores más importantes de Austin en su descripción de las autoridades jurídicas consiste en su falta de reconocimiento de que la autoridad, como opuesta a un asaltante, *debe pretender ser legítima*. Por supuesto, puede fallar en satisfacer su pretensión de legitimidad, pero hay que asumir que intenta mantener esta pretensión. En otras palabras, una prescripción dotada de autoridad o bienes obligatoria para sus sujetos, o no es obligatoria. Pero debe pretender ser obligatoria para ser considerada como una prescripción dotada de autoridad. Siguiendo a Joseph Raz[37], pienso que esto debería ser suficiente para mostrar que solamente aquellas cosas que pueden pretender legitimidad pueden ser autoridades. Para pretender legitimidad, hay que ser capaz de comunicarse con otros; he sostenido que solamente aquellos que pueden expresar una opinión acerca de cómo deben comportarse los demás pueden considerarse como autoridades. De allí la conclusión de que la autoridad requiere autoría. Pero ahora me doy cuenta de que la conclusión puede no ser tan evidente, por razones que están ocultas detrás de algunos de los principales argumentos de Hart contra la concepción de la autoridad jurídica de Austin. El problema es éste: aun si uno admite que -como una cuestión de hecho- la autoridad del derecho necesita algún autor, la autoridad del derecho puede no derivarse de la autoridad de su autor fáctico. No, como Waldron sugiere, porque no hay necesidad de un autor, sino porque el autor puede perder su relevancia como autoridad con el paso del tiempo, o si se producen ciertas condiciones.

Sin embargo, en la evaluación de los argumentos de Hart, no debemos confundirnos por defectos específicos en su blanco; la caracterización de la autoridad jurídica de Austin está seriamente

[37] «Authority, Law and Morality», *supra* nota 6, y Marmor, *Intepretation and Legal Theory,* supra nota 2, capítulo 6.

equivocada, aun desde el punto de vista de la concepción personal de la autoridad. Mucho se ha dicho contra su cruda definición de soberano en términos de obediencia habitual, y no necesitamos repetir aquí esos puntos obvios. De modo más importante, sin embargo, Austin ha cometido un error grave al identificar el concepto de autoridad jurídica con el de soberano político. Hart estaba en lo cierto al observar que, desde un punto de vista jurídico, la identidad del soberano depende en general de las normas jurídicas y no viceversa[38]. Solamente sobre la base de normas y convenciones que constituyen las Reglas de Reconocimiento podemos identificar a determinadas personas como los (jurídicamente) soberanos. Más aún, el hecho de que podamos tener definiciones no-jurídicas de soberanía política tampoco salvaría a Austin, simplemente porque el concepto de soberanía política no está necesariamente vinculado al de autoridad jurídica. Desde un punto de vista político o sociológico, las dos instituciones no son necesariamente (y a menudo, ni siquiera prácticamente) idénticas. De ahí que la identificación de la autoridad jurídica con el soberano político es juridicista, en cuyo caso, involucra un círculo vicioso (como señaló Hart), o si no, no es jurídica, en cuyo caso, está simplemente equivocado.

Sin embargo, lo que permanece como un blanco genuino es la intuición de Austin de que la autoridad de las normas jurídicas deriva de la autoridad de su autor. Más aún, la definición de derecho de Austin en términos de órdenes, aunque equivocada, envuelve una intuición básicamente correcta: esto es, que el derecho es el producto de un acto de comunicación.

Recordando estas clarificaciones, volvamos a la evaluación de los argumentos de Hart. Nuestro propósito, entonces, es ver si sus argumentos tienen una relación con la concepción personal de la autoridad, aun cuando no sigamos defendiendo la definición de Austin de la autoridad jurídica en términos de soberano político, y éste último en términos de obediencia habitual.

Dejando de lado su argumento, mencionado anteriormente, acerca de la circularidad de la definición de Austin, Hart ha formulado tres argumentos principales contra la concepción personal de la autoridad de Austin. El primero es el argumento acerca de la continuidad del derecho: «¿Cómo el derecho creado por un legislador, muerto hace un largo tiempo, puede aún ser derecho para una sociedad de la que no puede decirse que lo obedece habitualmente?»[39]. En cualquier sistema jurídico, sostuvo Hart, tenemos «normas que nos per-

---

[38] Hart, *The Concept of Law, supra* nota 4, p. 75, y compárese con Austin, *supra* nota 3, p. 11.

[39] *The Concept of Law, supra* nota 4, págs. 60-61.

miten salvar la transición de un legislador a otro»[40], y la autoridad de estas normas, *ex hypothesis,* no puede derivar de la autoridad de los legisladores habitualmente obedecidos. Esto es así, aun si, en algún momento u otro, se ha originado en un acto de creación de derecho.

El segundo argumento de Hart, también mencionado por Waldron, se refiere al ideal de la *rule of law.* Como Austin mismo rápidamente admitió, su definición de la autoridad jurídica implica que el soberano no puede estar limitado por el derecho, que no puede existir ninguna limitación jurídica al poder de legislar. Pero esta conclusión, observó correctamente Hart, está reñida con la práctica y el ideal moral de la rule *of law*[41].

Finalmente, Hart ha argumentado detalladamente que las definiciones de Austin hacen completamente problemático dar cuenta de las costumbres como una fuente del derecho. La costumbre no puede ser considerada como la expresión de una autoridad acerca de cómo deben comportarse sus sujetos. El recurso de Austin de una «orden tácita» para dar cuenta del derecho consuetudinario ha sido en este caso el principal blanco de la critica de Hart[42].

Consideremos estos puntos uno por uno.

(1) La continuidad del derecho.

El problema de la continuidad del derecho debe ser dividido en dos diferentes cuestiones. La principal preocupación de Hart en este punto se resume en la pregunta: ¿Cómo es posible, en la teoría de Austin, dar cuenta de la autoridad jurídica de las normas de transición? Pero es fácil advertir que la preocupación de Hart en este punto se deriva exclusivamente de la definición de autoridad jurídica de Austin en términos de *hábitos de obediencia.* Como él oportunamente señala: «[la cuestión es] cómo, sobre la base del esquema simple de los hábitos de obediencia, puede decirse que la primera norma jurídica creada por un sucesor en el cargo de legislador *ya* es derecho antes que él reciba obediencia habitual»[43]. Así una vez que abandonamos la teoría de Austin de la obediencia habitual como base para la identificación de la autoridad, la cuestión acerca de la continuidad del derecho no puede ser ya considerada como una cuestión acerca de la autoridad de las normas de transición. En una aproximación raziana a la autoridad jurídica, las normas de transición no son más misteriosas o involucran circularidad que cualquier otra norma que es considerada vigente después de que su legislador ha dejado personalmente de ser una autoridad jurídica.

---

[40] Ibid., pág. 53.
[41] Ibid., pág. 42.
[42] Ibid., págs. 46-48.
[43] Ibid., pág. 60.

Pero, ahora parece que las preocupaciones de Hart acerca de la continuidad del derecho pueden ser reformuladas y ésta es la segunda, y más relevante, cuestión que aquí surge: ¿Cómo en la concepción personal de la autoridad, podemos dar cuenta de la autoridad jurídica de normas antiguas? (Por «antiguas» me refiero a aquellas normas jurídicas que se consideran dotadas de autoridad, a pesar de que sus autores no son ya autoridades jurídicas). Para dar cuenta de la autoridad de las normas jurídicas antiguas, parece que la autoridad del derecho debe presumirse que se extiende más allá de la autoridad de su autor. En regímenes democráticos, es un fenómeno frecuente que las normas de una legislatura se consideren obligatorias aún después de que ésta ha sido remplazada por otra legislatura varios años más tarde[44]. ¿Cómo debemos dar cuenta, entonces, de la autoridad de las normas antiguas?

Bien podría sorprender al lector en este punto que el problema sea en sí mismo algo problemático. Después de todo, una de las más enraizadas convenciones de cada uno de los sistemas jurídicos es que las normas promulgadas por una autoridad son consideradas válidas hasta que son derogadas por una autoridad subsiguiente (o hasta que ellas pierden su validez conforme a algún otro criterio establecido). Así parece que tenemos una respuesta fácil a la pregunta acerca de las normas antiguas: su autoridad deriva de las normas o convenciones que determinan la continuidad de la validez de las normas en el sistema jurídico. Estas reglas de continuidad o convenciones bien pueden ser consideradas como parte de las Reglas de Reconocimiento del sistema jurídico.

Parece que la única razón para ver un misterio en donde no hay ninguno surge de la incomprensión de la naturaleza personal de la concepción personal de la autoridad. Esta última requiere que el derecho, al igual que cualquier otra prescripción dotada de autoridad, sea el producto de un acto de comunicación, en tanto debe reflejar el punto de vista de una persona con autoridad acerca de cómo deben comportarse los demás. Sin embargo, no son las características personales del autor lo que lo o la convierten en una autoridad. No consideramos a ciertas personas como autoridades porque ellas tengan ciertas características personales, sino porque actúan en una función o cargo de autoridad. Es la identidad del car-

[44] Tal vez el ejemplo más dramático de esto lo tenemos en la autoridad de la constitución de Estados Unidos: para la mayoría de los juristas americanos, la autoridad actual de la constitución en el derecho americano no deriva de la autoridad personal de sus constituyentes muertos hace tiempo. Deriva del hecho de que los americanos y sus juristas consideran el documento, y no a los constituyentes, como la autoridad suprema de su derecho.

go y no la identidad personal lo que importa. Por supuesto, normalmente es importante quien ocupa un cargo en particular. Nunca somos indiferentes a la identidad personal de la autoridad; siempre es importante quienes son los legisladores. Pero las razones para la deferencia a una autoridad son básicamente razones dependientes del cargo: deferimos a la autoridad de x, porque x es una autoridad y no porque él es x.

La importancia de la identidad del cargo no está confinada a las autoridades. Juega un papel similar en otros numerosos contextos donde las razones para creer o actuar son parcialmente independientes del contenido. Considérese las razones de un individuo para deferir a las peticiones de su amiga. Jim es el mejor amigo de Sarah. Sarah cree que ella tendría razones para actuar conforme a los requerimientos de Jim, porque ella cree que la deferencia a las peticiones de sus amigos es parte de su concepción de la amistad.

Sus razones son, entonces, parcialmente independientes del contenido. Pero, por la misma razón, ellas también son dependientes del rol (role-identity). Si Jim le pide a ella que haga unas averiguaciones para él, ella sentiría que tiene una buena razón para hacerlo, en parte (o quizá aún principalmente) porque Jim es su mejor amigo. El hecho de que ella no considere como un accidente que Jim, y no otra persona, sea su mejor amigo está más allá de nuestra discusión.

Dado que el papel de «mejor amigo», por así decirlo, es ocupado por Jim y dado sus convicciones de que uno debe deferir a los requerimientos de sus mejores amigos, Sarah tiene una razón para deferir a los pedidos de Jim[45].

Lo mismo es verdad, aun de modo más evidente, respecto de la identidad del cargo de las autoridades jurídicas. Así, una vez que vemos que no hay nada realmente personal acerca de la concepción personal de la autoridad, el misterio acerca de la autoridad de las normas antiguas debe disiparse. Las Reglas de Reconocimiento definen las fuentes de validez jurídica, y éstas deben incluir aquéllas que determinan el papel de los legisladores y, *inter alia,* las normas acerca de la continuidad del derecho. La única presuposición de la concepción personal de la autoridad es que alguien en el cargo de autori-

[45] Nótese, sin embargo, que no pretendo sostener que la dependencia del cargo (role-dependence) es un prerrequisito necesario de las razones independientes del contenido. Es posible que las razones para la acción de un individuo sean en parte independientes del contenido aun en la ausencia de un papel estructurado, tal como la amistad. Sarah puede estar simplemente enamorada de Jim, y consecuentemente ella puede actuar conforme a sus peticiones, de un modo que es parcialmente independiente del contenido. Esto es intelegible incluso si somos reluctantes a definir el objeto «estar enamorado de... « en términos de un papel. Estoy agradecido a Meir Dan-Cohen por llamarme la atención sobre este punto.

dad debe haber dictado el derecho. Este es un punto conceptual acerca de las fuentes del derecho. No implica que el requerimiento de autoría sea exhaustivo de las condiciones de validez del derecho. Las normas antiguas son válidas porque ellas tienen que ser consideradas válidas conforme a las reglas de reconocimiento, pero primero deben ser normas jurídicas.

(2) The Rule of Law

El concepto de identidad del cargo (role-identity) puede también ayudar en la discusión del argumento de Hart concerniente a la rule of law. Hart estaba ciertamente acertado al observar que la definición de autoridad jurídica de Austin torna imposible dar cuenta de que los legisladores se consideran a sí mismos, como debe ser, sujetos a las normas que promulgan. En otras palabras, parece que la concepción personal de la autoridad es incapaz de explicar la fuerza autovinculante de la legislación. Una cuestión similar es sostenida por Waldron: «es una parte importante de nuestro concepto normativo de autoridad jurídica que también los legisladores deben estar obligados por las leyes que ellos mismos promulgan. En el enfoque de Raz/Marmor es imposible que el derecho pueda tener *autoridad* para un legislador, porque no tiene sentido decir que x tiene una razón mejor para confiar en las prescripciones de x que confiar en su propio juicio en cuestiones que x está considerando»[46].

Sin embargo, Hart fue perfectamente consciente de una posible solución. Austin podría haberse apoyado en la distinción entre la capacidad personal y la capacidad oficial del soberano. Él podía, entonces, sostener que el soberano personalmente estaba vinculado por aquellas normas que él había promulgado conforme a su capacidad oficial. La objeción de Hart a este modelo es doble: primero, sostiene que, aun si podemos distinguir entre ambas capacidades del legislador, solamente podemos trazar esta distinción sobre la base de normas pre-existentes, es decir, de aquellas normas de competencia que definen la competencia legislativa. En segundo lugar, Hart argumenta, esta estrategia es superflua. Una vez que comprendemos que la competencia legislativa como tal, presupone la existencia de normas, la fuerza autovinculante de la legislación es explicable sobre los mismos fundamentos que la fuerza autovinculante de una promesa (o, en realidad, Hart podría haber sostenido, al igual que la fuerza autovinculante de un movimiento en un juego). Así, concluye: «El legislador no es necesariamente como quien da órdenes a otro: alguien por definición más allá del alcance de lo que él mismo hace.

---

[46] *Supra* nota 1, p. 32. Nótese que la formulación de Waldron no se aplica a la tesis de la coordinación de la justificación normal.

Al igual que quien promete, él ejerce poderes conferidos por normas: muy a menudo él puede, al igual que el promitente, estar dentro del ámbito de sus normas»[47].

Ambos puntos, sin embargo, son solamente parcialmente correctos. Respecto del primero: es, por cierto, verdad que el concepto de capacidad oficial, o como preferiría denominarlo, la identidad del cargo, requiere del respaldo de una práctica. Por ejemplo, debe existir una práctica de la amistad para que alguien sea capaz de ser considerado como un amigo. Pero, como el ejemplo de la amistad muestra, la práctica no necesita estar constituida por reglas de competencia (a pesar de que tal vez así suceda en el caso de los legisladores). En sus transacciones de cada día, los individuos normalmente actúan en diferentes papeles y cargos, algunos más estructurados que otros, y estos papeles están definidos por prácticas con las cuales los individuos se identifican, en diferentes grados[48]. Muchos de estos papeles, sin embargo, tienen poco, si algo, que ver con las normas de competencia. El actor en un escenario, el secretario de una firma comercial, un profesor, un esposo, etc. están actuando en sus papeles, y ellos son fácilmente identificables como tales, con independencia de normas de competencia. Así el hecho que los individuos se sientan vinculados por las normas de los papeles que desempeñan es mucho más prevaleciente, y a menudo menos estructurado, que lo que Hart parece haber notado.

Todo esto muestra, sin embargo, que es solamente el segundo argumento de Hart el que potencialmente se dirige contra la concepción personal de la autoridad. No es la doble capacidad lo que explica la naturaleza autovinculante de la legislación, él sostiene, sino la analogía de la legislación con las promesas. En ambos casos, no es necesariamente una actividad «dirigida a otros». La legislación, en otras palabras, es como un movimiento en un juego; las consecuencias de los movimientos están definidos y constituidos por las reglas, y éstas pueden bien concernir a uno mismo, a otros individuos, o a ambos.

En este punto, sin embargo, uno comienza a sentirse perplejo. ¿Cuál es la diferencia, entonces, entre una orden y una promesa? ¿No es claro que, al igual que una promesa, una orden también es inteligible sólo sobre el respaldo de «ciertas normas que gobiernan el proceso»? Si prometer es como un movimiento en un juego, así también es emitir una orden. El hecho de que las promesas conciernan a uno mismo, y las ordenes conciernan a otras personan es aquí

---

[47] *The Concept of Law, supra* nota 4, pág. 43.

[48] Para un interesante análisis de la identidad del cargo y su significación para la teoría jurídica, véase M. Dan-Cohen «Law, Community and Communication» 1989, *Duke Law Journal,* págs. 1.654-1.676.

simplemente irrelevante. Ambas son inteligibles solamente sobre el respaldo de una práctica constituida por normas y convenciones que dan a la acción su significación particular. Una diferencia es que la práctica de las promesas no está vinculada a ningún papel específico que el promitente tenga que ocupar, mientras que las prácticas subyacentes a las órdenes normalmente están más estrechamente relacionadas con los papeles que el emisor de la orden tiene que desempeñar. Pero, *en este sentido,* seguramente, legislar es más similar a ordenar que a hacer promesas.

La conclusión es que hay dos explicaciones válidas para la naturaleza autovinculante de la legislación. Una explicación es la doble capacidad del legislador: no hay razones, o al menos no han sido ofrecidas Por Hart, para rechazar la idea simple de que los legisladores, personalmente, están obligados por las normas que dictan en su capacidad oficial. Más aún, incluso desde su posición oficial, la legislación puede ser autovinculante, como una promesa o un movimiento en un juego. El hecho de que éste sea un rasgo de la legislación, el cual es explicable sólo sobre la base de una práctica preexistente, puede suponer tal vez alguna dificultad para Austin, pero no para la concepción personal de la autoridad como tal.

Waldron puede conceder esto. Pero, parece sugerir que aquí hay un problema especial respecto de la tesis del perito de la justificación normal. ¿Cómo podemos comprender la naturaleza auto-concerniente del perito?, él pregunta. ¿Cómo puede un legislador, aun desde su doble capacidad, ser considerado un experto en relación a su propio juicio? Si la autoridad del legislador consiste en su pericia, no podemos, pretende Waldron, dar sentido a la naturaleza autovinculante de la autoridad. La réplica a esto es bastante simple: no hay razón para creer que la naturaleza autovinculante de la legislación, esto es, en términos de su legitimidad subyacente, descansa sobre los mismos fundamentos que su autoridad concerniente a otros. Las razones de los legisladores para respetar las normas que ellos han promulgado no necesitan ser las mismas que las razones que se aplican a sus otros sujetos. Las primeras consisten de aquellos valores suministrados por ciertos aspectos bien conocidos de la *rule of law*. Ellos simplemente no necesitan derivarse de la tesis de la justificación normal.

(3) La costumbre como una fuente de derecho.

Austin se esforzó en mostrar cómo la costumbre puede ser una fuente de normas jurídicas válidas, desde que difícilmente pueda ser dicho que la costumbre es la expresión de los deseos del soberano acerca de cómo otros deben comportarse[49]. Parece que una cuestión

[49] Austin, *supra* nota 3, pág. 32.

similar puede invocarse contra cualquier concepción personal de la autoridad, incluso la mía. El derecho consuetudinario parece ser derecho sin un autor.

No pretendo negar que hay un punto justificado aquí. Tampoco creo que el recurso de las «órdenes tácitas» de Austin pueda ser salvado de la crítica de Hart. Como un primer paso, debemos admitir que la concepción personal de la autoridad no se adecúa bien a los casos puros de derecho consuetudinario. Cuando los individuos consideran a una cierta norma como dotada de autoridad solamente porque así ha sido considerada por las generaciones previas, es imposible decir que la norma expresa los puntos de vista explícitos de cualquier persona o grupo de personas acerca de cómo deben comportarse los sujetos normativos. Pero, y este es un punto importante, las costumbres reflejan el punto de vista de gran parte de la comunidad acerca de cómo deben comportarse ellos mismos; en otras palabras, la costumbre no es simplemente una regularidad de comportamiento reconocida como tal por la comunidad. Es una regularidad de comportamiento que es considerada como obligatoria por la comunidad, como una norma a la cual ellos deben adherir. En otras palabras, me parece que las costumbres pueden bien ser consideradas como una estructura *informal* de expresión colectiva que es, en aspectos importantes, equivalente a las estructuras formales de decisión colectiva, tales como el voto por mayoría. Una vez que nos damos cuenta de que la naturaleza autovinculante de la legislación no está reñida con la concepción personal de la autoridad, muchas de las dificultades con la costumbre también son mitigadas.

En resumen: hemos visto que los argumentos de Hart contra la concepción de la autoridad jurídica de Austin, aunque básicamente válidos, no tienen que ver con la concepción personal de la autoridad como tal. Ninguno de los argumentos de Hart pueden usarse para repudiar la idea de que el derecho es básicamente un producto de comunicación; debe ser el producto de una autoridad que expresa sus puntos de vista sobre la conducta deseable de sus sujetos (incluyendo, típicamente, la autoridad misma).

Como una observación final, un breve comentario sobre los temores de Waldron motivados por cuestiones políticas: he indicado ya que comparto la aspiración de Waldron de abstenerse de forjar una conexión demasiado estrecha entre la autoridad del derecho y la autoridad de la regla de decisión mayoritaria. No pienso que la concepción personal de la autoridad esté reñida con este ideal. Por otra parte, creo que hay un daño real en el punto de vista opuesto, expuesto por Waldron, que la autoridad del derecho puede ser abstraída, por así decirlo, de la autoridad de los legisladores. Esta con-

cepción impersonal de la autoridad, aparte de ser errónea, tiene el peligro de la mistificación política. Cuanto más se abstrae la autoridad de las personas reales, más fácil es presentar al derecho como algo divino y sublime. La voluntad de los individuos fácilmente deviene en el mito de la «voluntad popular», o aún peor, la «verdadera voluntad» de los individuos. Estoy seguro de que este romanticismo es tan poco atractivo para Jeremy Waldron como para mí.

(Traducción de J. J. Moreso y Pablo E. Navarro)

PROBLEMAS DE IDENTIDAD DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

Para una teoría del derecho que parta de un enfoque sistémico, es de la máxima importancia resolver los problemas relativos a la identidad de los sistemas jurídicos. De ello depende tener respuestas satisfactorias a preguntas muy diversas, todas ellas relevantes desde el punto de vista jurídico. Por poner sólo algunos ejemplos: ¿cuándo dos normas jurídicas pertenecen al *mismo* sistema jurídico?; ¿qué criterios hacen posible distinguir un sistema jurídico de *otro?;* dado un golpe de Estado o una declaración de independencia, ¿están aún en vigor las leyes anteriores?, ¿puede el nuevo régimen o el nuevo Estado reclamar impuestos y deudas debidas al antiguo régimen o Estado?, ¿la persona que cometió un delito antes de haber ocurrido el cambio puede ser perseguida después de que este último haya ocurrido?. Éstas y otras cuestiones de parecida índole conforman la problemática de la identidad de los sistemas jurídicos.

Sin embargo, antes de resolver tales cuestiones es indispensable depurar el aparato conceptual que suele utilizarse. De este modo será posible plantear con mayor claridad y rigor los distintos problemas que se esconden tras el rótulo genérico de «la identidad de los sistemas jurídicos».

Para empezar, la expresión «sistema jurídico» es ambigua, ya que es empleada por distintos autores, y aun por un mismo autor, con significados diversos. Puede ser útil distinguir entre estos significados si no se quiere incurrir en confusiones.

Por ello, a continuación propondré diferenciar cuatro niveles en los que se pueden plantear problemas de identidad (sistema jurídico, orden jurídico, orden estatal, orden internacional) y dos perspectivas desde las cuales se pueden contemplar (sincrónica y diacrónica). Combinados los niveles con las perspectivas se obtienen ocho ámbitos distintos, cada uno de ellos con su particular problemática.

Estas distinciones servirán de punto de partida para mostrar la plausibilidad de las tesis de este trabajo:

a) No hay un *único* problema de identidad de los sistemas jurídicos que requiera una *única* respuesta. Hay en realidad *varios* problemas, relativos a los distintos ámbitos, que merecen *varias* respuestas.

b) La problemática planteada a cada nivel y desde cada perspectiva no es siempre independiente de la de otros niveles y perspectivas, lo cual permite postular ciertas prioridades conceptuales entre las distintas respuestas.

1.Niveles de sistema jurídico

De lo notable que es la confusión originada en tomo al significado de «sistema jurídico» da fe la variedad de términos que se utilizan para describir una misma situación y la variedad de fenómenos que son descritos a veces con la misma expresión. Así, se habla de sistema jurídico, orden, ordenamiento, derecho, etc., refiriéndose a un conjunto de normas vigentes en un momento determinado, a la sucesión de esos conjuntos a lo largo del tiempo, etc. Resulta, pues, imprescindible hacer las oportunas matizaciones con el fin de especificar en qué sentido se utilizarán aquí determinadas expresiones.

A) Sistema jurídico

Una de las acepciones más usadas de «sistema jurídico» es la que lo concibe como un conjunto de normas. En este sentido, un sistema jurídico es el conjunto de normas jurídicas que tienen una determinada propiedad *P* en un tiempo *t* y en un espacio e determinados[1]. La propiedad *P* puede ser la validez (en su multiplicidad de significa dos), la vigencia, la aplicabilidad, etc.

Si el sistema jurídico es concebido como un conjunto de normas, la identidad del conjunto estará definida por la identidad de sus elementos (las normas). Por eso, cada vez que se crea una nueva norma o se deroga una norma perteneciente al sistema jurídico, se obtiene un nuevo conjunto, distinto del conjunto originario[2].

---

[1] La especificación espacial rara vez aparece en las formulaciones estándar, lo cual puede tener alguna explicación, como se verá más adelante al establecer la distinción entre orden jurídico y orden estatal.

[2] Alchourrón, C.; Bulygin, E.: «Sobre el concepto de orden jurídico», en *Análisis lógico y derecho,* Madrid, C. E. C., 1991, págs. 393-407.

Puesto que la identidad del conjunto se define por la identidad de sus elementos, es imprescindible recurrir a algún criterio de identificación de normas. Entre los criterios lingüísticos, cabe postular un criterio sintáctico, semántico o mixto[3]. No voy a desarrollar estas distinciones que podrían ser el marco de referencia de la problemática a tratar en este «nivel». Se trata simplemente de subrayar que con la expresión «sistema jurídico» aludiré a este significado específico, es decir, a un conjunto de normas que cambia cada vez que cambia uno de sus elementos. Los problemas que se plantean en este campo serán, así, problemas de «primer nivel».

B) Orden jurídico

Según lo dicho en el apartado anterior, los sistemas jurídicos cambian en el tiempo con la incorporación de nuevas normas al conjunto y la supresión de otras pertenecientes con anterioridad al mismo. Pero suele decirse que, a pesar de tales cambios, el «sistema» de alguna manera sigue siendo el mismo. Esto posibilita hablar de «sistema jurídico» en otro sentido.

Así es como lo ha entendido Raz, el cual distingue entre sistema jurídico momentáneo («sistema jurídico», en la terminología aquí adoptada) y sistema jurídico (llamado a veces por el propio Raz «no momentáneo» o «continuo»)[4]. Esta idea de Raz se puede entender de dos formas. En un sentido, coincide con lo que aquí llamaré «orden jurídico». Pero, en otro sentido, parece incorporar, sin distinguirlo del anterior, el significado de lo que aquí denominaré «orden estatal».

Para Raz, un sistema jurídico momentáneo es el conjunto de normas pertenecientes a un sistema jurídico en un momento determinado. De este modo, el «sistema jurídico continuo» (orden jurídico) puede verse como una sucesión de «sistemas jurídicos momentáneos» (sistemas jurídicos). El problema de la identidad del orden jurídico estriba en hallar la propiedad que comparten los distintos sistemas jurídicos que pertenecen al mismo orden jurídico. Pero, llegados a este punto, surge el problema de la relación entre los conceptos de sistema jurídico y de orden jurídico.

---

[3] Cfr. Bulygin, E.: «Dogmática jurídica y sistematización del derecho», en *Análisis lógico y derecho,* cit., págs. 465-484. Para un desarrollo reciente de estas cuestiones, cfr. Moreso, J. J.; Navarro, P. E.: *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos,* Madrid, C. E. C., 1993.

[4] Cfr. Raz, J.: *The Concept of a legal System. An Introduction to the Theory of legal System.* Oxford, Clarendon Press, 2.ª ed., 1980, págs. 34-35.

No queda claro en el esquema propuesto por Raz si esta relación es de pertenencia o de inclusión[5]. Sin entrar en discusiones, voy a tomar la visión estándar de Alchourrón y Bulygin sobre este punto.

Estos autores entienden la relación antedicha como una relación de pertenencia. En este caso, el orden jurídico es una secuencia de sistemas jurídicos, con lo cual cobra importancia la determinación de la propiedad *P* que permita establecer cuándo un sistema jurídico pertenece a un determinado orden jurídico. En estas circunstancias, no sería correcto decir que una norma pertenece a un orden jurídico (puesto que la relación de pertenencia no siempre es transitiva), sino más bien que una norma pertenece a un sistema jurídico, el cual, a su vez, pertenece a un orden jurídico.

Pero con lo anterior no quedan totalmente resueltos los problemas en este segundo nivel. Es preciso realizar una ulterior distinción entre orden jurídico y orden estatal.

C) Orden estatal

Con frecuencia, la distinción de niveles se detiene una vez hechas las anteriores precisiones. Habría, así, para cada momento determinado un conjunto de normas que conformaría un sistema jurídico. Además, distintos sistemas jurídicos en distintos momentos pertenecerían al mismo orden jurídico. Pero, en realidad, en este segundo «nivel», se mezclan comúnmente dos cuestiones, con cuya separación puede ganarse en claridad[6].

Por ejemplo, a veces se dice que el «Derecho español» constituye un orden jurídico distinto del «Derecho alemán». Al mismo tiempo, se afirma que una revolución significa una ruptura del orden jurídico. Y, en ocasiones, se sostiene que, a pesar de los cambios revolucionarios acaecidos en un determinado país, ello no es óbice para considerar que estamos ante el mismo sistema u orden jurídico. ¿Cómo pueden compaginarse tales afirmaciones, si es que todas ellas tienen sentido?

Una forma de encarar la cuestión puede ser la de identificar sin más «orden jurídico» y «orden estatal». En este caso, se entiende que la sucesión de sistemas jurídicos tiene lugar en un mismo terri-

---

[5] Cfr. Bulygin, E.: «Tiempo y validez», en *Análisis lógico y derecho, cit.,* pág. 197.

[6] Sobre este punto ha llamado la atención Caracciolo, pero no ha extraído todas sus consecuencias (cfr. Caracciolo, R.: *Sistema jurídico. Problemas actuales,* Madrid, C. E. C., 1988, págs. 19 y 20). Últimamente Bulygin también ha indicado que podría ser útil hacer esta ulterior distinción entre niveles (Bulygin, E.: «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos». DOXA, 9, 1991, págs. 265-266).

torio y que, por tanto, tales cambios no afectan al Derecho del mismo, entendido como un orden. Como dije antes, a diferencia de la localización temporal, la localización espacial raramente se menciona de forma expresa[7]. Sin embargo, es importante hacerlo. Precisamente da la impresión de que el orden estatal ofrece el marco en el que se encuadra la sucesión de sistemas jurídicos, y, al mismo tiempo, permite separar el orden jurídico vigente en un territorio en un determinado momento de otro orden jurídico vigente en el mismo momento pero en un territorio distinto. Además, la identificación entre «orden jurídico» y «orden estatal» ocultaría diferencias que tal vez hayan de considerarse relevantes. En primer lugar, impide ver en los cambios de régimen (por emplear una terminología política) o en los cambios ilegales de la constitución (por utilizar terminología jurídica) una alteración del orden jurídico. Si no se realizan más distinciones, habría que concluir, por ejemplo, que en la España del siglo XX habría existido un único orden jurídico, que se remontaría siglos atrás.

Por eso parece de interés proceder a una ulterior distinción entre orden jurídico y orden estatal[8]. Así, se podría afirmar que en la España del siglo XX se han dado sucesivos órdenes jurídicos, correspondientes a otros tantos regímenes políticos (monarquía, república, franquismo, monarquía parlamentaria), pero que tales órdenes pertenecen todos ellos al Derecho español.

Lo que ocurre es que, en ocasiones, el inicio de un nuevo orden jurídico coincide con el surgimiento de un orden estatal (por ejemplo, la independencia de un Estado). Pero ello es una circunstancia histórica que para nada impide proceder a su distinción conceptual.

---

[7] Sí que lo ha hecho, por ejemplo, Caracciolo (cfr. Caracciolo, R.: *Sistema jurídico. Problemas actuales,* cit., p. 31).

[8] En muchas ocasiones se incurre en confusiones por no realizar debidamente esta distinción. Entre los muchos ejemplos que podrían traerse a colación, véase Finnis, J. M.: «Revolutions and Continuity of Law», (1973), en Simpson, A. W. 8. (ed.): *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series),* Oxford, O. U. P., 1978. Finnis se da cuenta de la ambigüedad sistemática en que se usa el término «revolución», pero no cae en la cuenta de que él incurre en otro tipo de ambigüedad al usar el mismo, término para significar, por un lado, el cambio de orden jurídico, y, por otro, el cambio de orden estatal. Ello sucede cuando, bajo el concepto genérico *de* «revolución», Finnis procede al análisis del «golpe de Estado» (págs. 46-50), y, a renglón seguido, examina la llamada «sucesión pacífica de Estados» (págs. 52-53). Hay que recordar, sin embargo, que suele entenderse por golpe de Estado un intento de cambiar un régimen político *dentro de un Estado determinado.* De ahí que parezca recomendable tratar el problema de la independencia de un Estado (que afecta al orden estatal) como una cuestión distinta y previa conceptualmente a la de cambio de régimen político (que afecta al orden jurídico).

D) Orden internacional

El análisis podría detenerse en este punto. Ello supondría tomar el orden estatal como un nivel independiente. Sin embargo, lo sostenido por ciertos autores permite plantear la posibilidad de un cuarto «nivel», que correspondería al orden internacional. El caso más representativo de la concepción del orden internacional como «sistema» es el de Kelsen[9]. No obstante, a diferencia de lo que ocurre en los anteriores niveles, no parece tener sentido, en el lenguaje de los juristas, entender el orden internacional como sucesión de Estados. Por este motivo, como más tarde indicaré, los problemas relativos a la identidad del orden internacional pueden tratarse de forma independiente de los otros niveles.

2. Perspectiva diacrónica o sincrónica

Además de la distinción entre distintos niveles, es necesario distinguir entre dos diversas perspectivas. Así, los problemas de identidad pueden plantearse diacrónica o sincrónicamente. Desde la perspectiva diacrónica, se alude a la sucesión de sistemas dentro de un mismo orden jurídico, o a la sucesión de órdenes jurídicos dentro de un mismo orden estatal. Se toma como constante el elemento espacial y la variable que se tiene en cuenta es la temporal. En todo caso, se trata de establecer cuáles son las condiciones necesarias y/o suficientes para que pueda hablarse de cambio de sistema jurídico, de orden jurídico o, en su caso, de orden estatal.

Desde la perspectiva sincrónica, las preguntas que pueden formularse son cómo distinguir entre sí distintos sistemas jurídicos, órdenes jurídicos u órdenes estatales vigentes en el mismo intervalo de tiempo.

3. Niveles y perspectivas: la dificultad del criterio único

Si se combinan los niveles con las perspectivas mencionadas, surge en teoría la posibilidad de plantear dentro del tema genérico de la identidad de los sistemas jurídicos ocho posibles cuestiones. A continuación enumeraré del 1 al 4 los distintos niveles y añadiré la

[9] Cfr. Kelsen, H.: «Der Begriff der Rechlsordnung» (1958); tr. cast.: "El concepto de orden jurídico", en *Contribuciones a la teoría pura del Derecho.* México, Fontamara, 1991, págs. 91-103.

letra D o S, según se contemplen respectivamente desde una perspectiva diacrónica o sincrónica. Así, se obtiene:

- 1D. En este caso se parte de un solo sistema jurídico y las cuestiones a formular son: en qué condiciones se mantiene el mismo sistema y cuándo cambia. Puesto que la identidad aquí depende de las normas que conforman el conjunto, mientras éstas no varíen, el sistema sigue siendo el mismo. Suele vincularse al criterio de legalidad, de tal forma que se entiende que el sistema se modifica con el ingreso o eliminación de alguna norma jurídica.
- 1S. Dentro de esta perspectiva, la hipótesis que suelen mantener los teóricos del derecho y los juristas en general es que hay varios sistemas jurídicos. La cuestión ahora estriba en ver por qué son distintos aquellos sistemas existentes en un mismo intervalo temporal. La primera respuesta obvia e inmediata es que son distintos porque también lo son sus respectivas normas jurídicas. Pero este criterio no resuelve totalmente la cuestión. Piénsese que, aunque empíricamente muy improbable, no está lógicamente excluido que existan sistemas con las mismas normas. Aún en estos casos, los juristas seguramente insistirían en que hay alguna diferencia entre ellos. En definitiva, el problema es que si no se toma en consideración el segundo o tercer nivel, habría que concluir que sistemas con las mismas normas jurídicas, aunque estén vigentes en territorios distintos, son idénticos. El único criterio que resta es diferenciarlos por su pertenencia a órdenes jurídicos distintos.

Alguien podría pensar que Kelsen ha resuelto este problema sin necesidad de acudir a otros niveles. Así, para este autor nunca se trataría de las mismas normas: el contenido de las normas siempre será distinto, porque aquél incorpora el ámbito de vigencia territorial. Sin embargo, esta contestación no resuelve el problema; simplemente, lo elude. La cuestión estriba precisamente en saber por qué ciertas normas tienen ámbitos de vigencia iguales y otras los tienen distintos. Y ésta es una pregunta que no puede ser contestada por las propias normas sin caer en circularidad. Sólo después de haber establecido criterios de identidad de unidades políticas independientes («orden estatal»), se pueden establecer distinciones entre normas que tienen distinto ámbito de vigencia.

- 2D. Lo que en este ámbito se plantea es saber qué variaciones en sistemas jurídicos sucesivos, manteniendo constante el espacio, son compatibles con la existencia del mismo orden

jurídico; e, igualmente, qué variaciones en aquéllos dan lugar a un cambio en éste. Estas cuestiones suelen vincularse al criterio de la constitucionalidad.

Sin embargo, esto plantea algunos problemas. Dejando a un lado la dificultad de establecer cuándo un cambio es o no constitucional, puede mostrarse que la inconstitucionalidad de los cambios *normativos no es ni condición suficiente ni* necesaria del cambio de orden jurídico. No es condición suficiente, porque cabe pensar en cambios de normas que, aun producidos de forma inconstitucional, no suelen ser tomados como indicio determinante del cambio de orden jurídico (por ejemplo, la modificación inconstitucional de un reglamento municipal que regula materias de escasa importancia). Parece que, en estos casos, es preciso atender más a la importancia del contenido de la norma modificada que al carácter constitucional o no del procedimiento llevado a cabo. Tampoco se la puede considerar condición necesaria, porque casos en los que se está de acuerdo en que ha habido un cambio de orden jurídico, éste ha tenido lugar de forma «constitucional» (piénsese en el paso de la República de Weimar al régimen nazi en Alemania o el paso del régimen franquista a la Monarquía parlamentaria actual en España)[10].

Cabe añadir que para contestar satisfactoriamente las preguntas relativas a 2D, éstas deben formularse respecto a un intervalo de tiempo definido porque incluye al menos un cambio de sistema jurídico, lo cual implica un cambio, al menos, de norma jurídica.

- 2S. Una vez definido el intervalo temporal, entonces cabe preguntar: ¿Por qué se interpretan como distintos órdenes jurídicos simultáneamente vigentes en diferentes espacios? La vinculación que la contestación a esta pregunta tiene con el primer nivel ha sido puesto de relieve por muchos autores. Lo que no se ha percibido con tanta claridad es que la respuesta hay que buscarla en el tercer nivel: se consideran distintos porque pertenecen a órdenes estatales distintos. Ello, obviamente, no hace más que trasladar la pregunta de nivel. Así, pues, la identidad de los órdenes jurídicos parece depender,

[10] Para un tratamiento más detallado de estas críticas a los criterios «formales» de identidad del orden jurídico (entre los que cabría incluir, en mayor o menor medida, el criterio del soberano de Austin, el criterio de la constitucionalidad de Kelsen y el criterio de la regla de reconocimiento de Hart), cfr. Vilajosana, J. M.: *El significado político del derecho. Identidad del orden jurídico y régimen político.* México, Fontamara, (en prensa).

desde una perspectiva sincrónica, de la identidad de los órdenes estatales. De nuevo, decir que dos órdenes jurídicos son distintos en virtud del contenido de sus respectivos sistemas integrantes no es convincente. Existe la posibilidad lógica, aunque sea empíricamente muy improbable, de que existan órdenes jurídicos cuyos sistemas contengan las mismas normas. En estos casos, los juristas seguirían pensando que son dos órdenes *distintos*. Pero la diferencia ya no puede provenir de su distinto contenido, sino de la pertenencia a órdenes estatales *distintos*. Es una cuestión que no hay que desechar porque, de lo contrario, no se contesta a lo formulado en 1S. La suposición por parte de los juristas de que existen simultáneamente sistemas jurídicos distintos tiene como consecuencia la suposición de que, en un mismo intervalo temporal, coexisten órdenes jurídicos distintos. Por tanto, si bien el ámbito 1S remite al 2S, en éste tampoco se resuelve la cuestión, ya que puede volver a formularse la misma pregunta que en 1S.

- 3D. A este nivel, se parte de un solo orden estatal y se interroga acerca de qué cambios de órdenes jurídicos son compatibles con la existencia continuada del mismo orden estatal y cuáles dan lugar a un cambio en éste. Esta cuestión se complica si se piensa en la posibilidad de que el cambio ilegal en el orden jurídico no sea una condición necesaria del cambio de orden estatal: puede otorgarse legalmente la independencia a un Estado. De nuevo, fijarse sólo en la constitucionalidad de los cambios no resuelve satisfactoriamente estas cuestiones.
- 3S. El punto de partida ahora es la presencia de varios órdenes estatales. La pregunta a formular: ¿cómo se distingue un orden estatal de otro existente al mismo tiempo? ¿Hay que acudir de nuevo a un «nivel superior» para establecer la identidad en este sentido? Casos como el yugoslavo ponen de manifiesto que contestar a esta pregunta no es tan sencillo.

Por último, es menester realizar una precisión importante respecto al tercer nivel. Se trata de un nivel contingente. Con ello quiero decir que si bien en la actualidad nos sigue pareciendo importante aludir a distintas unidades políticas independientes, ello no tiene por qué ser siempre así. Si en el futuro se estableciera un único centro de poder internacional, cuyas decisiones vincularan efectivamente a todo el territorio que hoy se halla dividido en diferentes Estados, no tendría sentido hablar de este tercer nivel. Sí, en cambio, se podría seguir haciendo referencia a sucesiones de órdenes jurídicos dentro de un mismo orden internacional.

- 4D. ¿Cuándo cambia el orden internacional? La respuesta que se dé a este interrogante depende de cómo se entienda el orden internacional. Cabe concebirlo como un conjunto de normas o bien como una sucesión de conjuntos. En el primer caso, ocurrirá algo parecido a lo que sucede en 1 D: el orden internacional variará a través del tiempo mediante la incorporación de nuevas normas o la eliminación de las ya existentes. En el segundo caso, se plantearán los mismos problemas que en 2D, pero a nivel internacional. Lo que está claro es que, en cualquier caso, cuesta concebir al orden internacional como un cuarto nivel, ya que no parece posible entenderlo como sucesión de órdenes estatales. Más bien, la cuestión estriba en decidir si se toma como independiente el orden estatal o el orden internacional. A partir de ahí, cada uno de ellos constituiría un tercer nivel, con sus respectivos sistemas y órdenes jurídicos.
- 4S. Como se postula que el orden internacional es único, no parece tener sentido cuestionarse sobre su diferenciación respecto de «otros» órdenes internacionales.

Todo lo anterior pone de relieve la importancia de las cuestiones esbozadas y la dificultad en contestarlas. Al no realizar las distinciones precedentes, cabe entender que muchos autores utilizan un único criterio conceptual[11] de identidad común a todos los niveles y perspectivas. Así, por ejemplo, el criterio del soberano de Austin, el de la norma básica de Kelsen o el de la regla de reconocimiento de Hart sirven explícita o implícitamente como criterios de identidad tanto de los sistemas jurídicos, como de los órdenes jurídicos o de los órdenes estatales y, en su caso (Kelsen), del orden internacional.

En cambio, al realizar las distinciones precedentes se percibe la necesidad de matizar mucho más en las respuestas. Utilizar el mismo criterio conceptual para contestar a los problemas de identidad en los distintos niveles y perspectivas oscurece distinciones relevantes.

4. Prioridad conceptual

Lo sostenido hasta ahora tiene ciertas implicaciones que pueden formularse en las siguientes tesis:

---

[11] Digo «criterio conceptual», porque de otro modo podría prestarse a confusión. Por poner un ejemplo, no afirmo (ni niego) que la misma regla de reconocimiento (tal como «es derecho lo que sanciona el rey en el Parlamento») sea utilizada para contestar todas las cuestiones que se plantean en el texto. Únicamente indico que el mismo *concepto* de regla de reconocimiento es utilizado para ese fin.

1. A través de la combinación entre niveles y perspectivas, el tema genérico de la identidad de los sistemas jurídicos queda descompuesto en ocho posibles ámbitos de problemas. Estos ámbitos son:

- Sistema jurídico/perspectiva sincrónica *(1S)*.
- Sistema jurídico/perspectiva diacrónica *(1D)*.
- Orden jurídico/perspectiva sincrónica *(2S)*.
- Orden jurídico/perspectiva diacrónica *(2D)*.
- Orden estatal/perspectiva sincrónica *(3S)*.
- Orden estatal/perspectiva diacrónica *(3D)*.
- Orden internacional/perspectiva sincrónica *(4S)*.
- Orden internacional/perspectiva diacrónica *(4D)*.

2. Los teóricos del derecho y los juristas en general suelen estar interesados en comparar sistemas jurídicos pertenecientes a un mismo orden jurídico y órdenes jurídicos pertenecientes a un mismo orden estatal. Si ello es cierto, los distintos ámbitos no son totalmente independientes entre sí. Resolver satisfactoriamente algunas cuestiones relativas a un ámbito presupone haber resuelto antes la de otros.

3. Hallar (o presuponer) un criterio de identidad del orden estatal (3.º nivel) es condición suficiente para resolver los problemas relativos a *2S*. Así, dos órdenes jurídicos vigentes en el mismo intervalo temporal son distintos si pertenecen a dos distintas unidades políticas independientes.

4. Hallar (o presuponer) un criterio de identidad del orden jurídico (2.º nivel) es condición suficiente para resolver los problemas relativos a *1S*. Así, dos sistemas jurídicos vigentes en el mismo intervalo temporal son distintos si pertenecen a dos distintos órdenes jurídicos.

5. Hallar (o presuponer) un criterio de identidad del orden estatal (3.º nivel) es condición necesaria (pero no suficiente) para resolver los problemas relativos a *2D*. Se comparan órdenes jurídicos sucesivos que pertenecen al *mismo* orden estatal. Afirmar, por ejemplo, que la Constitución *española* de 1978 inauguró un nuevo orden jurídico distinto del vigente en el período franquista presupone tener un criterio que permita discernir cuándo dos órdenes jurídicos pertenecen a un mismo orden estatal. En ambos casos, se diría que son dos órdenes jurídicos determinados pertenecientes a un determinado orden estatal (en este caso el español) en distintos intervalos temporales.

6. Hallar (o presuponer) un criterio de identidad del orden jurídico (2.º nivel) es condición necesaria (pero no suficiente) para resolver los problemas relativos a *1D*. Se comparan sistemas jurídicos sucesivos que pertenecen al *mismo* orden jurídico. Por tanto, ni

siquiera la pregunta acerca de cuándo dos normas pertenecen al mismo sistema jurídico puede contestarse sin tener (o presuponer) un criterio de identidad del orden jurídico (y, por lo dicho en 5, del orden estatal).

7. Los problemas relativos al ámbito *4S* no tienen sentido(a menos que hubiera algo así como un orden interplanetario).

8. Los problemas relativos a *4D* pueden ser tratados independientemente de los demás niveles, puesto que es difícil entender el orden internacional como sucesión de órdenes estatales.

9. El interés por hallar un criterio de identidad del orden estatal podría desaparecer si se creara efectivamente un orden internacional, sin unidades políticas independientes.

10. De 3, 4, 7 y 9 se infiere que si desapareciera el interés por la identidad al tercer nivel, carecerían de sentido los problemas relacionados con la perspectiva sincrónica a *todos los niveles.*

Si se aceptan las tesis anteriores, la resolución de los problemas de identidad del derecho entendido como «sistema jurídico» exige, desde el punto de vista conceptual, un determinado orden en su planteamiento. Dejando de lado el orden internacional, en primer lugar, es necesario contar con (o presuponer) un criterio de identidad del orden estatal. Una vez se ha logrado esto, se obtiene respuesta a las cuestiones que se plantean desde la perspectiva sincrónica a todos los niveles. Pero, además, se cuenta con un requisito necesario para plantear convenientemente los problemas relativos a la identidad del orden jurídico desde la perspectiva diacrónica, puesto que tener un criterio de identidad del orden estatal permite comparar ordenes sucesivos en el tiempo y pertenecientes al *mismo* orden estatal. En segundo lugar, tener un criterio de identidad del orden jurídico permite plantear convenientemente los problemas relativos a la identidad de los sistemas jurídicos, puesto que habilita la comparación de sistemas jurídicos sucesivos en el tiempo y pertenecientes al *mismo* orden jurídico.

Dicho de otro modo, en relación a las perspectivas tiene prioridad conceptual la perspectiva sincrónica, mientras que en relación a los niveles tienen prioridad conceptual los niveles superiores respecto a los inferiores.

La intención de este trabajo ha sido, pues, la de prevenir frente a dos ideas erróneas: pensar que un mismo criterio de identidad sea aplicable a todos los ámbitos en los que se puede dividir el tema genérico de la identidad del sistema jurídico, y suponer que los problemas de cada ámbito sean totalmente independientes de los demás.

VALIDEZ ATHÉTICA

1. El paradigma: validez thética vs. validez athética

1.1. Los términos del paradigma

El paradigma: validez thética vs. validez athética ha sido formulado en una reciente contribución a la deóntica de la validez: Amedeo G. Conte, *Minima deontica,* 1988.

1.1.1. La validez *thética* (en italiano: *validità thética,* en alemán: *thetische Gültigkeit,* en inglés: *thetic validity,* en francés: *validité thétique)* es la validez deóntica *(validità deontica, deontische Gultigkeit, deontic validity, validité deontique)* que es el producto (el *wytwór,* en el léxico del filósofo polaco Kazimierz Twardowski) de un acto thético de posición, de un acto de *thésis.*

El adjetivo «thético» alude al sustantivo griego *«thésis»,* que equivale al español «posición», al italiano *«posizione»,* al alemán *«Setzung».*

1.1.2. La validez *athética (validità athética, athetische Gültigkeit, athetic validity, validité athétique)* es la validez no thética, o sea la validez deóntica que no es el producto (el *wytwór)* de un acto thético de posición, de un acto de *thésis.*

El término «athético» se forma, manifiestamente, prefijando «thético» con un *alpha privativum* (cfr. «abúlico», «anómico», «arrítmico»).

1.2. El estatuto del paradigma

1.2.1. La elaboración del concepto de validez athética es una tarea puramente teorética, sin presuposiciones ni implicaciones paralelas a la teoría filosófica. La elaboración del concepto *(Begriff)* de

validez athética no es el reflejo de (y no se refleja en) ninguna concepción *(Auffassung)* de la validez deóntica.

1.2.1.1. Si existen presuposiciones e implicaciones ateoréticas no es por el *reconocimiento* del fenómeno de la validez athética sino, al contrario, por su *desconocimiento*. El desconocimiento de la validez athética, o sea la reducción acrítica de la validez deóntica a validez thética (la contracción de la validez deóntica en validez thética), es el punto de partida de la concepción de la validez deóntica que es propia del positivismo jurídico.

1.2.1.2. Que el *concepto (Begriff)* de validez athética no esté ligado a una determinada concepción *(Auffassung)* de la validez deóntica lo prueba el hecho de que el fenómeno de la validez athética está documentado en dos filósofos del derecho con *Weltanschauungen* opuestas y estilos filosóficos opuestos: Giovanni Tarello *(Teorie e ideologie nel diritto sindacale,* 1967) y Luigi Lombardi Vallauri *(Saggio sul diritto giurisprudenziale,* 1967).

Tanto al derecho sindical estudiado por Tarello como al derecho jurisprudencial paralelamente (y sincrónicamente) estudiado por Lombardi Vallauri le es propia una validez deóntica que no es thética: una validez deóntica *athética*.

1.3. Fecundidad heurística del paradigma

El paradigma: validez thética vs. validez athética es heurísticamente fecundo tanto en la *teoría* de la validez deóntica como en la *metateoría* de las teorías de la validez deóntica.

1.3.1. En primer lugar, el paradigma: validez thética vs. validez athética es heurísticamente fecundo en la teoría de la validez deóntica.

A la luz del mismo es posible reconocer, y conocer, fenómenos deónticos anómalos, formas de validez deóntica frecuentemente desconocidas precisamente por su anomalía, por su atipicidad.

1.3.2. En segundo lugar, el paradigma: validez thética vs. validez athética es heurísticamente fecundo en la metateoría de las teorías de la validez deóntica.

En particular, a la luz del mismo es posible detectar y superar una paradoja que parece estar presente en la contribución que un eminente filósofo de las ciencias sociales, Theodor Geiger, ha apor-

lado a la deóntica de la validez en su libro: *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Estudios de sociología del derecho,* 1947[1].

2. Una paradoja

2.1. Paradigmas de la paradoja

Las *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, Estudios de sociología del derecho,* 1947, de Theodor Geiger no son una obra de deóntica de la validez.

Pero en las *Vorstudien* aparecen tres paradigmas que son relevantes para la *deóntica* y para la *metadeóntica*.

Los tres paradigmas son:

(i) regularidad deóntica vs. regularidad adeóntica;
(ii) norma vs. enunciado deóntico;
(iii) enunciado deóntico proclamativo vs. enunciado deóntico declarativo.

---

[1] En el presente ensayo el adjetivo «thético» *(«thético», «thetisch», «thetic», «thétique»)* se predica de la *validez deóntica (validità deontica, deontische Gültigkeit, deontic validity, validité déontique)* y no de *normas* (en ninguno de los sentidos del término «norma»).

En cambio, «thético» aparece frecuentemente como predicado de *normas* en obras de autores polacos, en las que (a partir de Czeslaw Znamierowski) suele aparecer el sintagma *«norma tetyczna», «thetische Norm», «thetic norm», «norma thetica», «norma thética».* En A. G. Conte *(Aspekte der Semantik der deontischen Sprache,* 1977; *Aspetti della semantica del linguaggio deontico,* 1977; *Parerga leibnitiana,* 1978; *Nove studi sul linguaggio normativo,* 1985; *Mínima deontica,* 1988) se enumeran obras de autores polacos (en polaco: Jerzy Kalinowski, Kazimierz Opalek, Zygmunt Ziembinski; en alemán: Kazimierz Opalek, Ryszard Sarkowicz; en italiano: Feliks Bednarski) en las que aparece *«tetyczny»* o su correlativo en otros idiomas.

Inexplicablemente, algunos estudiosos polacos emplean el adjetivo polaco *«telyczny»* sin tener en cuenta su etimología *(«thésis», «thetikós»).*

Una prueba de su confusión sobre el origen etimológico de este adjetivo es el modo en que estos estudiosos traducen *«tetyczny»* a idiomas en los que (a diferencia de lo que ocurre en polaco) la theta griega se reproduce mediante el digrama *«th».* Junto a las grafías correctas *«thetic»* y *«thetisch»,* he encontrado tanto *«tethic»* (en la que se invierten *«t»* y *«th»)* como *«tetisch»* (en la que se sustituye el digrama *«th»* por *«t»).*

G. P. M. Azzoni (quien ha contribuido originalmente a la elaboración del paradigma: validez thética vs. validez athética) señala el sugerente paralelismo entre este paradigma y el paradigma de Friedrich August von Hayek: *thesis vs. nomos.* La relevancia filosófica de Hayek ha sido puesta de manifiesto por Enrico di Robilant y Mauro Barberis.

Haré explícitos estos tres paradigmas, valiéndome libremente de mis conceptos y de mi léxico, en los epígrafes 2.1.l., 2.1.2., 2.1.3., del presente ensayo *Validez athética*.

2.1.1. Primer paradigma: regularidad deóntica vs. regularidad adeóntica.
2.1.1.1. Los términos del primer paradigma de Geiger son dos especies de regularidad:

(i) regularidad deóntica *(«Regelmässigkeit»);*
(ii) regularidad adeóntica *(«Regelhaftigkeit»).*

2.1.1.2. La distinción entre regularidad deóntica y regularidad adeóntica es explicada por Alberto Febbrajo en *Materiali sulla sociologia del diritto di Theodor Geiger,* 1979. Un punto de referencia de Febbrajo es el ensayo *Codici deontici,* 1976, de Amedeo G. Conte.

2.1.1.2.1. Esta es la cuestión planteada en *Codici deontici:*

¿Existe un *discrimen* entre el (deónticamente no neutro) *seguir una regla* y el (deónticamente neutro) *proseguir en una regularidad?*

2.1.1.2.2. Y ésta es la *respuesta* dada en *Codici deontici:*

Existe un *discrimen* entre el (deónticamente no neutro) *seguir* una *regla* y el (deónticamente neutro) *proseguir en* una *regularidad.* Tal *discrimen* es inherente a lo que Ludwig Wingenstein llamara la *Grammatik* de los términos «regla» y «regularidad».

2.1.1.2.2.1. Una *regularidad* es (por definición) simple, *una,* necesariamente idéntica a sí misma.

2.1.1.2.2.2. No ocurre lo mismo con una *regla;* de hecho, una regla puede ser *una* y *bina.*
Una regla es una y bina en la paradoja proerética de Orestes (estudiada en *Codici deontici).*
La regla que ordena a Orestes honrar a sus padres es violada actúe como actúe Orestes.
La viola si venga a su padre y la viola si no venga a su padre. «La regla deónticamente una es, en este caso, proeréticamente bina»[2].

---

[2] A la tesis formulada por A. G. Conte, *Codici deontici,* 1976, sobre las relaciones entre *reglas* y *regularidades* (toda *regularidad* es necesariamente una; una *regla*

2.1.1.2.3. De la cuestión *conceptual* de si existe un *discrimen* entre *proseguir en una regularidad* y *seguir una regla* (cuestión discutida en Amedeo G. Conte, *Codici deontici,* 1976) se distingue la cuestión *epistemológica* de si es posible inferir (por inducción, o, como pienso, por abducción: *abduction* es un concepto de Charles Sanders Pierce), de la observación de la acción, qué regla sigue la acción.

2.1.1.2.3.1. He analizado este tema en referencia a las reglas eidético-constitutivas. A modo de complemento de lo que he escrito en otro lugar, resaltaré ahora brevemente las presuposiciones *(presupposizioni, Präsuppositionen, presuppositions, présuppositions)* de la cuestión de qué regla sigue la acción observada.

La cuestión de qué regla sigue la acción tiene dos presuposiciones:

(i) *Primera presuposición:* presuposición de *no anomicidad* (de *ananomicidad).*

La primera presuposición es que la acción no es anómica (la acción no es anómica si, y sólo si, el agente sigue al menos una regla).

(ii) *Segunda presuposición:* presuposición de *no idionomicidad* (de *anidionomicidad).*

---

puede ser una y bina) es sólo externamente afín la tesis formulada por R. Brown, *Rules and Laws in Sociology,* 1973, págs. 98, sobre las relaciones entre *reglas («rules»)* y *leyes («laws»):* «Two existing *rules* can be incompatible, whereas two *laws* cannot both hold».

La tesis de Robert Brown parece una *verdad de razón* (una *«vérité de raison»);* pero es una falsedad de hecho. En realidad, es falso que *todas* las reglas sean susceptibles de contradicción (sean posibles objetos de antinomia): existen reglas (las reglas eidético-constitutivas y las reglas noético-constitutivas) respecto a las cuales la contradicción (la antinomia) no es posible. De hecho, como ha demostrado A. G. Conte, las reglas eidético-constitutivas (y las reglas noético-constitutivas) sí son *«rules»,* pero, igual que las *«laws»* de Robert Brown, no son susceptibles de contradicción (no pueden ser antinómicas).

La imposibilidad de antinomia (imposibilidad que concierne a las reglas eidético-constitutivas y a las reglas noético-constitutivas) no concierne, genéricamente, a todas las especies de reglas constitutivas (constitutivas son las reglas que o *son condición* de aquello de lo que son reglas, o *ponen una condición* de aquello de lo que son regla). Por el contrario: respecto a las otras cuatro especies de reglas constitutivas (reglas thético-constitutivas, reglas anancástico-constitutivas, reglas metatético-constitutivas, reglas nómico-constitutivas) es posible la antinomia. Sobre las condiciones de antinomia entre reglas constitutivas ha escrito G. P. M. Azzoni, *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole,* 1988.

La segunda presuposición es que la acción no es idionómica (la acción no es idionómica si, y sólo si, el agente sigue como máximo una regla; si, y sólo si, ninguno de los comportamientos en los que se articula la acción sigue una propia regla, una regla propia del comportamiento).

2.1.1.2.3.2. Estas son dos presuposiciones de la cuestión de qué regla sigue la acción.

Ahora bien, de la mera observación de la acción no se infiere ni que se satisface la primera presuposición ni que se satisface la segunda. De ninguna de las dos presuposiciones se puede determinar, sobre la base de la mera observación de la acción, si se satisface. En otras palabras: de la mera observación de la acción no se infiere ni que la acción no es anómica (es ananómica) ni que la acción no es idionómica (es anidionómica)[3].

2.1.1.3. Remitiéndose originalmente a *Codici deontici,* Alberto Febbrajo, *Materiali sulla sociologia del diritto di Theodor Geiger,* 1979, interpreta así la distinción (efectuada por Geiger) entre regularidad adeóntica y regularidad deóntica, entre *«faktische Regelhaftikeit»* y *«sozial geforderte Regelmassigkeit»:*

(i) la adeóntica *Regelhaftigkeit* es proseguir una regularidad;
(ii) la deóntica *Regelmassigkeit* es seguir una regla[4].

---

[3] Un breve comentario sobre el léxico que empleo. El adjetivo *«idionómico»* y el sustantivo *«idionomía»* son neologismos míos. Su etimología es clara: el sustantivo griego *«nomos»* (que corresponde al italiano *«regola»*) y el adjetivo griego *«idios»* (que equivale al italiano *«proprio»,* al alemán *«eigen»).* Y, ostensiblemente, son neologismos míos «ananómico» y «ananomía», por una parte, y *«anidionómico»* y *«anidionomia»*, por otra (cuatro términos formados al añadir como prefijo un *alpha privativum*).

[4] La distinción de Geiger entre regularidad adeóntica y regularidad deóntica es una distinción entre dos especies de *regularidades.* De esta distinción se distingue otra (formulada por F. A. Von Hayek, *Law, Legislation and Liberty,* 1982, vol. I, págs. 78-79) que no es una distinción entre dos especies de *regularidades,* sino entre dos especies de reglas:

(i) las adeónticas *«descriptive rules which assert the regular recurrence of certain sequences of events (including human actions)»;*

(ii) las deónticas *«normative rules which state that such sequences "ough" to take place».*

Deónticas o adeónticas, respectivamente, son, en Geiger, las *regularidades;* en Hayek, las *reglas.*

En otras palabras: «deóntico» y «adeóntico» se predican, en Geiger, de *regularidades;* por el contrario, en Hayek, deonticidad y adeonticidad no se predican de *regularidades,* sino de *reglas* («rules»).

2.1.2. *Segundo paradigma:* norma vs. enunciado deóntico.

Los términos del segundo de los tres paradigmas de Geiger son dos especies de entidades deónticas:

(i) norma *(«Norm»);*
(ii) enunciado deóntico *(«Normsatz»).*

La tesis de Geiger sobre la relación entre *Norm* y *Normsatz* se articula mediante dos subtesis.

La primera subtesis concierne a las relaciones entre la intensión *(intensione, Intension, intension, intension)* del término *«Norm»* y la intensión del término «Normsatz».

La *segunda subtesis* concierne a las relaciones entre la extensión *(estensione, Extension, extension, extension)* del término *«Norm»* y la extensión del término *«Normsatz».*

Ambas subtesis son relevantes para la deóntica y para la metadeóntica.

2.1.2.1. *Primera subtesis: no sinonimia de* «Norm» *y* «Normsatz».

Los términos *«Norm»* y *«Normsatz»* no tienen la misma intensión.

Geiger niega que el término *«Norm»* y el término *«Normsatz»* sean sinónimos.

2.1.2.2. *Segunda subtesis: no correspondencia biunívoca entre el conjunto de las Normen y el conjunto de los* Normsätze.

El término *«Norm»* y el término *«Normsatz»* no tienen la misma extensión.

Geiger niega que entre el conjunto de las *Normen* y el conjunto de los *Normsätze* exista correspondencia biunívoca. En particular: la presencia del enunciado deóntico *(«Normsatz»)* no es, para Geiger, *ni* condición *necesaria ni* condición *suficiente* de existencia de la *Norm.*

2.1.2.2.1. *En primer lugar,* la presencia de un *Normsatz* no es, para Geiger, condición necesaria *(condizione necessaria, notwendige Bedingung, necessary condition, condition necessaire)* de existencia de una *Norm.*

Geiger afirma explícitamente que «la norma misma [*die Norm selbst*] puede subsistir incluso sin la envoltura lingüística *[sprachliche Hülle]* del enunciado»: «die Norm selbst auch olme die sprachliche Hülle des Satzes bestehen kann».

2.1.2.2.2. *En segundo lugar,* la presencia de un *Normsatz* no es, para Geiger, condición suficiente *(condizione sufficiente, hinreichende Bedingung, sufficient condition, condition suffisante)* de existencia de una *Norm.*

Geiger afirma explícitamente que «no a todo enunciado con forma gramatical de enunciado deóntico le corresponde una norma subsistente»: «nicht jeder Aussage von der grammatischen Form des Normsatzes eine subsistente Norm entspricht».

En otras palabras: «No todo enunciado que se presente bajo la apariencia de norma verbal contiene [...]: una norma»: «Nicht jeder Satz von der ausseren Gestalt der Wortnorm enthält [...] eine Norm».

2.1.3. *Tercer paradigma: enunciado deóntico proclamativo vs. enunciado deóntico declarativo.*

Los términos del tercer y último de los tres paradigmas de Geiger son dos especies de enunciados deónticos nomotéticos, dos especies de Normsätze:

(i) enunciados deónticos proclamativos *(«proklamative Normsätze»);*
(ii) enunciados deónticos declarativos *(«deklarative Normätze»).*

2.1.3.1. *Enunciado deóntico proclamativo.*

El enunciado deóntico proclamativo *(«proklamativer Normsatz»)* es el *Normsatz* a través del cual una *Norm* es théticamente estatuida *(«statuiert»),* introducida *(«eingeführt»),* creada *(«geschafft»).*

2.1.3.2. *Enunciado deóntico declarativo.*

El enunciado deóntico declarativo *(«deklarativer Normsatz»)* es, por el contrario, el *Normsatz* que constata *(«Konstatiert», «stellt fest»:* Geiger recurre tanto al verbo germánico *«feststellen»* como al galicismo *«konstatieren»)* la subsistencia *(«das Bestehen»)* de una *«norma subsistente»,* y, de tal *«subsistente Norm»,* representa una codificación nomotética[5].

---

[5] Tanto *«feststellen »* como *«konstatieren»* son verbos factivos *(verbi fattivi, faktive Verben, factive verbs, verbes factifs)*; es decir, son verbos en los que se presupone *(präsupponiert)* la verdad de la proposición sobre la que actúan.

Sobre la *factivity,* cfr. P. Kjparsky/C. Kiparsky, *Fact,* 1970.

Sobre las relaciones entre factividad y theticidad, A. G. Conte, *Aspekte der Semantik der*

2.1.3.2.1. Geiger formula reiteradamente el *hermafroditismo deóntico* de los *deklarative Normsätze.*

2.1.3.2.1.1. Un enunciado deóntico declarativo *constata* la subsistencia de una norma subsistente («konstatiert das Bestehen einer subsistenten Norm») *y convalida* un modelo de comportamiento (un *«eingespieltes Gebarensmodell»*).

2.1.3.2.1.2. De la norma subsistente el enunciado deóntico declarativo *(«deklarativer Normsatz»)* es expresión y consolidación. En él la norma subsistente se expresa y consolida *(«ausgedrückt und verfestigt»),* es (como icásticamente escribe Geiger) capturada *(eingefangen:* «eine [...] subsistente Norm in einem deklarativen Normsatz eingefangen wird»)[6].

2.1.3.2.2. Resulta filosóficamente provocador que Geiger no sólo advierta la alteridad de la *Norm* respecto al *Normsatz* y la no correlatividad entre *Normen* y *Normsatze,* sino que, a continuación, afirme que la norma subsistente es la norma en sentido propio («Norm in eigentilichen Sinn»)[7].

2.2. Formulación de la paradoja

2.2.1. *Deklarativer Normsatz,* enunciado deóntico *declarativo:* este concepto (cardinal en la obra de Geiger) puede parecer un concepto paradójico, *autocontradictorio* (así como, simétricamente, puede parecer un concepto *tautológico* el concepto opuesto de enunciado deóntico *proclamativo, proklamativer Normsatz).*

2.2.2. De hecho, en el concepto de *deklarativer Normsatz* parecen coincidir dos rasgos (dos *notae,* dos Merkmale) incompatibles: el rasgo de la *theticidad* y el rasgo de la *rheticidad*[8].

---

deontischen Sprache, 1977; A. G. Conte, *Aspetti della semantica del linguaggio deontico,* 1977.

[6] Un breve comentario sobre el verbo, usado por Geiger, *«verfestigen»,* que corresponde al italiano *«consolidare».* Como me indican tanto Giampaolo M. Azzoni como Paolo di Lucia, un sustantivo italiano que deriva de *«consolidare»,* concretamente *«consolidazione»,* es un *terminus technicus* de los historiadores del derecho. Cfr., por ejemplo, M. E. Viora, *Consolidazioni e codificazioni,* 1932, 1967 (3.ªed.).

[7] Cfr. T. Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts,* 1947, 1964 (2.ª ed.), 1970 (3.ª ed.), pág. 58: *«Norm im eigentlichen Sinn oder subsistente Norm».*

[8] Cfr. A. G. Conte, *Aspekte der Semantik der deontischen Sprache,* 1977; A. G. Conte, *Aspetti della semantica del linguaggio deontico,* 1977; A. G. Conte, *Nove studi sul linguaggio normativo,* 1985.

Un *deklarativer Normsatz* parece ser simultáneamente rhético y thético:

(i) *rhético,* en tanto que *constatación* (rhética) de validez deóntica.
(ii) *thético,* en tanto que *constitución* (thética) de validez deóntica.

2.3. Resolución de la paradoja

2.3.1. En realidad, en el concepto de *deklarativer Normsatz* no hay ninguna paradoja. La apariencia paradójica del concepto de *deklarativer Normsatz* se disipa desde el momento en que se percibe la distinción entre validez deóntica *thética* y validez deóntica *athética,* distinción que revela así su propia fecundidad heurística.

2.3.2. Es cierto que un *deklarativer Normsatz* es tanto constatación *(Feststellung)* como constitución *(Festsetzung)* de validez deóntica.

Pero es falso que, en un *deklarativer Normsatz,* el objeto de constatación y de constitución (de athética *Feststellung* y de thética *Festsetzung)* sea una única y misma validez deóntica.

Un deklarativer *Normsatz* es:

(i) constatación de validez deóntica *athética,*
(ii) constitución de validez deóntica *thética.*

3. Enunciados deónticos, enunciados adeónticos sobre la validez, lógica deóntica

3.1. *Enunciado deóntico declarativo vs. enunciado adeóntico sobre la validez*

3.1.1. Una breve aclaración sobre lo que los enunciados deónticos declarativos *(«deklarative Normsätze»)* de Theodor Geiger no son.

3.1.1.1. Contrariamente a lo que el adjetivo *«deklarative»* sugiere, los *deklarative Normsätze* geigerianos son (no: *descriptivos de validez,* sino) *constitutivos de validez.* (Al sintagma «constitutivo de validez» recurrí ya en Amedeo G. Conte, *Studio per una teoria della validità,* 1970).

La *declaratividad* de Geiger no es *descriptividad:* los *deklarative Normsatze* no son enunciados (enunciados deónticos, o enunciados

adeónticos) *descriptivos sobre la validez* (sobre ninguna de las seis especies de validez deóntica representadas mediante los vértices del octaedro deóntico en Amedeo G. Conte, *Minima deontica,* 1988).

3.1.1.2. Así, el concepto (elaborado por Theodor Geiger) de *deklarativer Normsatz* no coincide ni con el concepto (elaborado por Hans Kelsen) de *Sollsatz* ni con el concepto (elaborado por Amedeo G. Conte en *Studio per una teoria della validità,* 1970) de enunciado deóntico descriptivo ni con el concepto (elaborado por Ingemar Hedenius, *Om rätt och moral,* 1941) de enunciado jurídico inauténtico (en sueco, *oäkta rättssats).*

3.2. Enunciados adeónticos sobre la validez deóntica

3.2.1. Esta breve aclaración sobre lo que los enunciados deónticos declarativos geigerianos *(«deklarative Normsatze»)* no son *(no* son enunciados *descriptivos sobre la validez)* suscita forzosamente una cuestión.

¿Cuál es el estatuto semiótico de los enunciados *descriptivos sobre la validez* (enunciados a cuyo conjunto los enunciados deónticos declarativos *no* pertenecen)?

3.2.2. Una *respuesta* a la cuestión del estatuto semiótico de los enunciados descriptivos sobre la validez la da un ensayo de enero de 1963: Amedeo G. Conte, *La negazione di norme.* Conforme a este ensayo, un enunciado descriptivo sobre la validez es un enunciado no deóntico, un enunciado adeóntico.

Un enunciado descriptivo sobre la validez (así argumentaba yo entonces, contaminando dos idiomas y combinando libremente términos alemanes con términos italianos) es un *«Satz sul Sollen»,* y no un *«Satz: di Sollen».*

En tanto que enunciado *sobre el Sollen,* no *de Sollen,* un enunciado descriptivo sobre la validez es un enunciado «no modal», un enunciado *amodal (enunciato amodale, amodaler Satz, amodal sentence, énoncé amodal).* Un enunciado descriptivo sobre la validez es (empleo un neologismo mío de 1986: *«adeontico»*) un enunciado *adeóntico (enunciato adeontico, adeontischer Satz, adeontic sentence, énoncé adéontique*)[9].

[9] De mi distinción entre enunciados *deónticos* y enunciados *adeónticos* sobre la validez se distingue la distinción (también formulada en 1963) entre interpretación *modal («modal interpretation»)* e interpretación *factual («factual interpretation»)* de los enunciados deónticos *(«norm sentences»).* Tal distinción se halla en un filósofo

3.3. Lógica deóntica, lógica de enunciados deónticos, lógica de enunciados adeónticos sobre la validez.

La tesis (que formulé en enero de 1963) de la *adeonticidad* de los enunciados descriptivos sobre la validez produce consecuencias inmediatas para la *deóntica* y para la *metadeóntica*. Estas consecuencias han sido destacadas tanto por Giampaolo M. Azzoni como por Paolo di Lucia.

Si los enunciados descriptivos sobre la validez son *adeónticos,* entonces se debe rechazar que la lógica de estos enunciados *adeónticos* sea una lógica que sea lógica de enunciados *deónticos.*

Por consiguiente, una lógica deóntica que se configure como lógica de enunciados deónticos no es (precisamente por ser construida como lógica de enunciados *deónticos)* lógica de enunciados descriptivos adeónticos sobre la validez.

(Traducción de Carlos Alarcón Cabrera)

---

finlandés de lengua sueca: Erik Stenius, *The Principles of a Logic of Normative Systems,* 1963.

La analogía entre las dos distinciones es sólo aparente. En efecto, Stenius no distingue dos especies de *enunciados,* sino dos especies de *interpretaciones de enunciados.*

En otras palabras: en Stenius, *«modal»* y *«factual»* se predican de *interpretaciones* de enunciados, no de *enunciados.*

Con otras palabras diferentes: en Stenius, son modales (o, respectivamente, amodales) no los *enunciados,* sino las *interpretaciones* de enunciados.

En el origen de la tesis de Stenius y de una tesis análoga de Georg Henrik von Wright que también se remonta a 1963 (G. H. Von Wright, *Norm and Action,* 1963) se encuentra, según el propio Stenius (y también según Von Wright), el libro del filósofo sueco Ingemar Hedenius, *Om rätt och moral,* 1941 *(äkta rättssats vs. oäkta rättssats,* enunciado jurídico auténtico vs. enunciado jurídico inauténtico).

Un *curiosum:* en 1963, tanto Stenius como von Wright y Conte (por este orden) habían estado ya, por diferentes razones (y a diferentes niveles), en relación con la obra de Ludwig Wittgenstein.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

T. W. Adorno, *Philosophische Terminologie,* Frankfurt am Main. Suhrkamp. 1974.
G. P. M. Azzoni, Il concetto di condizione nella tipologia delle regole, Padova, CEDAM, 1988.
R. Brown, *Rules and Laws in Sociology,* London, Routledge, 1973.
A. G. Conte, *La negazione di norme,* Pavia, enero 1963. [Manuscrito].
A. G. Conte, *Studio per una teoria della validità,* en «Rivista intemazionale di filosofia del diritto», 47 (1970), págs. 331-354.
A. G. Conte, *Codici deontici,* en *Intorno al «codice». Atti del terzo convegno della Associazione italiana di studi semiotici AISS* (Pavia, 1975), Firenze, La Nuova Italia, 1976, pp. 13-25. Reedición en: A. G. Conte, *Nove studi sul linguaggio normativo,* Torino, Giappichelli, 1985, págs. 131-145.
A. G. Conte, *Aspekte der Semantik der deontischen Sprache,* en A. G. Conte/Risto Hilpinen/Georg Henrik von Wright (eds.), *Deontische Logik und Semantik,* Wiesbaden, Athenaion, 1977, págs. 59-73.
A. G. Conte, *Aspetti della semantica del linguaggio deontico,* en Giuliano di Bernardo (ed.), *Logica deontica e semantica,* Bologna, Il Mulino, 1977, págs. 147-175.
A. G. Conte, *Nove studi sul linguaggio normativo,* Torino, Giappichelli, 1985.
A. G. Conte, *Minima deontica,* en «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 65 (1988), págs. 425-475.
P. Di Lucia, *Momenti della deontica di von Wright,* en «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 44 (1990).
C. Donati, *Note sul normativismo,* Milano, Giuffrè, 1975.
C. Donati (ed.), *Dizionario critico del diritto,* Milano, Savelli, 1980.
A. Febbrajo, Materiali sulla sociologia del diritto di Theodor Geiger, Pavia, GJES, 1979.
J.-L. Gardies, *Norme et nature,* en Werner Krawietz (ed.), *Theorie der Normen,* Berlin, Duncker und Humblot, 1984, págs. 105-117.
J.-L. Gardies, *L'erreur de Hume,* Paris, Presses Universitaires de France, 1987.
T. Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts,* Kobenhavn, E. Munksgaard, 1947; Neuwied, Luchterhand, 1964 (2a. ed.); Neuwied, Luchterhand, 1970 (3a ed.). Traducción española de Arturo Camacho, Guillermo Hirata y Ricardo Orozco, *Estudios de sociología del derecho,* México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1983.
F. A. von Hayek, *Law, Legislation and Liberty,* 1982, London, Routledge.
I. Hedenius, *Om rätt och moral,* Stockholm, Tidens förlag, 1941; Stockholm, Wahlstrom och Windstrand, 1963 (2.ª ed.), 1965 (3.ª ed.).
G. Kalinowsky, *Ontique et déontique,* en «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 66 (1989), págs. 437-449.
A. Kemmerling, *Regel und Geltung im Lichte der Analyse Wittgensteins,* en «Rechtstheorie», 6 (1975), págs. 104-131.
P. Kiparksy/C. Kiparki, *Fact,* en: Manfred Bierwisch/Karl Erich Heidolth (eds.), *Progress in Linguistics,* The Hague, Mouton, 1970, págs. 143-173.

L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale,* Milano, Giuffrè, 1967.
E. Stenius, *The Principles of a Logic of Normative Systems,* en «Acta philosophica fennica», 16 (1963), págs. 247-260.
E. Stenius, Ross *Paradox and Well-Formed Codices,* en «Theoria», 48 (1982), págs. 49-77.
G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale,* Milano, Comunità, 1967.
M. E. Viora, *Consolidazioni e codificazioni,* Bologna, Zanichelli, 1932; Torino, Giappichelli, 1967 (3.ª ed.)
G. H. von Wright, *Norm and Action,* London, Routledge, 1963.

CONTRADICCIONES NORMATIVAS: JAQUE A LA CONCEPCIÓN DEDUCTIVISTA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

«...para trazar un límite al pensamiento tendríamos que ser capaces de pensar ambos lados de este límite, y tendríamos por consiguiente que ser capaces de pensar lo que no se puede pensar.»
Ludwig Wingenstein
Prólogo al *Tractatus Lógico-Philosophicus*

1 La aplicación de los desarrollos teóricos de la lógica formal al análisis del derecho ha generado siempre fuertes reacciones, tanto a su favor como en su contra. Transitando desde el más absoluto desprecio hasta la adoración casi fetichista, y pasando por el mortal terror frente a tanto símbolo extraño, muchos no han sabido guardar la mesura y serenidad requerida para una discusión seria.

Poner un poco de orden en tan acalorado debate ha sido el propósito de quienes han buscado elucidar los límites de aplicabilidad de la lógica al terreno jurídico, cometido que constituye también el objetivo de este trabajo.

Si bien muchos críticos radicales han sostenido que el lenguaje del derecho no es susceptible de tratamiento formal, o que la lógica deductiva resulta estéril como perspectiva para el estudio de un material tan problemático como el jurídico, parece intuitivamente fuera de discusión que cuando analizamos un conjunto de normas, suponemos que el mismo comprende todas sus consecuencias lógicas.

Nadie negaría que si una norma constitucional, por ejemplo, exige una mayoría de 2/3 de los miembros del Congreso para la válida aprobación de un cierto tipo de ley, y una ley de tales características ha sido votada por 3/4 de los miembros del cuerpo legislativo, dicha ley es válida.

Por cierto que afirmar la validez de la norma así votada supone extraer una consecuencia lógica del enunciado constitucional -*si leyes de esta clase serán consideradas válidamente sancionadas por el Congreso cuando cuenten con el voto de 2/3 del cuerpo, entonces las que cuenten con el voto de 3/4 de sus miembros serán también válidas-,* e integrar así el conjunto de los enunciados normativos explícitos de la Constitución con todos los enunciados implícitos que se deriven lógicamente de ellos. Aceptar esto, sin embargo, parece

compelernos a conceder que los sistemas jurídicos son normalmente interpretados como sistemas deductivos, una de las más fecundas propuestas de los partidarios del análisis lógico del derecho.

2. Nuestra intención es explorar aquí una de las corrientes argumentativas de crítica a dicha concepción. Lo que resulta destacable de la misma es que, por una parte, tiene cierto aire paradójico, por cuanto supone una impugnación fundada en argumentos extraídos de la propia lógica, y por la otra, que las consecuencias negativas respecto de la concepción deductivista no parecen haber sido refutadas directamente por ninguno de los principales partidarios de esta línea de trabajo.

El argumento en cuestión consiste en una reducción al absurdo expuesta en términos similares por diversos autores[1], y podría ser resumido de la siguiente manera: en el marco de la lógica deductiva, de un conjunto lógicamente inconsistente de fórmulas, cualquier fórmula es deducible. Siendo ello así, y si concebimos a los sistemas jurídicos como sistemas deductivos, habrá que aceptar que cualquier norma arbitrariamente elegida será consecuencia de un sistema jurídico inconsistente, razón por la cual el mismo no podrá cumplir con su función, esto es, dirigir la conducta de sus destinatarios, dado que en él toda conducta será obligatoria y al mismo tiempo prohibida. Ahora bien, en la mayoría de los sistemas jurídicos existentes pueden detectarse contradicciones[2], pese a lo cual ningún jurista aceptaría el terrible alcance que parece predicar la lógica de tales defectos.

A partir de dichas consideraciones, cabe derivar distintas conclusiones desfavorables respecto de la concepción deductivista de los sistemas jurídicos. En lo que sigue, y para simplificar su análisis, las resumiremos en dos posiciones a las que calificaremos de tesis fuerte y tesis débil:

> -*(Tesis fuerte)* Los sistemas jurídicos no pueden ser concebidos como sistemas deductivos. La lógica formal o deductiva aplicada al análisis del derecho lleva a consecuencias tan manifiestamente inadmisibles, que debe ser reemplazada por alguna clase de «nueva lógica».

---

[1] Véase por ejemplo, Atienza, Manuel, «Sobre los límites de la lógica en el Derecho», publicado en *Theoria* - Segunda época, Vol. VII, 1992, n.os 16-17-18, tomo B, págs. 1007-1018. Sin proyecciones críticas respecto de la concepción deductivista, el mismo problema es identificado en Lindahl, Lars, "Conflicts in systems of legals norms: A logical point of view", ponencia presentada al III Congreso de Filosofía Jurídica y Social, Asociación Argentina del Derecho, Buenos Aires, 1991.

[2] Las expresiones «contradicción», «inconsistencia» e «incompatibilidad lógica» serán tomadas como sinónimas a los fines del presente trabajo.

- *(Tesis débil)* La concepción deductivista de los sistemas jurídicos no puede dar cuenta de ciertas intuiciones elementales de los juristas. En razón de ello, si bien la lógica formal constituye un aparato teórico sumamente poderoso para esclarecer diversos problemas de la teoría del derecho, debe ser necesariamente complementada con otras perspectivas de análisis.

Si bien podrían formularse posiciones de grado intermedio entre ambas tesis, es manifiesta la diferencia entre lo afirmado por una y otra. No sólo no es lo mismo, sino que además resultaría contradictorio afirmar, por una parte, que los sistemas jurídicos no pueden ser concebidos como sistemas deductivos, y postular asimismo que la lógica es una herramienta necesaria pero insuficiente para el análisis del derecho. Sin embargo, no falta quien, como Atienza[3], afirma conjuntamente ambas cosas.

La delimitación del campo temático de la lógica ha estado siempre emparentada con la caracterización de la noción de consecuencia deductiva[4]. Si por «lógica» interpretamos «lógica deductiva», entonces afirmar que los sistemas jurídicos no pueden ser concebidos como sistemas deductivos vale tanto como afirmar que la lógica no tiene cabida en el derecho.

Siendo ello así, no resulta claro cómo podría el análisis lógico revestir el carácter de instrumento teórico necesario para el estudio de los sistemas jurídicos, si los mismos no pueden siquiera ser concebidos como sistemas deductivos. Porque, o bien el profesor español alude con la expresión «análisis lógico» a la lógica deductiva, en cuyo caso el señalar la fertilidad de sus aplicaciones al derecho se vuelve abiertamente contradictorio con su rechazo de la tesis deductivista, o bien el «análisis lógico» al que se refiere como «herramienta necesaria» para el estudio del derecho es un análisis lógico no deductivo, pero en tal caso reconocer la importante contribución de los desarrollos de lógica deductiva en el campo jurídico no parece más que una galantería académica sustentada en una utilización ambigua del lenguaje.

3. Estas conclusiones desfavorables en tomo a la utilización de la lógica deductiva en el campo jurídico se respaldan en la intuición corriente entre los juristas acerca de que los sistemas jurídicos, pese a la existencia de contradicciones, pueden cumplir con su función, hecho acerca del cual la lógica no podría dar cuenta.

---

[3] En el trabajo antes citado, págs. 1017 y 1018.

[4] Sobre la delimitación del campo de estudio de la lógica y la noción de consecuencia deductiva puede consultarse Alchourrón, Carlos, «Las concepciones de la lógica», inédito.

Resaltemos inicialmente que los argumentos centrales de esta crítica parten de ciertos postulados que se encuentran fuera de toda discusión:

a) Es por cierto exacto que a partir de un sistema inconsistente, todo enunciado es derivable. Tan es así que Tarki, a fin de independizar su caracterización de la noción de consistencia respecto de la negación, la define del siguiente modo:

> *«A set of sentences is called consistent if it is not equivalent to the set of all meaningful sentences (or, in other words, if the set of its consequences does not contain as elements all meaningful sentences).»*[5]

b) Asimismo, y en un análisis elemental, parecería correcto que la concepción deductivista lleva a aceptar que en aquellos sistemas normativos inconsistentes, toda consecuencia es derivable, y por tal motivo resultarían inservibles para cumplir con su función. Esta circunstancia es incluso identificada explícitamente por defensores del análisis lógico del derecho tan conspicuos como los profesores Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin:

> *«Si tanto una proposición p, como su negación -p forman parte del sistema, se dice que este último es incoherente. El problema con los sistemas incoherentes es que es imposible por razones lógicas satisfacer (obedecer) todas sus normas. Por lo menos las normas !p y !-p no pueden ser obedecidas ambas. Más aún, si se acepta la noción clásica de consecuencia, los efectos de una contradicción normativa son aún más desastrosos: todas las proposiciones pertenecen al sistema incoherente. Esto es así porque de acuerdo a la noción clásica de consecuencia, de un par de proposiciones contradictorias puede ser derivada cualquier proposición. De tal manera resulta que todos los sistemas incoherentes son equivalentes: ellos contienen las mismas consecuencias y son igualmente inservibles. Todo es obligatorio conforme a un sistema tal y nadie puede obedecer todas sus normas y, por lo tanto, un sistema así no puede guiar ninguna conducta»*[6].

---

[5] Tarski, Alfred, «Fundamental concepts of the metodology of the deductive sciences»; en *Logic, Semantics, Metamathematics,* Indiana, Hackett Publishing Company, 1983, pág. 90.

[6] Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, «La concepción expresiva de las normas», en *Análisis lógico y derecho,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 141, título original: «The Expresive Conception of Norms», publicado en Flilpinen, R. (Ed.), New Esays in Deontic Logic, Reidel, Dordrecht-Boston-London, 1981.

Incluso llegan a expresar en el mismo trabajo que, debido a lo anterior, una posible resolución al conflicto entre normas puede curiosamente lograrse mediante la derogación de cualquier proposición del sistema. Y ello en razón de que, si el legislador rechaza un enunciado q cualquiera, el conjunto formado por los enunciados contradictorios p y -p es uno de los conjuntos rechazados. Por cierto que en tal caso quedaría indeterminado el sistema normativo resultante de tal acto de derogación, pero ese es otro cantar.

En un escrito posterior, Alchourrón enfoca el mismo problema de la siguiente manera:

> *«Supongamos que α es un conjunto inconsistente vía el conjunto de hechos F y que los enunciados descriptivos de F son verdaderos. ¿Puede α llevar a cabo su función práctica de servir de guía de comportamiento? Creo que la respuesta a esta pregunta ha de ser negativa porque el sistema ha sobre determinado el comportamiento humano, puesto que son exigidas todas las acciones y omisiones.»*[7]

c) También debe reconocerse que resulta contraintuitivo aceptar que a partir de un sistema jurídico contradictorio, cualquier solución pueda derivarse. Claro que esta conclusión parece ser una consecuencia directa de la aceptación de uno de los principios más elementales de la lógica, cuya problematicidad es reconocida por las siguientes palabras del propio Alchourrón:

> *«Pocas cosas son más intuitivas que la necesidad de rechazar el principio de la lógica clásica (compartido con casi todas las lógicas salvo las lógicas relevantes y las paraconsistentes) de que de dos enunciados contradictorios (y de todo conjunto inconsistente) todo enunciado es consecuencia deductiva. Lo que se rechaza es el principio de Duns Escoto:*
>
> $$(DE)\ A,\ \neg A \vdash B»$$[8]

4. De lo expuesto hasta aquí, debería al menos admitirse que la concepción deductivista de los sistemas jurídicos, y consecuente mente la plausibilidad de la aplicación del análisis lógico al derecho,

---

[7] Alchourrón, Carlos, «Conflictos de normas y revisión de los sistemas normativos», en Análisis lógico y derecho, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 301, título original: «Conflicts of Norms and Revision of Normative Systems», presentado en el Congreso de Miami, 1988.

[8] Alchourrón, Carlos, «Las concepciones de la lógica», ya citado, pág. 51.

se ven jaqueados frente a una objeción asentada sobre cimientos cuya solidez es incluso confirmada por los destinatarios de la amenaza.

Un jugador de ajedrez amenazado de jaque en una partida no cuenta más que con tres posibles alternativas de respuesta: huir de la amenaza, bloquearla, o bien eliminar a la pieza amenazante. Cada una de tales estrategias tiene sus ventajas y sus desventajas: si el rey huye del jaque, el destino de la huida puede resultar ser más peligroso que la ubicación de origen; cuando bloqueamos el ataque, la seguridad de nuestra posición depende de la suerte de la pieza que bloquea, la cual atrae sobre sí una amenaza que perdura; finalmente, eliminar la agresión tomando la pieza que nos ataca, lo que generalmente se presenta como la respuesta más favorable, no es por cierto siempre posible.

5. En la perplejidad en la que probablemente se vería sumido un partidario de la lógica aplicada al derecho ante las críticas formuladas, podría reaccionar intentando eliminar el problema por definición: predicar la coherencia como propiedad necesaria de los sistemas jurídicos. Esta respuesta se vería respaldada por el grueso de los doctrinarios ortodoxos de la teoría del derecho, siendo Kelsen en buena parte de su obra uno de sus principales corifeos. Pero, ¿hasta qué punto esta estrategia escapista resulta conveniente? Sustentar un criterio tal nos llevaría a enervar las consecuencias teóricas más interesantes que resultan de aplicar el análisis lógico al estudio del derecho: la identificación de defectos en los sistemas jurídicos y en particular, la discriminación entre sistemas consistentes e inconsistentes.

Además, puede aquí trazarse un paralelo con una situación bastante similar y de larga polémica en la teoría jurídica: hay tanta semejanza entre los sistemas jurídicos consistentes y los inconsistentes como entre los valorados como justos y los valorados como injustos desde la perspectiva de un sistema axiológico cualquiera, por lo que vale en este punto el argumento metodológico de Hart[9] basado en prescindir de dichas diferencias y abordar ambas categorías como temática común de estudio.

En definitiva, si rechazar una crítica que pretende poner en duda la aplicación de la lógica al derecho nos obliga a poner en fuga a nuestro rey, restringiendo «ad hoc» lo que entendemos por sistema jurídico, o eliminando algunas de sus más ricas conclusiones teóricas, esta ruta nos está colocando en una posición tanto o más peligrosa que aquella de la que huimos, por lo que no parece una buena jugada.

---

[9] Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, págs. 258 y ss.

6. Una segunda alternativa frente a estos argumentos, bastante más plausible que la anterior, consistiría en reconocer como trivial su corrección, pero reputándolos inocuos como impugnación a la caracterización de los sistemas jurídicos como sistemas deductivos, es decir, no aceptar la extensión de las conclusiones que a partir de ello se pretende fundar.

Concedamos hipotéticamente que de hecho existen sistemas jurídicos inconsistentes. Concedemos también que, concebidos como sistemas deductivos, de los sistemas jurídicos comprensivos de enunciados contradictorios puede derivarse cualquier solución y que por lo tanto ellos no pueden cumplir su función. Concedamos incluso que esta última afirmación repugnaría la intuición de la mayoría de los juristas. ¿Lleva todo esto necesariamente a poner en tela de juicio al análisis lógico del derecho?

Podría responderse que no, señalando que la identificación de las condiciones en las que un sistema normativo es inconsistente es una tarea de la lógica. Y si aceptamos para ello a la lógica, no podemos rechazar luego las consecuencias que de tales defectos la lógica predica. Y mucho menos podemos rechazar a la misma lógica, so pretexto de las inconvenientes consecuencias lógicas que trae aparejada la noción de inconsistencia, para cuya caracterización utilizamos criterios lógicos.

Viendo así las cosas, lo que aparentaba ser una crítica sólida y convincente, parece ahora poco menos que absurda. Pero especifiquemos esta línea de análisis respecto de las dos diferentes conclusiones críticas expuestas. La tesis fuerte se proponía descartar por inservible a la lógica deductiva como perspectiva de análisis del derecho. ¿Esa es la única alternativa posible frente al problema? ¿No sería tanto o más convincente descartar por inservibles, con idéntico criterio, a los sistemas jurídicos inconsistentes, preservando la aplicabilidad de la lógica?

La lógica nos permite detectar algunos de los defectos que aquejan a los sistemas jurídicos, entre ellos la inconsistencia. De tal manera, suministra un criterio negativo de adecuación para los sistemas normativos, pues un sistema inconsistente requiere modificaciones sustanciales si ha de ser útil como guía de la conducta[10]. En otras palabras, la lógica permite identificar incoherencias en los sistemas normativos y a partir de sus postulados es posible advertir la inutilidad práctica de tales sistemas. Descalificar al análisis lógico porque pone en evidencia una consecuencia desagradable como ésta, sería tanto como matar al mensajero que nos comunica malas noticias.

---

[10] Véase Alchourrón, Carlos, «Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos», ya citado, págs. 291 y 292.

O más aún: sería como descalificar a la ciencia médica porque un oncólogo nos diagnostica un cáncer. Lo que corresponde es reconocer que los sistemas jurídicos inconsistentes deben ser modificados si se pretende que cumplan con su función de guía de la conducta.

De acuerdo con la tesis débil, la lógica no puede dar cuenta de fuertes intuiciones de los juristas. Frente a ello, se propone sacrificar a la lógica, considerándola herramienta insuficiente para el análisis del derecho. Como en el caso anterior, cabe aquí otro camino: centrar el problema no en la lógica, sino en la imposibilidad de reconstruir coherentemente las intuiciones de los juristas.

En un trabajo ya citado de Alchourrón[11], luego de reconocerse la contraintuitividad del principio de Duns Escoto, se expresa:

> *«Igualmente es muy difícil no admitir la enorme intuitividad de la regla de Introducción de la Disyunción (I.∨. 1) [A ➤ (A∨ B)], el principio de monotonía (⊢ .3) (si α ⊢A entonces α U β ⊢ A), el principio del Silogismo Disyuntivo:*
>
> *(SD) ¬ A, (A∨ B) ⊢ B*
>
> *y de la suerte de transitividad de la noción de consecuencia representada por la regla de Corte (⊢ .2) (si (α ⊢ B y α U {B} ⊢ A entonces α ⊢ A).*
>
> *Lamentablemente todas estas fortísimas intuiciones no pueden convivir coherentemente ya que la aceptación de los cuatro últimos principios comprometen a la aceptación del principio de Duns Escoto. La siguiente es una derivación de (DE) a partir de los otros cuatro principios indicados:*
>
> *(1) A, ¬ A ⊢ (A∨ B)* [*De (I. v.]) por (⊢. 3)*]
>
> (2) A, ¬ A, (A∨ *B) ⊢ B* [*De (SD) por (⊢.3)*]
>
> *(3) A, ¬ A ⊢ B* [*De (1) y (2) por (⊢. 2)*]
>
> *La más leve aspiración de coherencia nos compele a rechazar alguna de estas sólidas intuiciones, pero por otro lado no hay base intuitiva para el sacrificio de ninguna.»*

La conclusión de esta sencilla y paradójica demostración de Alchourrón -similar a la utilizada por Lewis para defender su con-

[11] Alchourrón, Carlos, «Las concepciones de la lógica», ya citado, págs. 51 y 52.

cepción de la implicación estricta[12]- es que no se puede dar satisfacción a todas nuestras intuiciones corrientes. A efectos de proyectar esta idea con relación a las intuiciones de los juristas, sería necesario contar previamente con una caracterización adecuada de la noción de contradicción normativa. Bástenos, por ahora, con señalar que no constituye en absoluto una objeción válida contra la aplicación de la lógica al derecho el que la misma no brinde una reconstrucción completa y coherente de las intuiciones de los juristas. Esto en la medida que no se nos ofrezca otro sistema en su reemplazo que sí garantice tal cometido, pues existe -al menos- la posibilidad de que ninguna reconstrucción coherente de todas las intuiciones jurídicas pueda alcanzarse.

7. En el mismo plano que la tentativa anterior habría que ubicar la respuesta consistente en aceptar las objeciones planteadas, pero rescatando sin embargo la deducibilidad aplicada al derecho como un ideal racional.

Moreso y Navarro[13] consideran que el criterio de deducibilidad es demasiado amplio como para identificar la pertenencia de normas a un sistema, ya que entonces cualquier sistema jurídico contendría infinitas normas y, en casos de inconsistencia, todas las normas pertenecerían al mismo.

No obstante lo anterior, se sostiene, cabría interpretar que el criterio de deducibilidad, conjuntamente con otros, si bien no sirve para decidir la pertenencia de normas a un sistema jurídico real, si permite definir un «orden jurídico racional». Dicho criterio, al igual que la completitud, la coherencia, etc., cumpliría entonces el rol de un «ideal racional»[14].

Esta postura se presenta como más endeble que la anterior ya que coloca en un mismo nivel a la noción de deducibilidad y a las de completitud y coherencia. Ello parece incorrecto toda vez que las dos últimas se definen en términos de la primera: es imprescindible una caracterización previa de la noción de consecuencia deductiva a fin de poder introducir los otros dos conceptos. Por lo demás, si recurrimos al sutil artilugio de apelar a un «legislador racional», es debido a lo contraintuitivas que resultan ciertas aplicaciones de la

---

[12] Lewis, C. L., *A Survey of Simbolic Logic,* California University Press, 1918, citado por Haack, Susan, *Filosofía de las lógicas,* Madrid, Cátedra, 1982, pág. 223.

[13] Moreso, José Juan y Navarro, Pablo E., «Algunas observaciones sobre las nociones de orden jurídico y sistema jurídico», en *Análisis Filosófico*, volumen XII, numero 2, noviembre de 1992, pág. 142.

[14] Von Wright, G., «Norms, Truth and Logic», en Practical Reason, London, Basil Blackwell, 1983.

lógica en el terreno de las normas. Sin embargo, la misma idea de un legislador racional es bien poco intuitiva[15].

De cualquier modo, la principal objeción que podría dirigirse contra estas últimas tentativas de respuesta no se refiere al contenido de lo afirmado, sino más bien a la estrategia utilizada. Ocurre que cuando aceptamos las premisas del razonamiento crítico pero rechazamos su conclusión, arguyendo alternativamente que el problema no está en la lógica, sino en los sistemas inconsistentes, en las intuiciones de los juristas, o que el análisis lógico puede preservarse como una «lógica para un legislador racional», no damos respuesta a la cuestión de fondo. Habremos bloqueado momentáneamente la amenaza descalificadora de la aplicación de la lógica al derecho, pero seguirá pendiendo sobre nuestras cabezas la espada de la crítica.

La mayoría de los juristas estarían dispuestos a sostener que la existencia de contradicciones en un sistema jurídico no impide que éste pueda cumplimentar su cometido, al menos en alguno de los sentidos que podrían asignarse a dicha expresión. En la medida en que el análisis lógico no pueda dar cuenta de esta intuición, por más que resaltemos que al menos la lógica nos permite identificar los sistemas inconsistentes y las consecuencias de tal defecto, o que algunas de las intuiciones de los juristas son incompatibles entre sí, o que las conclusiones de la aplicación del análisis lógico valen para la hipótesis de un utópico legislador racional, es claro que el valor del modelo propuesto para dar cuenta de los problemas de la teoría del derecho se ve relativizado. Así, los movimientos que bloquean el jaque parecen también inadecuados porque conceden demasiada ventaja al rival.

8. Quedaría por explorar la última opción: ¿es posible tomar la pieza que amenaza de jaque al rey deductivista? ¿Puede darse una respuesta satisfactoria desde la lógica al problema de fondo presupuesto por las críticas esbozadas?

Para eso sería menester concentrarse en las premisas del argumento que estamos analizando, y rechazar lisa y llanamente o reinterpretar el alcance de una o varias de ellas.

Está fuera de toda cuestión que cualquier enunciado es consecuencia de un sistema deductivo inconsistente. Tampoco ofrece reparos el hecho de que existan sistemas jurídicos que contengan enunciados contradictorios. Sin embargo, lo que afirman las restantes premisas debe ser estudiado con detenimiento, por cuanto podríamos vernos inducidos a error a partir de formulaciones imprecisas.

---

[15] Con respecto a este argumento, véase Alchourrón, Carlos y Martino, Antonio, «Lógica sin verdad», en *Theoria* - Segunda época, año III, 1987-88, n.os- 7-8, pág. 23.

En lo que sigue, intentaremos demostrar: a) que resulta ambiguo afirmar que de los sistemas jurídicos comprensivos de enunciados contradictorios puede deducirse cualquier norma, tanto como sostener que los sistemas jurídicos con enunciados contradictorios resultan inservibles para el cumplimiento de su función, y b) que las elementales intuiciones de los juristas no sólo no se oponen, sino que más bien reafirman las conclusiones teóricas de la aplicación del análisis lógico al derecho, a poco que se supere un estadio meramente superficial.

9. A los fines propuestos en el punto anterior, un primer esclarecimiento conceptual se impone: ¿qué debemos entender por contradicción normativa?

9.1. La respuesta no es en absoluto sencilla, dado que a su vez presupone al menos uno de los problemas que más tinta han hecho correr entre quienes se empeñan en aplicar el análisis lógico al derecho: el de la posibilidad de asignar valores veritativos a las normas.

La función que cumple el lenguaje cuando emitimos una prescripción es distinta de aquella que cumple cuando describimos un cierto estado de cosas, y sólo cuando el lenguaje es utilizado en función descriptiva es que podemos calificar de verdadero o falso lo que decimos. Si las normas no son susceptibles de ser calificadas como verdaderas o falsas, entonces o bien la noción de inferencia y las conectivas lógicas se caracterizan en función de las nociones de verdad o falsedad, y entonces no habrá relaciones lógicas entre normas ni podrán aplicarse las conectivas lógicas a ellas, o bien hay una lógica de normas, pero entonces ni la noción de inferencia ni las conectivas lógicas deben ser caracterizadas apelando a las nociones de verdad o falsedad. Tal, la dilemática enunciación de Jorgersen[16].

Los caminos tradicionales de investigación en tomo a la lógica del discurso normativo han apuntado a tomar el primer cuerno del dilema: asignar de algún modo valores de verdad, o algún sucedáneo, a las normas. La alternativa, mucho menos desarrollada, ha consistido en buscar alguna noción más general, como una caracterización abstracta de consecuencia deductiva, a fin de adoptarla como término primitivo de la lógica, posibilitando así una lógica de normas sin verdad[17].

---

[16] Jorgensen, J., «Imperatives and logic», en Erkenntnis, tomo 7, 1937/38, citado por Alchourrón, Carlos y Martino, Antonio, «Lógica sin verdad», ya citado.

[17] Sobre las distintas perspectivas seguidas por los teóricos puede consultarse el trabajo citado en la nota anterior, así como la Introducción de *Análisis lógico y Derecho,* también citado.

9.2. Sin inmiscuirnos en este problema por exceder el marco de nuestro trabajo, es evidente que, si algo hay a lo que podamos calificar como «contradicción entre normas», el sentido de dicha expresión no puede ser idéntico al de la contradicción entre proposiciones.

El paradigma de lo que los lógicos interpretan por contradicción normativa está representado por el par deóntico Op y O - p, esto es, que sea ordenada una conducta y su abstención -o, lo que es lo mismo, que una conducta sea ordenada y prohibida-. Si bien nadie dudaría que estas normas son contradictorias, sí en cambio sería problemático intentar explicar por qué ambas resultan incompatibles.

Por lo pronto, no podría decirse que son contradictorias porque no pueden ser ambas verdaderas, pues no cabe hablar de la verdad o falsedad de tales enunciados. No sirve tampoco el criterio de hacer derivar la incompatibilidad del hecho de que no puedan coexistir ambas en un conjunto de normas[18]. En realidad nada impide que un legislador ordene un acto y su abstención, de manera que sí pueden coexistir[19]. Lo que se quiere decir cuando se habla de la imposibilidad de coexistencia en el marco de un conjunto de normas, es que ambas no pueden coexistir *coherentemente,* con lo cual se presupone lo que se quiere definir, cayéndose en una petición de principio.

9.3. Una respuesta que se ha tentado para explicar el problema consiste en situarse en la perspectiva del sujeto destinatario de las normas, identificando la contradicción normativa con la imposibilidad lógica de cumplimiento.

Afirmar que dos normas son contradictorias cuando un sujeto no puede satisfacerlas ambas al mismo tiempo por razones lógicas, trae aparejado el problema de que en tal caso, lo que se está afirmando es que un sujeto no puede al mismo tiempo hacer verdadera la proposición p y la proposición -p, esto es, los contenidos de las normas contradictorias. Con ello, se está brindando un criterio para identificar contradicciones entre contenidos normativos -no pueden ser verdaderas p y -p-, pero no se explica en definitiva por qué las normas son incompatibles. Que la contradicción entre contenidos normativos es condición necesaria pero insuficiente para hablar de contradicción entre normas lo pone de manifiesto el que dos normas permisivas de un acto y su abstención, Pp y P-p, no implican contradicción alguna.

Esa última objeción, fundada en el carácter deóntico de las normas, resalta la necesidad de asumir tal componente como un ingre-

---

[18] Von Wright, Georg H., *Norma y Acción,* Madrid, Tecnos, 1970, pág. 148.

[19] Acerca de las críticas a ambas ideas, véase Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, «Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas», en *Análisis lógico y derecho,* ya citado, pág. 160.

diente cuya relevancia no puede ser obviada al momento de caracterizar la noción de contradicción normativa, si reputamos al acto de permitir como un acto lingüístico diverso del de obligar. En tal caso, no sólo habrá contradicción cuando una autoridad haya ordenado y prohibido un mismo acto, sino también cuando lo haya permitido y prohibido.

A efectos de lograr una adecuada reconstrucción de la noción de contradicción entre normas, deberían entonces establecerse criterios específicos para identificar contradicciones respecto de conjuntos de normas de obligación, conjuntos de normas permisivas y conjuntos mixtos de normas imperativas y permisivas. Alchourrón[20] indica que un conjunto de normas imperativas sería consistente si, y sólo si, hubiera una interpretación tal que hiciera verdaderos todos los enunciados de acción que siguen al operador deóntico «O»; un conjunto de normas permisivas sería consistente si, y sólo si, para cada uno de los enunciados de acción que siguen inmediatamente al operador deóntico «P» hubiese una interpretación que hiciera verdaderos a cada uno de ellos; y finalmente, un conjunto mixto de normas imperativas y permisivas sería consistente si, y sólo si, para cada enunciado permisivo hubiera una interpretación que hiciera verdadero su enunciado de acción y también hiciera verdaderos a todos los enunciados de acción contenidos en los enunciados imperativos del conjunto.

9.4. Otra alternativa teórica ideada para superar la mera reducción de las contradicciones normativas a la incompatibilidad entre sus contenidos proposicionales, ha reivindicado la necesidad de situar el análisis desde el plano de la autoridad normativa y, con criterio pragmático, señalar que existe contradicción toda vez que hay discordancia entre la intención de ordenar y su expresión verbal[21].

Lo normal al ordenar una cierta conducta es que la intención de la autoridad normativa sea que el acto en cuestión se realice. Así, habría contradicción entre dos normas para una autoridad normal cuando sus expresiones lingüísticas (por ejemplo, Op y O - p) frustren tal intención genérica.

Esta respuesta tiene dos problemas: el primero es que, así como nada obsta a que de hecho un legislador ordene un acto y su abstención -razón por la que no puede decirse que dos normas sean incoherentes si no pueden coexistir en un conjunto-, nada impide tampoco que un legislador quiera que se realice una acción y también quie-

---

[20] Alchourrón, Carlos, «Conflictos de normas y revisión de los sistemas normativos», ya citado, pág. 295.

[21] Alchourrrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, «Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas», ya citado, pág. 160 y 161.

ra que no se realice: cualquier autoridad real puede tener intereses o voliciones conflictivas. Hasta podría pensarse en el caso de que el legislador tuviese el malicioso, pero perfectamente coherente interés de normar exprofeso incoherentemente una conducta, a fin de poder luego resolver en uno u otro sentido de acuerdo con lo que le resulte circunstancialmente más conveniente.

Esto obligaría a buscar un posible escape a tales objeciones haciendo referencia a la intención de un «legislador normal». Pero la noción de un «legislador normal» conlleva los mismos reparos que pueden dirigirse contra la del «legislador racional»[22].

Si bien por las razones someramente expresadas no parece satisfactoria la postura anterior como criterio para la identificación de las contradicciones entre normas, es útil para remarcar la relativa dependencia de la noción de contradicción normativa con relación a la autoridad que emite las normas. Sumando esto a la posibilidad de cumplimiento por parte del destinatario resulta que dos normas emitidas por la misma autoridad pueden ser contradictorias respecto de un sujeto y no serlo respecto de otro, como así también, que dos normas dictadas por diferentes autoridades normativas sean incompatibles entre sí. En el primer caso, si un sujeto x establece las siguientes dos normas:

N1: «Es obligatorio para *y* y para *z* realizar el acto p».

N2: «Es obligatorio para *y* abstenerse de realizar el acto p»,

es evidente que este conjunto de normas es inconsistente respecto de *y,* pero es perfectamente coherente respecto de *z,* o en otras palabras, la autoridad normativa habrá en este caso normado consistentemente la conducta de *z* pero inconsistentemente la conducta de *y*.

En el segundo caso comentado, si un sujeto *x* ordena a un sujeto *y* la realización de un cierto acto p, y un sujeto *z* ordena a *y* abstenerse del mismo acto p, en tal caso, pese a que, tanto el conjunto de las normas dictadas por *x* como el conjunto de las normas dictadas por *y,* considerados independientemente uno del otro, pueden ser cada uno perfectamente consistente (justamente porque son lógicamente independientes), el conjunto que resulta de la unión de los conjuntos de normas dictadas por *x* y por *y* en relación al sujeto *z* es inconsistente.

En los sistemas jurídicos no hay uno, sino una pluralidad de individuos u órganos legitimados para el dictado de normas, aún cuando pueda considerarse metafóricamente que todos ellos actúan en función de una única autoridad normativa (el Estado). El caso de contradicción más frecuente es aquél en el cual una autoridad emite una

[22] Véase nota 14.

prescripción incompatible con respecto a otra dictada por una autoridad distinta. Los juristas utilizan, para la resolución de conflictos entre normas emitidas por diferentes autoridades del sistema, el criterio de que la norma dictada por la autoridad superior prima sobre aquella que ha sido emitida por la autoridad inferior. Todo sistema jurídico establece -explícita o implícitamente- jerarquías entre sus normas, siendo la autoridad de la cual emanan uno de los factores que se toma en cuenta a tales fines. La existencia de estos criterios para la resolución de las contradicciones entre las normas de los sistemas jurídicos demuestra, no sólo que las contradicciones entre normas existen, sino además que esto es vivido por los juristas como algo intolerable.

9.5. A lo dicho hasta aquí resulta casi superfluo agregar que también deben considerarse las circunstancias de tiempo y lugar en las cuales las normas exigen o permiten realizar o abstenerse de realizar ciertos actos, a efectos de una acabada delimitación de la noción de contradicción normativa. Sólo habrá incompatibilidad entre dos normas cuando exista identidad en la ocasión, como se daría en el caso de que ambas exigieran la realización y la abstención de una misma conducta al mismo tiempo y en el mismo lugar.

9.6. Podríamos contentarnos con una reconstrucción de la noción de contradicción normativa en términos de la imposibilidad por parte de un sujeto de dar satisfacción a todos los contenidos normativos de las normas de obligación y a cada uno de los contenidos normativos de las normas permisivas de un sistema de normas, dictadas por una cierta autoridad y con relación a una cierta ocasión. Pero ocurre que hay una gran cantidad de casos en los cuales normas aparentemente no contradictorias provocan «conflictos normativos »[23] significativos. Supongamos que en un sistema coexisten las siguientes dos normas:

N1: «Es obligatorio que los automovilistas se detengan frente a los semáforos en rojo.»
N2: «Está prohibido que los automovilistas se detengan junto a zonas militares.»

[23] La diferenciación entre las contradicciones o inconsistencias normativas y los «conflictos normativos» fue introducida por Risto Hilpinen en «Conflicts and Change in Normative Systems», en Frändberg, A. y Van Hoecke, M. *The Structure of Law,* Iustus Förlag, Uppsala, 1987.

¿Hay contradicción entre ambas? Podríamos formalizar dichos enunciados de la siguiente manera:

N1: A ‣ Op
N2: B ‣ O - p

(Entendiendo por A el hecho de que los automovilistas se encuentren frente a semáforos en rojo, B como la circunstancia de que los automovilistas se encuentren junto a zonas militares y Op y O - p como la obligación y la prohibición de detenerse, respectivamente). Así interpretadas estas normas no parecen contradictorias.

Pero eso no quita que pueda generarse, para quien debe cumplirlas, una situación conflictiva indiscernible de la contradicción canónica entre Op y O - p. Bastaría para ello con que a alguna autoridad se le ocurriese la poco brillante pero perfectamente posible idea -llevada a la práctica en la entrada de la Base Naval de Mar del Plata- de ubicar un semáforo junto a una zona militar.

Lo que muestra el ejemplo es que dos normas pueden resultar incompatibles ante el acaecimiento de determinadas circunstancias de hecho. En nuestro caso, si se dieran conjuntamente las condiciones de hecho A y B -semáforo rojo y zona militar-, resultaría obligatorio y a la vez prohibido detenerse (Op y O - p). He aquí un nuevo elemento cuya consideración resulta imprescindible a fin de brindar una satisfactoria caracterización de las contradicciones normativas: un conjunto de normas puede ser consistente vía determinados hechos, esto es, ante el acaecimiento de determinadas circunstancias fácticas, e inconsistente vía otros hechos[24].

9.7. Todas las observaciones antecedentes podrían ser abreviadas en lo siguiente: cuando afirmamos que dos enunciados (descriptivos o prescriptivos) son contradictorios, estamos formulando una aserción acerca de enunciados, esto es, una aserción metalingüística. En el caso de la contradicción proposicional, se tratará de una expresión metalingüística respecto de un lenguaje objeto descriptivo, mientras que, en el caso de la contradicción normativa, estaremos en presencia de una expresión metalingüística acerca de un lenguaje objeto prescriptivo.

Una de las diferencias existentes entre los sistemas tradicionales de lógica de normas y los sistemas de lógica de proposiciones normativas -y con ello entre las interpretaciones prescriptiva y descrip-

[24] Alchourrón, Carlos, «Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos», ya citado, págs. 300 y 301.

tiva de los enunciados normativos-, es la presencia en los primeros del axioma:

$$(LD) - (Op \wedge O - p)$$

y su correlativa ausencia en los segundos. No obstante, dicho axioma guarda una importante analogía estructural con la definición de coherencia normativa de los sistemas de lógica de proposiciones normativas:

$$(Df.)\ Coh\ (p) \equiv - (Op \wedge O - p)$$

De conformidad con el primero, se excluye la posibilidad de que se den conjuntamente Op y O - p, mientras que la definición de coherencia solamente determina las condiciones en que los sistemas son coherentes, pero sin excluir la posibilidad de sistemas incoherentes[25].

Y hay algo todavía más importante. Cuando un sujeto le dice a otro que está lloviendo, ese enunciado («está lloviendo») se refiere a la lluvia y será verdadero o falso según que efectivamente esté lloviendo o no. Pero si un tercer sujeto, comentando la conversación sostenida por los dos anteriores, dijese «Alguien dijo que estaba lloviendo», este enunciado no se refiere a la lluvia en forma directa como el anterior, sino más bien a lo dicho por alguien. Y será verdadero o falso según que exista o no un sujeto que haya dicho realmente que estaba lloviendo[26]. En tal sentido, la aserción metalingüística *es relativa* a la existencia de un sujeto que emitió el enunciado en cuestión, lo cual no ocurre en el nivel del lenguaje objeto.

Por cierto que la afirmación «Alguien dijo que estaba lloviendo» no es en absoluto la única forma posible de describir lo ocurrido. Nuestro aprendiz de chismoso podría ser un poco más generoso con la información y decir: «*José* dijo que estaba lloviendo». En tal caso, su descripción será relativa a lo dicho por José, y resultará verdadera o falsa según que exista o no un sujeto que haya expresado el enunciado en cuestión y según que ese sujeto sea o no José.

---

[25] Véase Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, «Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas», ya citado, págs. 161 y 162.

[26] Alchourrón utiliza un argumento similar, pero restringe la relatividad exclusivamente a una cierta autoridad normativa. Por las razones que se exponen, pensamos que tal criterio es injustificadamente limitado. Véase Alchourrón, Carlos, «Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals», en Meyer, J. J. y Wieringa, R.J., *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification,* Wiley & Sons, 1993, pág. 19.

Se podría seguir agregando información (por ejemplo, «En las circunstancias tales y cuales, José le dijo a Pedro que en ese momento y en ese lugar estaba lloviendo») y, a mayor generosidad en ella, la verdad del enunciado metalingüístico resultará relativa con respecto a una mayor cantidad de factores. Lo cierto es que no existe límite alguno a la cantidad de elementos que pueden ponerse en juego.

Es importante remarcar con esto otra diferencia entre la interpretación prescriptiva y la interpretación descriptiva de los enunciados normativos. La primera asume un rasgo absoluto frente a la necesaria relatividad de la segunda. Tal relatividad dependerá al menos de la existencia de alguna autoridad normativa que haya emitido la prescripción en cuestión.

Si nuestra intención es lograr una adecuada caracterización de la noción de contradicción o inconsistencia entre normas (noción metalingüística por excelencia), habrá que hacerse cargo de su carácter relativo. A priori no existe límite alguno, como se dijo, respecto de los factores a considerar. En otras palabras, podríamos relativizar nuestra definición de contradicción entre normas tanto como quisiéramos. Hemos tomado aquí en cuenta la incidencia de factores tales como la autoridad normativa, el sujeto destinatario, la ocasión y las circunstancias de hecho, en la identificación de la incompatibilidad entre dos normas[27].

Pero no es necesario ir tan lejos para mostrar la falacia que se esconde detrás de la afirmación de que en todo sistema jurídico inconsistente resultan obligatorias y prohibidas todas las conductas. Alcanza con apreciar la naturaleza metalingüística del concepto de contradicción normativa, su carácter intrínsecamente relativo, y analizar someramente la incidencia de uno de los factores que relativizan esta noción, cuya relevancia en el derecho asume un rol definitorio.

10. Existen muchas formas posibles de representar los enunciados de un sistema jurídico. Si bien más de un teórico se ha esforzado por alcanzar «la» representación formal más adecuada de las normas jurídicas, tal representación única no existe.

Si por formalización interpretamos alguna clase de actividad de traducción a través de la cual un texto, ordenado sintácticamente de acuerdo al menos con las reglas de un cierto lenguaje, es transformado en otro conjunto de cadenas de signos con algún propósito teorético o pragmático, es evidente que, siendo diversos los objetivos del emprendimiento, una oración puede correlacionarse no con una correspondiente expresión formalizada, sino más bien con un con-

[27] Sobre la relatividad del concepto de inconsistencia normativa, véase Von Wright, Georg H., *Norma y Acción,* ya citado, págs. 159 y ss.

junto abierto de expresiones, pudiendo todas ellas ser consideradas como sus adecuadas formalizaciones[28]. Por supuesto que, asumida que sea una cierta finalidad, ella permitirá valorar ciertas formalizaciones como más adecuadas que otras.

Cuando lo buscado es una representación formal de los enunciados de un sistema normativo que posea mayor exactitud que su formulación original, pero la suficiente riqueza como para poder dar cuenta de algunos de los problemas que aquejan a los estudiosos del derecho, la extensión del explicatum, aún cuando no será idéntica a la del *explicandum* -pues en tal caso perdería su mayor exactitud-, deberá acercársele lo más posible[29].

La mayor parte de los sistemas de lógica aplicada al discurso prescriptivo han sido ideados, tanto en sus versiones de lógicas de normas como en las de lógicas de proposiciones normativas, para dar cuenta de los enunciados prescriptivos categóricos. Con ello, una de sus principales falencias en lo que hace a la aplicabilidad práctica de sus derivaciones en relación al derecho, ha sido la imposibilidad de dar cuenta satisfactoriamente de la gran diversidad de enunciados presentes en los sistemas jurídicos, y particularmente de aquéllos formulados en términos condicionales.

Es más: la mayoría de los filósofos del derecho admitiría sin dudar la afirmación de que las normas generales contenidas en los sistemas jurídicos, tienen, como los juicios universales aristotélicos, carácter general y condicional[30]. Las obligaciones y derechos no son establecidos por el legislador en forma categórica, sino subordinados al cumplimiento de ciertas condiciones de hecho.

En la medida en que podamos contar con una lógica que reconstruya adecuadamente las relaciones entre enunciados normativos condicionales, podremos también satisfactoriamente dar cuenta de los enunciados normativos categóricos, entendidos entonces como prescripciones para toda circunstancia posible o, en otros términos, prescripciones con relación a un conjunto vacío de hechos[31].

---

[28] Vernengo, Roberto, «Formalization in Legal Languages», en Martino, A. A., y Socci Natali, F. (Eds.), Logic, Informatics, Law, North-Holland, Elsevier Science Publishers, 1986, págs. 555 y ss.

[29] Acerca de las características del proceso de reconstrucción racional de conceptos, véase Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Buenos Aires, Astrea, 1975, pág. 30, traducción de los autores del original Normative Systems, Viena, Springer-Verlag, 1971.

[30] Alchourrón, Carlos, «Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals», ya citado, pág. 15.

[31] Alchourrón, Carlos, «Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos», ya citado, págs. 300 y 301.

Tal ha sido la preocupación de quienes han buscado reducir los enunciados normativos a su forma normal, lo que implica transformarlos en expresiones condicionales en las que se distingue con precisión entre las condiciones fácticas y las consecuencias normativas[32]. También éste ha sido el propósito que se evidencia en los más recientes trabajos de Alchourrón[33]. En ellos se advierten las dificultades de la cuestión tratada: lo problemático no es reconstruir las condiciones positivas exigidas por las normas para el surgimiento de obligaciones o derechos, sino las condiciones negativas. Una acción puede ser exigida como obligatoria dada cierta situación de hecho, pero dejar de serlo en otra. Así, si volvemos al ejemplo del conductor del vehículo que se enfrenta a las dos normas contradictorias comentadas en el punto 9.6., podríamos interpretar esas prescripciones de modo tal que la obligación genérica de detenerse frente a los semáforos en rojo cediera en el caso particular de colisión con la obligación de proseguir la marcha junto a una zona militar. En tal intelección, el sistema integrado por dichos enunciados debería ser reconstruido del siguiente modo:

$$N1: (A \wedge -B) \rightarrow Op$$
$$N2: B \rightarrow O - p$$

N1 nos dice que si un automovilista se encuentra frente a un semáforo en rojo, debe detenerse, salvo que conjuntamente ocurra que se encuentra junto a una zona militar. N2 expresa que si el conductor se encuentra junto a una zona militar, entonces debe proseguir su marcha.

Reformular así las normas del sistema elimina la indeseada contradicción, pero ello sólo es posible mediando la información adicional de que una de las normas prima sobre la otra. Por otra parte, aún contando con dicha información, sería menester, a fin de formalizar cada enunciado del sistema, tomar en consideración todas las restantes normas y revisar la formalización de cada una toda vez que el sistema se modifique[34].

El problema de la permanente revisión podría obviarse apelando

---

[32] Vernengo, Roberto, «Formalization in Legal Languages», ya citado, pág. 561.

[33] Pueden consultarse en particular, «Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos», «Condicionalidad y la representación de las normas jurídicas», «Phiiosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals», ya citados y «Defeasible Conditionals as General Conditionals Plus Revision Theory», inédito.

[34] Véase por ejemplo, Alchourrón, Carlos, «Condicionalidad y la representación de las normas jurídicas», ya citado, pág. 269.

a alguna otra conectiva que no fuese la implicación material, y para la cual no valgan ni la ley de refuerzo del antecedente:

$$[(P \rightarrow q) \rightarrow ((p \wedge r) \rightarrow q)]$$

ni la ley del modus ponens:

$$[((P \rightarrow q) \wedge p) \rightarrow q]$$

Sobre la base de la idea de las obligaciones prima facie de Ross, podría trabajarse con algún tipo de conectiva -como los llamados *condicionales derrotables*- que cumplieran estas dos condiciones. Ello permitiría eludir consecuencias indeseadas como las contradicciones entre normas del tipo de las del ejemplo anterior, pero al precio de perder también buena parte de las consecuencias deseadas[35]. Como puede verse, ninguna de las alternativas está libre de crítica.

11. Aún con todos los obstáculos que parecen complicar este derrotero, resulta mucho más adecuado representar los enunciados de un sistema jurídico en términos condicionales que categóricos.

Ya en *Normative Systems*[36], Alchourrón y Bulygin predicaban el carácter relacional de los sistemas jurídicos, entendiendo que su función consiste básicamente en establecer correlaciones deductivas entre casos (descripciones de circunstancias de hecho) y consecuencias normativas. Se expresaba en ese trabajo que un sistema normativo α es coherente en relación a un universo de casos UCi si, y sólo si, ningún elemento del universo de casos UCi es correlacionado por α con todas las soluciones[37].

Si bien es teóricamente concebible la hipótesis de normas categóricas, y correlativamente, una noción de contradicción normativa absoluta con relación a las circunstancias, no es ese el tipo de normas ni el tipo de contradicciones con las que tienen que habérselas los juristas.

La representación más próxima a lo que un jurista intuitivamente llamaría contradicción entre normas estaría dado por esquemas del tipo $(A \rightarrow Op)$ y $(B \rightarrow O - p)$, normas que resultan incompatibles en el caso de la ocurrencia conjunta de sus antecedentes. Esto no es otra

---

[35] Puede consultarse el trabajo de Alchourrón citado en la nota anterior, así como «Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Defeasible Conditionals», también citado.

[36] Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* ya citado, pág. 122.

[37] En el trabajo aludido en la cita anterior, pág. 102.

cosa que decir, con otras palabras, algo que ya expresamos: un sistema de normas puede ser inconsistente con relación a ciertos hechos y no serlo frente a otros.

Lo dicho tiene importantes efectos en relación a las consecuencias que se deducen de la existencia de una contradicción en un sistema normativo. Pues es correcto afirmar que de dos enunciados contradictorios cualquier enunciado es consecuencia, por aplicación del principio de Duns Escoto:

$$(A \wedge -A) \rightarrow B$$

Pero tratándose de dos enunciados condicionales, lo que se deduce de la contradicción entre sus consecuentes no es cualquier enunciado, sino la negación de su antecedente:

$$[A \rightarrow (B \wedge -B)] \vdash -A$$ [38]

Ello significa, en lo concerniente a los sistemas normativos, que si un caso está correlacionado con dos soluciones lógicamente incompa-

[38] Si tomamos dos enunciados normativos condicionales cuyos antecedentes describen circunstancias fácticas y sus consecuentes son dos soluciones normativas que se contradicen [(A $\rightarrow$ Op) y (B $\rightarrow$ O - p)], el esquema trascripto nos obligaría a aceptar la negación de la conjunción de los antecedentes:

$$[(A \wedge B) \rightarrow (Op \wedge O - p)], \vdash - (A \wedge B)$$

Esto implicaría admitir que un sistema normativo con enunciados condicionales contradictorios posee consecuencias fácticas, cosa que es pacíficamente aceptada por Alchourrón y Bulygin en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* ya citado (ver pág. 102). Pero tal conclusión es inadmisible pues significaría nada menos que caer en un vedado salto lógico de lo prescritivo a lo descriptivo, es decir, en la llamada falacia naturalista. Si me encuentro con mi auto frente a un semáforo rojo junto a una zona militar, ¿qué debo deducir de la contradicción entre las dos normas? ¿Acaso que no estoy frente a un semáforo rojo junto a una zona militar?

La respuesta a este nuevo problema, al igual que la correspondiente al tema del trabajo, es dificultosa pero en absoluto imposible. Requiere sí una profundización en el análisis lógico que trasciende el limitado cometido de estas páginas, por lo que diremos solamente que, a nivel sintáctico, la cuestión está estrechamente vinculada con la representación de las normas condicionales. Si utilizamos para su formalización conectivas debilitadas como los condicionales derrotables, la dificultad no surge por cuanto respeto de ellos no vale la ley de contraposición [(A > B), $\vdash$ (- B > - A)]. Si en cambio empleamos el simple condicional material, será menester incluir entre las reglas de formación de nuestro sistema una flirtitación que bloquee la posibilidad de deducir consecuencias fácticas a partir de las soluciones normativas. Cualquiera de estas alternativas teóricas permitirá un adecuado acercamiento de la extensión del *explicatum* a la del *explicandum.*

tibles, entonces ese caso está correlacionado con cualquier solución: todas las conductas son exigidas por el sistema frente al acaecimiento de las circunstancias de hecho que definen ese caso. Pero no es cierto que el sistema correlacione cualquier otro caso con cualquier solución. Anticipémonos a las críticas. Podría responderse a lo aquí afirmado que hemos restringido nuestra caracterización de la noción de contradicción normativa, identificándola exclusivamente con la contradicción entre las soluciones normativas de normas condicionales. Además, podrá argumentarse, considerar a la representación condicional como la más adecuada para los enunciados de un sistema jurídico no implica que sea la única viable, y negarse a aceptar tal reconstrucción permitiría eludir nuestra objeción. Finalmente, nada tiene de imposible que en los sistemas jurídicos puedan existir normas contradictorias categóricas en cuanto a las circunstancias, en cuyo caso seguiría siendo válida esta estrategia de impugnación a la aplicación de los desarrollos de la lógica al derecho.

Recordemos en primer lugar que una caracterización de la inconsistencia entre normas condicionales no es más restringida sino más amplia y abarcativa que la noción de inconsistencia absoluta con relación a las circunstancias, por cuanto la primera es una generalización de la segunda.

En segundo término, no se ha afirmado aquí en ningún momento que la representación condicional de los enunciados normativos sea la única viable, sino más bien lo contrario. Sí creemos, en cambio, haber dado elementos de juicio suficientes como para considerarla más adecuada, por lo menos frente a la reconstrucción en términos de normas categóricas con relación a las circunstancias. Su mayor virtualidad explicativa de los problemas que se presentan en la práctica con los sistemas jurídicos y la mayor intuitividad de sus aplicaciones es quizás susceptible de ser alcanzada o incluso superada por otras alternativas teóricas. Pero ello no quita que desde otras perspectivas de análisis también pueda brindarse una explicación satisfactoria de las consecuencias que intuitivamente los juristas asignan a las contradicciones entre normas.

Por último, ya fue reconocida expresamente la posibilidad de que un sistema jurídico contenga dos normas categóricas en cuanto a las circunstancias que sean incompatibles, en cuyo caso toda conducta sería exigible en cualquier circunstancia. Pero aún en el caso de que existiese un sistema tal, lo que parece poco probable, el mismo seguramente contendría otros enunciados normativos. Pongamos como ejemplo un modelo simplificado de sistema de tales características que contuviera cuatro normas, las dos primeras estableciendo la obligación de hacer p y de abstenerse de realizar p para toda circunstancia de hecho y las dos restantes estableciendo cada una la obliga-

ción de realizar diferentes actos frente a distintas circunstancias particulares. Se podría en principio interpretar dichas normas de la siguiente manera:

N1: Op
N2: O - p
N3: A ‣ Oq
N4: B ‣ Or

En tal caso, resultaría que N3 y N4 son absolutamente superfluas, pues ellas se deducen de las dos primeras, tanto como también podrían deducirse:

N5: A ‣ O - q
N6: B ‣ O - r

O cualquier otra. Pero ésta no es la única interpretación posible de las normas del sistema. Y seguramente no es la forma en que serían interpretadas por los desafortunados juristas que debieran trabajar con ellas. Una alternativa, seguramente más aceptable, sería entender que el legislador, al prever ciertas soluciones particulares para ciertos casos -N3 y N4-, ha querido establecer excepciones respecto de las obligaciones categóricas. En tal interpretación podría reconstruirse el sistema del siguiente modo:

N1: - (A v B) ‣ Op
N2: - (A v B) O - p
N3: A ‣ Oq
N4: B ‣ Or

Aquí cobran sentido las normas N3 y N4, mientras que permanecen siendo exigibles todas las conductas en los casos en que no se da la circunstancia A ni la circunstancia B. El sistema así interpretado no deja de ser una pesadilla, pero se resguarda un marco de aplicación para las normas en las que el legislador ha previsto soluciones normativas particulares frente a ciertos hechos, con lo que N3 y N4 pueden perfectamente cumplir con su función de regular la conducta de sus destinatarios.

En resumen, la premisa del argumento de impugnación a la concepción deductivista que sostiene que en los sistemas jurídicos con enunciados contradictorios toda norma es derivable, se evidencia así como falsa, si se interpreta por «enunciados contradictorios» aquellos que establecen soluciones incompatibles con relación a ciertas circunstancias. Si, en cambio, entendemos por «enunciados contra-

dictorios» una referencia a normas categóricas contradictorias, entonces podrá resultar verdadera, pero habrá que demostrar no sólo que los sistemas jurídicos existentes contienen enunciados contradictorios de esa clase, sino además que las restantes normas del sistema no pueden interpretarse como excepciones respecto de las normas categóricas contradictorias en cuestión, excepciones que dejarían sin efecto la obligatoriedad de todas las conductas para los casos de ocurrencia de sus antecedentes particulares. En todo caso, una hipótesis tal no es muy fácilmente conciliable con las habituales intuiciones de los juristas ni con las nuestras.

Igualmente ambiguo es afirmar que los sistemas jurídicos inconsistentes no cumplen con su función. La existencia de soluciones normativas contradictorias respecto de un cierto caso provoca que el sistema resulte inservible respecto de ese caso, sin que ello tenga incidencia alguna en las soluciones previstas para los restantes. Por tal razón, el sistema puede seguir cumpliendo su finalidad de regular la conducta de sus destinatarios respecto de cualquier otra circunstancia que no sea aquélla en la cual las soluciones se contradicen. Y esa es justamente la idea intuitiva que cualquier jurista tiene del efecto de una contradicción en un sistema jurídico.

La ambigüedad de estas premisas priva de toda eficacia al argumento en cuestión y deja sin sustento tanto a la tesis fuerte como a la tesis débil. Solamente una concepción deductivista ingenua de los sistemas jurídicos, que interpretara como categóricas a todas sus normas, sería impugnable por sus contraintuitivas implicancias. Pero en tal hipótesis, el problema no se encontraría en concebir al sistema como deductivo, sino en pretender reducir el intrincado tejido de enunciados jurídicos diversos a normas categóricas.

12. ¿Cuáles son entonces los límites en la aplicación de los desarrollos de la lógica al ámbito jurídico? Creemos que a estas alturas, los logros alcanzados han revertido los términos de la disputa: siendo que el estatus epistemológico de los estudios del derecho ha estado siempre en tela de juicio, y dado que la perspectiva lógica le ha posibilitado contar con un marco teórico poderoso y de incuestionable rigor, quien pretenda hoy descalificar al análisis lógico lleva sobre sus espaldas la carga de la prueba. Y al menos por lo que respecta a los argumentos que han sido tratados en el presente trabajo, no queda ni con mucho acreditado que sea necesario desplazar a la lógica formal o complementarla con otras misteriosas metodologías[39].

---

[39] La recurrencia de nuestras citas a los trabajos de Alchourrón y Bulygin no es casual. Con ello hemos querido poner de manifiesto que, contrariamente a lo que

Seguramente haya cosas en la vida -algunas al menos- para las cuales la lógica no sirva. Que el análisis lógico no agote ni con mucho las diversas perspectivas desde las cuales pueden fructíferamente estudiarse los fenómenos jurídicos es una verdad de Perogrullo, desde que ninguna disciplina científica conlleva semejante pretensión[40]. Pero no es necesario, para quien prefiera transitar por otras alternativas metodológicas, demostrar que la lógica no sirve. Que cada quien atienda a su juego.

expresa Atienza en su artículo referenciado en nota 1, en toda la obra de los profesores argentinos pueden hallarse extensas consideraciones explícitas o implícitas en réplica al argumento que hemos evaluado.

[40] Es real que la lógica aplicada al derecho representa un nivel de abstracción tal que, por cierto, no permite dar cuenta de ciertos aspectos de su dinámica. Un sistema jurídico puede ser concebido, por ejemplo, como un reflejo del tejido de relaciones de poder imperantes en una cierta comunidad social. Desde una postura como ésta, la lógica representará probablemente un criterio insuficiente para el estudio de los sistemas jurídicos. Resulta por lo menos paradójico, sino francamente incomprensible, que muchos críticos, pese a compartirla, no asuman directamente una posición como la antedicha para poner de relieve los límites del análisis lógico del derecho, y en cambio pretendan justificarlos valiéndose de argumentos lógicos.

CONTRADICCIONES NORMATIVAS Y JERARQUÍA DE NORMAS

El problema lógico de las contradicciones entre normas ha sido presentado y tratado de diferentes maneras por los lógicos, intentando por una parte dar cuenta de los problemas lógicos que deben enfrentar los juristas, y por otra parte proporcionar alguna solución.

Los trabajos hechos acerca de contradicciones normativas suponen en primer lugar la determinación de un concepto de «contradicción normativa» que permita identificar el problema, y en segundo lugar una idea clara de la relación entre la lógica y el derecho necesaria para proponer y evaluar cualquier propuesta de solución. En este artículo sostendré que el problema relevante es el de las contradicciones[1] entre consecuentes de normas condicionales. Analizaré la propuesta de solución dada por Carlos Alchourrón en términos de lo que él llamó «condicionales derrotables»[2], propuesta que creo adecuada para ciertos fines. Creo, sin embargo, que resuelve más problemas de los que permiten los fundamentos que justifican su uso para la representación lógica del derecho. Esto es así por cuanto la formalización en términos de condicionales derrotables elimina las contradicciones del sistema y, de este modo, elimina el problema jurídico, en lugar de dar cuenta de él para facilitar su tratamiento. El problema lógico de la contradicción, en cambio, no ha sido adecuadamente identificado.

---

[1] La idea de que la forma más adecuada de representar las normas jurídicas supone el uso de un condicional (de algún tipo) es frecuente. Véase por ejemplo Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* Astrea, 1975; Alchourrón, C., «Condicionalidad y la representación de las normas jurídicas», en Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis lógico y Derecho,* C.E.I., 1991.

[2] Alchourrón, C., «Condicionalidad y la representación de las normas jurídicas» (en *Análisis lógico Derecho, ob. cit.* nota 1).

Diferenciaré los problemas lógicos de los sistemas jurídicos, que son los que preocupan a los juristas, de los problemas de la lógica aplicable a los sistemas jurídicos. Creo que los lógicos se avocaron a resolver el segundo intentando a la vez resolver el primero, lo que llevó a un tratamiento incorrecto de ambos.

Concluiré que se requiere un cambio en la lógica a fin de que sea apta para el análisis del derecho, y que la propuesta de C. Alchourrón basada en una lógica de condicionales derrotables, no es adecuada.

Sin una modificación de la lógica standard[3] el problema jurídico de las contradicciones normativas no puede siquiera ser correctamente planteado.

1. El problema de los juristas

Una dificultad con la que frecuentemente se encuentran los juristas consiste en el hallazgo de normas contradictorias. El problema práctico consiste en que, ante ciertas condiciones de hecho, encuentran en el sistema varias normas aplicables que disponen soluciones inconsistentes. Intuitivamente podemos definir tal inconsistencia como la imposibilidad de que ambas normas sean obedecidas.

Veamos un caso hipotético[4]. Supongamos que están vigentes las siguientes normas:

a) Obligatorio detenerse ante los semáforos en rojo.

b) Prohibido detenerse en zona militar.

En el caso de que se emplazara un semáforo en zona militar, un jurista informado de este hecho reconocería seguramente un problema en el sistema de normas. Afirmaría que las dos citadas antes son inconsistentes, preguntándose en consecuencia cuál resulta aplicable.

Las alternativas que los juristas contemplan para casos similares son tres: 1.ª) considerar aplicable la primera norma; 2.ª) considerar aplicable la segunda ó 3.ª) considerar inaplicables ambas.

---

[3] Considero lógica standard a la lógica proposicional y cuantificacional, con principio de no contradicción y de tercero excluido y el concepto tradicional de derivabilidad según la cual se requiere únicamente que la conclusión sea necesaria respecto de las premisas.

Como lógica deóntica standard (L. D.) tomo al sistema presentado por C. Alchourrón en «Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas», en Alchourrón, C. y E. Bulygin, *ob. cit.* nota 1.

[4] Citado por J. Rodríguez en «Contradicciones normativas: Jaque a la concepción deductivista de los sistemas jurídicos», en Doxa, 17-18.

El fundamento para pronunciarse por cualquiera de las tres opciones usualmente sigue una de estas dos vías:

A) Se afirma que el derecho en realidad no es inconsistente sino que, para este caso, dispone la solución x (donde x consiste en la norma a), o bien en la norma b), o simplemente en la ausencia de solución normativa -el derecho, en realidad, se sostiene, no dice nada acerca de la conducta de detenerse ante semáforos en rojo en zonas militares, no contempla esta situación-).

B) El derecho es contradictorio, de modo que dispone tanto que es obligatorio detenerse como no detenerse en el caso planteado. Puede aplicarse una de las dos normas, o ninguna de ellas. La respuesta no puede obtenerse de un análisis del sistema jurídico.

Como se ve, el problema de las contradicciones normativas desde el punto de vista de los juristas puede consistir:

A) En identificar la solución jurídica correcta detrás de una aparente contradicción entre normas. Caso en el cual la llamada «contradicción normativa» no sería una contradicción en el sistema, sino una dificultad para interpretar correctamente ciertos textos o enunciados.

B) En identificar contradicciones entre normas, sin que la solución a los problemas que esto origine pueda darse «desde el derecho».

Quizás esta situación puede aclararse diciendo que, desde el punto de vista de un jurista, cuando surge el problema de una inconsistencia normativa sucede que, o bien no existe tal inconsistencia (una vez interpretado correctamente el derecho), o bien existe, pero no tiene solución (dada por el derecho).

El tratamiento que hace de este problema la ciencia jurídica (los juristas, y no los filósofos del derecho) consiste, o bien en establecer métodos adecuados para determinar el derecho existente (no contradictorio), o bien en identificar meramente las contradicciones o, a lo sumo, proponer cursos de acción para los casos en que el derecho, siendo inconsistente, no da respuestas.

El razonamiento del juez merece una aclaración especial. Éste, además de identificar el derecho debe aplicarlo, de modo que enfrenta el problema de que, ante la aparición de una contradicción debe tomar una decisión práctica, la cual supone él que debe estar totalmente determinada por el derecho. Así, aún cuando los criterios que normalmente use para el reconocimiento de normas jurídicas no le permitan resolver la contradicción, todavía sostendrá que el derecho realmente no es contradictorio, porque sí así fuera habría una indeterminación en el derecho (varias normas aplicables, entre las cuales debe seleccionarse porque, por razones lógicas, no pueden aplicarse simultáneamente) y éste no podría determinar su decisión. Por lo general el juez modifica sutilmente el criterio original de reconoci-

miento del derecho que usó en el momento de identificar la contradicción, para adoptar ad hoc uno nuevo que la disuelva. Es una forma de modificar el derecho mismo para ese caso particular de modo que resulte consistente.

Esta manera de proceder muestra que el criterio común de reconocimiento de normas jurídicas (previo a la modificación *ad hoc* que hace el juez para evitar la inconsistencia) permite contradicciones, y ésta es la idea intuitiva que intento rescatar cuando afirmo, como haré en este trabajo, que la existencia de contradicciones en el derecho es una de las intuiciones jurídicas básicas.

En suma los juristas, o bien afirman que el derecho no es contradictorio, caso en que no existiría el problema a que nos referimos; o bien admiten que el problema existe, el derecho es contradictorio y dispone soluciones que no pueden aplicarse simultáneamente. Si se admiten contradicciones se dirá que las soluciones inconsistentes son jurídicamente admisibles, pero la selección no puede fundarse en el derecho.

Éste, creo, es todo el problema.

La lógica, en la medida en que es aplicable al análisis del derecho, debe ser capaz de dar cuenta de esta situación.

2. El problema de los lógicos

Una consecuencia formal de las contradicciones lógicas es, como se sabe, que ellas implican cualquier fórmula. Si en un sistema jurídico hubiera una contradicción, entonces en él sería derivable cualquier consecuencia; toda conducta estaría a la vez permitida y prohibida y el sistema completo sería inaplicable[5].

Si un jurista aplicara la lógica deóntica standard al análisis de un sistema jurídico contradictorio llegaría a la conclusión absurda de que el sistema en su totalidad es inaplicable. Luego, se afirma, los juristas no hacen uso (no deben hacerlo) de la lógica deductiva formal en su actividad teórica (ni práctica).

El argumento es propuesto para demostrar que la lógica no puede ser aplicada al análisis del derecho. Quienes sostienen la utilidad de la lógica para el análisis del derecho[6] intentaron demostrar 1) que la lógica no sólo puede aplicarse, sino que es necesaria para dar cuenta

---

[5] Esta forma de plantear el problema está presentada con claridad en Jorge Rodríguez, *ob. cit.* nota 4. Rodríguez reconstruye el argumento a partir de trabajos de autores como Lars Lindahl y Manuel Atienza.

[6] Ver, por ejemplo, Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis lógico y Derecho, Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales (obras cit.* en nota 2); Lindahl, L., *Position and Change, a Study on Law and Logic,* D. Reidel Publishing Company, 1977.

de los problemas que se plantean a los teóricos del derecho (el problema tradicional de las contradicciones normativas); y 2) que el análisis lógico de las contradicciones normativas es posible porque la aplicación de la lógica a sistemas jurídicos contradictorios no tiene los efectos que el argumento le atribuye.

3. Un problema limitado

Sostuve en otra parte[7] que, aún concediendo que en un sistema normativo inconsistente cualquier solución es deducible, el problema tiene un alcance mucho más limitado que el que suponen quienes presentan el argumento, porque los juristas de hecho no suponen que haya conexiones lógicas entre todas las normas de un ordenamiento jurídico, sino que analizan conjuntos limitados de normas que tienen en común el referirse a un caso (genérico) determinado, y el atribuir un carácter deóntico a ciertas conductas (genéricas). De este modo, en el sentido lógico de «sistema» los juristas no suponen que el orden jurídico en su totalidad sea tal, sino más bien que el orden jurídico está compuesto de sistemas de normas, los que no tienen relaciones lógicas entre sí. Si esto es así, entonces el problema del hallazgo de una contradicción no tiene el efecto devastador de volver inaplicable el orden jurídico completo, sino que sólo perjudica al sistema en el que aparece.

Esta forma de identificar el modo de razonar de los juristas creo que es adecuado, y que una idea similar está reflejada en propuestas de Alchourrón y Bulygin[8] de representar a las normas jurídicas como enunciados condicionales. Ellos definen a las normas jurídicas como enunciados que correlacionan casos con soluciones, estos enunciados pueden formularse como condicionales en cuyo antecedente se describe un caso y cuyo consecuente contiene una solución. El análisis que proponen consiste en trabajar a partir de un «universo del discurso», vale decir, a partir de la identificación de un conjunto de casos que tienen cierta propiedad en común y que son descriptos en el antecedente de alguna de las normas del sistema analizado; y a partir de un «universo de acciones» aquellas acciones genéricas que son calificadas deónticamente por tales normas. La caracterización deóntica de una conducta del Universo de Acciones constituye una

[7] Pazos, M. I. y Venier C. A., «La lógica deóntica como lógica del razonamiento jurídico», ponencia presentada en el Cologuio Interuniversitario sobre el tema «Lógica y Derecho», celebrado en la Sociedad Argentina de Análisis filosófico, Bs. As., 1994.

[8] Introducción a la metodología.... *ob. cit.* nota 1.

solución. Las normas entonces enlazan la descripción de un caso con una solución, condicionando la solución al caso. Esto trae la consecuencia de que los sistemas analizados son subconjuntos del conjunto de todas las normas del Orden Jurídico, ya que para cada universo de casos y de soluciones sólo algunas normas del orden jurídico establecerán correlaciones entre sus elementos. En el análisis de Alchourrón y Bulygin es de estos sistemas de los que se predica consistencia o inconsistencia.

Estos autores creen que con cualquier conjunto de normas puede formarse un sistema, incluyendo el conjunto de todas las normas jurídicas de un ordenamiento positivo[9], aunque construir un sistema tal no se hace de hecho jamás y hacerlo puede tener poco interés práctico. Estas ideas suponen que los juristas construyen los sistemas jurídicos antes de analizarlos, y que un sistema jurídico no existe hasta que el científico o el jurista lo crea. Los conceptos ordinarios de «sistema jurídico», en cambio, suponen que los sistemas ya existen, y que la tarea del jurista es meramente identificarlos. Creo, sin embargo, que la diferencia puede no ser genuina, sino meramente terminológica. Esto es así porque afirmar que a) los juristas reconocen sistemas jurídicos usando cierto método o concepto para formar un conjunto con ciertas normas y b) afirmar que los juristas construyen esos sistemas usando el mismo método, son dos opciones que conducen a la identificación de un sistema idéntico.

Sea que los juristas reconstruyan o identifiquen a los sistemas normativos a partir de un universo de casos y de acciones, se ve que la conexión entre las normas jurídicas y la forma lógica condicional es muy estrecha: Las normas jurídicas son enunciados que describen ciertas circunstancias a las que se subordina (condiciona) una solución (la caracterización deóntica de una conducta). Una norma afirma que si se dan las circunstancias de hecho (caso) entonces resultará obligatoria, prohibida o permitida alguna acción.

Vemos que la formulación de las normas jurídicas como condicionales parece adaptarse a las intuiciones de los juristas y a los conceptos ordinarios acerca de las normas jurídicas. Pero ¿qué sucedería si de hecho hubiera una norma positiva que calificara una conducta bajo cualquier circunstancia, es decir, una norma categórica? Tal norma tendría como condición de aplicación (antecedente) a cual-

[9] En este caso el universo de casos estará formado por todos los casos que puedan construirse a partir de descripciones de casos contenidas en las normas jurídicas. Similarmente el universo de acciones será el conjunto de todas aquellas que alguna norma del sistema caracterizara deónticamente. El universo del discurso consistirá en el conjunto de casos que tengan la propiedad común de poder obtenerse a partir del universo de casos determinado por todas las normas del sistema.

quier circunstancia (caso). Si además tal norma fuese autocontradictoria, o si hubiese otra norma categórica que fuese contradictoria con ella, ¿qué consecuencias tendría esto?

En primer lugar, si consideramos que el orden jurídico en su totalidad es un sistema jurídico, como sostienen la mayoría de los autores, entonces simplemente sucederá que en el sistema total toda conducta descripta por alguna norma del sistema estará prohibida y permitida, y aquél resultará inaplicable.

Si en cambio consideramos que el orden jurídico es un conjunto de sistemas debemos considerar dos alternativas. Según la primera, un sistema se identifica por el *conjunto de casos* para los que se busca solución. Como una norma categórica es aplicable bajo cualquier circunstancia entonces también es aplicable para cualquier caso de cualquier conjunto, y en consecuencia pertenece a todos los sistemas volviéndolos inaplicables. Según la segunda alternativa un sistema jurídico se identifica *tanto por un universo de casos como por un universo de acciones,* de modo que la norma sólo pertenecerá a los sistemas que contengan entre las acciones que califica, a aquella conducta normada en forma contradictoria por la, o las, normas categóricas.

La última alternativa limita, en gran medida, el alcance de la dificultad. Creo, sin embargo, que el surgimiento mismo de ésta se debe a que el problema no ha sido bien planteado. En primer lugar, porque no se identificó el problema que preocupa a los juristas; y en segundo lugar porque se intenta resolver el problema de los juristas por el camino de solucionar problemas estrictamente lógicos: las razones que harían inaplicable la lógica al derecho. Éste es un problema previo, el de determinar cómo es o cómo debe ser la lógica adecuada (si alguna lo es) para dar cuenta de los problemas de los juristas tal como a éstos se les plantean. En particular para el análisis del problema de las contradicciones normativas.

La solución no puede consistir en demostrar que en grandes sectores del derecho no surgen contradicciones, porque esto es eludir la dificultad. Debe admitirse que los juristas reconocen un problema al que llaman «contradicción normativa» y determinarse si la lógica es un instrumento adecuado para identificarlo y, tal vez, resolverlo. Veamos la plausibilidad de una última salida en defensa de la lógica standard. Es probable que las consecuencias contraintuitivas del análisis lógico surjan de que se intenta resolver un problema dis tinto del que interesa a los juristas. Estos, al hablar de contradicciones, no se refieren a la contradicción de la lógica standard. Tal vez, identificado adecuadamente el problema se descubra que la lógica tradicional es útil para su análisis.

4. Redefinición del problema: la contradicción entre normas condicionales

Notemos que la mayoría de las normas jurídicas son hipotéticas, y esto resulta claro si se piensa que es una característica típica de un sistema jurídico el que contenga enunciados generales, de la forma de los juicios categóricos universales aristotélicos. La forma standard de tales juicios en lógica de primer orden es la de un enunciado condicional universalmente cuantificado[10]. Es difícil imaginar ejemplos de normas jurídicas que no puedan ser formalizadas como condicionales (con antecedente contingente) y, si hubiera normas categóricas (lo cual es empíricamente posible) el problema sólo surgiría si fuesen contradictorias. De modo que el caso que tanto preocupa a los lógicos es un caso marginal con el que los juristas no se enfrentan y es probable que no haya una solución disponible entre los mecanismos que de hecho usan. Bien podría ser que el razonamiento jurídico, y la lógica presupuesta en éste, no estuviese preparada para dar una respuesta.

El lógico podría argumentar en este punto que el que no haya solución no significa que no haya problema, porque existe la posibilidad empírica de que se plantee. Podría responderse que no se requiere solución alguna en tanto no haya problema. No estoy segura de que esta respuesta sea del todo adecuada. Sin embargo, creo que hay una salida mejor. No es necesario responder a la pregunta de cómo podría resolverse el problema de las contradicciones si aparecieran normas categóricas contradictorias. Esto es así, porque el planteo del problema de las contradicciones normativas en el ámbito de las normas categóricas no es el adecuado. Las preocupaciones de los juristas surgen de hecho a menudo, pero se dan respecto de la aplicación de normas condicionales y casi siempre generales (es decir, formalizables como condicionales universalmente cuantificados). Es posible que haya un problema genuino con las normas categóricas posibles, pero el interés teórico en el tratamiento actual de las contradicciones normativas tiene el fin de ocuparse de aquello que interesa a los juristas.

Por otra parte creo que la respuesta al problema que se presenta respecto de las normas condicionales resolverá también cualquiera que pudiese originarse entre normas categóricas, aún cuando no suelan presentarse a los juristas casos de esa índole.

Que el problema a resolver no está bien identificado en el planteo lógico, es algo que se ve claramente si se observa que los pro-

[10] Ver por ejemplo Alchourrón, C., «Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals» (pág. 7).

blemas interpretativos acerca de normas calificadas de «contradictorias» surgen a diario en la práctica jurídica y el estudio del derecho, de modo que no puede ser verdad que los casos de contradicciones son casos marginales, como son los que se refieren a contradicciones entre normas categóricas. Distintos autores señalaron ya que el problema standard de las contradicciones normativas se da más bien en casos en que son aplicables a una circunstancia fáctica varias normas condicionales que atribuyen a una conducta caracteres deónticos incompatibles, de modo que no pueden ser obedecidas ambas[11]. Por ejemplo dos normas que, respectivamente, permitieran y prohibieran una misma conducta bajo las mismas circunstancias.

La razón lógica para no llamar a estos casos «contradicciones» es que en el concepto tradicional de «contradicción» dos enunciados condicionales con consecuente inconsistente no son contradictorios, sino que, cuando tienen el mismo antecedente, son conjuntamente equivalentes a la negación de este último[12]. En caso de que el antecedente no fuese el mismo, no parece que pudiese detectarse un problema desde la lógica.

Pero es claro que el concepto de contradicción que usan los juristas no es el mismo de la lógica proposicional y cuanficacional tradicionales, de modo que debe redefinirse «contradicción» para dar cuenta de los problemas que enfrentan los juristas y que ellos mismos califican de «contradicciones normativas».

Ejemplos de contradicciones que los juristas reconocen son los siguientes. El caso más claro es el ya citado de dos normas con antecedente idéntico y consecuente contradictorio, o el caso (equivalente) de una norma con consecuente autocontradictorio. Como vimos, este tipo de normas trae como consecuencia el problema lógico de que se infiere la negación del antecedente, y así, de una contra-

---

[11] Ver por ejemplo Von Wright, G. H., *Norma y Acción,* ed. Tecnos, Madrid 1970 (Reimpresión 1979); Hilpinen, R. «Conflicts and Change in Normative Systems» (en Ake Frandberg y Mark Van Hoecke, Eds.), *The Structure of Law,* Iustus Forhg, Uppsala 1987; Alchourrón, C., «Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos», «Condicionalidad y la representación de las normas jurídicas», ambos en *Análisis lógico y Derecho, ob. cit.* nota 1; Alchourrón, C., «Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic or Defeasible Conditionals».

[12] Si se considera la normalización de las normas como enunciados condicionales universalmente cuantificados, entonces dos normas de esta clase con consecuente contradictorio serán equivalentes a la negación del antecedente, universalmente cuantificado.

$$[(x)(Px \rightarrow OSx) \,\&\, (x)(px \rightarrow -OSx)] \equiv (x) - Px$$

dicción normativa se inferirían consecuencias[13]. Este problema no es identificado por los juristas como tal, dado que no efectúan de hecho esa inferencia. El segundo problema lógico, al que también nombramos, consiste en que las normas condicionales con consecuentes contradictorios implican lógicamente cualquier consecuencia. Esta dificultad puede limitarse como indicamos en el punto 3. Pero también es verdad para este problema lógico que los juristas no lo identifican como tal.

El caso más interesante que sí se plantea como problemático para la ciencia jurídica es aquél en que dos normas tienen consecuente inconsistente, pero diferentes condiciones de aplicación. El problema interpretativo surge cuando las condiciones de aplicación de ambas se producen, de hecho, simultáneamente. Este último caso muestra que dos normas pueden ser inconsistentes "vía determinados hechos"[14].

Código: Px = x es un menor que mató a alguien.
OSx = Obligatorio que x sea sancionado.
(Ejemplo tomado de C. Alchourrón. Ver nota 14).

Demostración:
1) (x)(Px › OSx) & (x)(Px › -OSx).
2) (Pa › OSa) & (Pa › -Osa) de 1 (Instanciación Universal).
3) Pa ⊃:(Osa &-Osa) de 2 equivalencia de lógica proposicional (LP).
4) -(OSa & -OSa) principio de no-contrad. de LP y ley de Lógica Deóntica (LD)*.
5) -Pa de 4 y 3 por Modus Tollens.
6) (x)-Pa Cuantificación universal.

1) (x) -Px
2) -Pa Instanciación Universal.
3) -p › [p › (q & -g)] Ley de LP.
4) -Pa › [Pa › (OSa & -Osa)] Sustitución en 3.
5) Pa › (OSa & -OSa) De 4 y 2 Modus Ponens.
6) (Pa › OSa) & (Pa › -Osa De 5, LP
7) (x)[(Px › OSx) & (Px › -Osx)] Cuantificación Universal.
8) (x)(Px › OSx) & (x) (Px › -OSx) Distribución del Cuantificador.

* Alchourrón, C., "Lógica de normas y lógica de proposiciones normativas", en Alchourrón y Bulygin, *Análisis lógico y Derecho,* C.E.C., 1991, pág. 28.

Consideramos a este sistema como el sistema standard de L. D. Uno de sus teoremas es el siguiente:

T-ll. (Pp v Vp)

que es equivalente a-(Op&-Op).

[13] Alchourrón y Bulygin *Introducción a Metodología... (op. cit.* pág. 102).

[14] El concepto de contradicción vía determinados hechos fue aclarado y analizado por C. Alchourrón en "Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos", ya citado.

No voy a dar una definición precisa de contradicción normativa. Creo que la noción de contradicción "vía ciertos hechos" abarca a los demás tipos de inconsistencia. Consideraremos que un sistema normativo es inconsistente, según un nuevo sentido de la expresión, si es inconsistente vía algún conjunto de hechos (el caso límite es el del conjunto universal, vale decir, vía cualquier conjunto de hechos). Esto sucede cuando el sistema correlaciona con tales hechos dos soluciones incompatibles en el sentido de que no puede obedecerse a las prescripciones de ambas soluciones, por razones lógicas (vale decir, o bien se permite y prohíbe la misma conducta o bien se obliga y prohíbe la misma conducta, bajo las mismas circunstancias prohíbe).

Consideremos el caso citado por Alchourrón[15] de un sistema del cual forman parte las normas siguientes:

a) Los que cometen un delito deben ser penados.

b) Los menores no deben ser penados.

Formalmente:

a) $p \rightarrow Oq$

b) $r \rightarrow O\text{-}q$

El sistema es inconsistente vía la conjunción de hechos (p & r), pero no vía p ni vía r. Según la definición anterior, el sistema es inconsistente.

Hasta aquí vimos, en primer lugar, que el concepto de contradicción de la lógica tradicional no da cuenta del concepto que preocupa a los juristas y, en segundo lugar que tal concepto debe redefinirse en términos de inconsistencias entre soluciones normativas respecto de ciertos hechos o, lo que es equivalente, debe redefinirse la contradicción normativa como inconsistencia entre los consecuentes de normas condicionales aplicables a las mismas circunstancias (casos).

Esta forma de plantear el problema se acerca bastante, creo, a aquella en que lo plantean los juristas, de modo que estamos en el camino correcto.

5. El problema de los lógicos, nuevamente

Una vez identificado correctamente el concepto de contradicción o inconsistencia normativa, volvamos a analizar los efectos del argumento citado al principio contra el uso de la lógica formal en el análisis del derecho.

---

[15] "Conflicto de normas y revisión..." ya citado, pág. 301.

¿Cuáles serían los resultados (formales) del análisis de una contradicción como la que se da entre las normas a) y b)?

Para la lógica standard son válidos los dos razonamientos siguientes:

Razonamiento A

$$\frac{\begin{array}{l} p \rightarrow Oq \\ r \rightarrow O \neg q \end{array}}{\neg (p \cdot r)}$$

Demostración

1) $p \rightarrow Oq$
2) $r \rightarrow O \neg q$
3) $(p \cdot r) \rightarrow (Oq \cdot O \neg q)$ LP
4) $\neg (Oq \cdot O \neg q)$ LP y LD (ver nota 11)
5) $\neg (p \cdot q)$ de 3 y 4 Modus Tollens

De un par de normas, que como tales no describen, sino que prescriben, se infiere una proposición, i.e. un enunciado descriptivo que afirma que las condiciones de aplicación de la norma no se dan. Pero además esto demuestra que una contradicción normativa implica enunciados fácticos, los que pertenecerán también al sistema por ser consecuencias lógicas de enunciados del sistema.

Razonamiento B

$p \rightarrow Oq$
$r \rightarrow O\text{-}q$

$(p \cdot s) \rightarrow s$

Donde s representa cualquier enunciado.

Demostración

1) $p \rightarrow Oq$ premisa
2) $r \rightarrow O \neg q$ premisa
3) $O \neg q \rightarrow P q$ (Axioma $Op \rightarrow Pp$ de LD standard)
4) $r \rightarrow P \neg q$ (De 2, 3 Sil.Hip)
5) $r \rightarrow \neg Oq$ (Interdf. O y P)
6) $(p \cdot r) \rightarrow (Oq. \neg Oq)$ (1, 5 LP)

7) $(Oq. \neg Oq) \rightarrow s$ (Tesis de LP)
8) $(p \cdot r) \rightarrow s$ (de 6, 7 Sil. hip.)

Si de hecho ocurriera (p.r) el lógico podría inferir válidamente:

$$\frac{(p \cdot r)}{s}$$

De este modo, en cualquier sistema normativo contradictorio, haciendo uso de la lógica standard, las circunstancias (casos) que sean antecedentes de normas contradictorias (en el sentido indicado de "contradicción") habilitarán a inferir cualquier enunciado. En la terminología de Alchourrón y Bulygin, el caso constituido por tales circunstancias estará correlacionado con cualquier solución (lo que sea una solución en el sistema puede estar restringido por las reglas acerca de la reconstrucción formal de un sistema jurídico, pero de cualquier modo el caso estará correlacionado con cualquier solución posible -cualquier fórmula bien formada que constituya una solución-).

Los resultados de A y B son completamente contraintuitivos, dado que extienden enormemente las consecuencias que un jurista, en su razonamiento usual, extraería a partir del reconocimiento de dos normas contradictorias. Para él, de la ocurrencia de las circunstancias $(p \cdot r)$, más las normas a) y b) del sistema, podría inferirse válidamente Oq, $O \neg q$ y aún $(Oq \cdot O \neg q)$. En que todas éstas sean soluciones posibles consiste el problema teórico que preocupa a los juristas. Pero ellos no admitirían que puede inferirse s, vale decir, cualquier otra solución; ni $\neg (p \cdot q)$, es decir, el enunciado fáctico que afirma que las condiciones de aplicación de las normas contradictorias de hecho no se dan.

Esto prueba que hay algo malo con la lógica usada. No demuestra que la lógica deductiva formal sea inaplicable, sino que hay algo incorrecto en la medida en que, tal como está, permite validar inferencias intuitivamente inválidas.

El problema planteado no es el problema jurídico de las contradicciones normativas que identificamos en el parágrafo 1, sino una dificultad que enfrentan los lógicos: la lógica no reproduce adecuadamente lo que intenta representar, a saber, la forma de razonar usada por los juristas en el análisis del derecho. Si la lógica ha de emplearse en este análisis, entonces debe por una parte permitir identificar las contradicciones normativas que preocupan a los científicos del derecho (lo que vimos que ocurre si usamos una definición de "contradicción" adecuada), y por la otra debe permitir demostrar la validez de razonamientos jurídicos. Pero esta última

función no se cumpliría adecuadamente si validara razonamientos que consideramos obviamente inválidos.

6. La solución de C. Alchourrón[2]

La idea de C. Alchourrón es que la razón por la cual aparecen contradicciones en un sistema es el uso en la lógica de las normas de los principios de la lógica tradicional. En particular, cualquier jurista que aceptara que las normas a) y b) pertenecen al sistema, estaría comprometido por los principios de la lógica standard a admitir que también pertenece la norma

c) $(p \& r) \rightarrow (Oq \& O \neg q)$

Pero, sostiene este autor, esto no sería aceptado por los juristas. Cualquiera de ellos y aún cualquier estudiante de derecho todavía poco conocedor del derecho argentino contestaría que la respuesta que da el derecho para el caso en que ambos antecedentes concurrieran, es decir, para el caso en que un menor delinquiera, es la dispuesta en la norma b) (un menor -aunque cometa un delito- no debe ser penado).

Alchourrón da fundamentos para rechazar de la lógica deóntica dos principios de la lógica tradicional. No puede valer el principio de refuerzo del antecedente, porque la concurrencia de nuevas circunstancias podría hacer que no se infiriera el consecuente de una norma del sistema. Del mismo modo debe ser inválida la regla del modus ponnens, dado que el que se dé en la realidad el antecedente de una norma no garantiza que deba inferirse el consecuente, vale decir, que sea aplicable la solución dispuesta por la norma en cuestión. Si alguien comete un delito, entonces debe ser penado, pero no puede inferirse sencillamente que alguien deba ser penado del hecho de que delinca, porque podría suceder que el que lo hizo sea un menor, caso en el que no debería aplicarse sanción.

Así propone Alchourrón que un sistema jurídico sea formalizado como un conjunto de normas condicionales ligadas por una conectiva más débil que el condicional material. Los enunciados en cuestión responderán a una lógica no-monotónica (no serán válidos los dos principios citados). La lógica de los condicionales derrotables.

En el sistema que analizamos, las dos normas citadas pueden formalizarse, usando el símbolo “>” para la nueva conectiva, de la siguiente manera:

a’) $p > Oq$
b’) $r > O \neg q$

El último elemento que introduce es el concepto de "ordenación". Las normas del sistema deben ser ordenadas jerárquicamente, i. e. establecer algún tipo de prioridad entre ellas. La ordenación es parte del contenido del sistema y es necesaria para la determinación de sus consecuencias, vale decir de las soluciones jurídicas.

El conocimiento de las normas que integren el sistema, más la información adicional acerca de la ordenación entre éstas, hará posible inferir las respuestas para las distintas circunstancias posibles ($p \cdot r$), ($\neg p \cdot r$) y ($p \cdot \neg r$). Tales respuestas serán, para nuestro caso, las siguientes:

c) Si un menor comete un delito no debe ser penado.
d) Si alguien que no es menor comete un delito, debe ser penado.
e) Si un menor no comete un delito, no debe ser penado.

Estos enunciados constituyen las soluciones que el sistema proporciona y pueden formalizarse del siguiente modo, donde el esquema $O(\alpha/\beta)$ indica la obligación de realizar la conducta α bajo las condiciones β (siendo α cualquier conducta y β cualquier condición o conjunto de condiciones).

c') $O(-q/p \cdot r)$
d') $O(q/-p \cdot r)$
e') $O(-q/p \cdot -r)$

También surgen del sistema las obligaciones:

f) $O(-q/p)$
g) $O(q/r)$

Todas son obligaciones derrotables.

Las soluciones a que lleva esta forma de interpretar las normas originales se adapta a las intuiciones de las que partimos. La explicación de por qué las soluciones implicadas en el sistema son c), d) y e), y no por ej. "Si un menor comete un delito debe ser penado" (que podría considerarse derivable de la norma a'), es que b' en algún sentido tiene prioridad sobre a', de modo que, en caso de coincidencia en sus condiciones de aplicación, la solución correcta será la dispuesta por b'. Esta prioridad está presupuesta en el derecho y forma parte de su contenido. La expresión de la norma condicional derrotable según la cual el que comete un delito debe ser penado, presupone que no se trata de un menor.

7. El método para determinar las obligaciones (derrotables) según un sistema normativo

Para conocer las obligaciones que surgen de un sistema normativo A, según el método propuesto por Alchourrón, deben seguirse los siguientes pasos:

I. Para cada circunstancia fáctica (nombrada en el antecedente de alguna norma del sistema) o combinación posible de circunstancias t (en adelante "caso" se busca en el sistema el mínimo subconjunto de normas de A que, si se formalizara a las normas como condicionales materiales, originaría soluciones contradictorias (para ese caso). Se llama a tal subconjunto "subconjunto crítico" para t en A. Puede no haber subconjunto crítico para todo caso t.

II. Se determina una ordenación de las normas del sistema, de a pares. No se requiere que todas las normas se relacionen entre sí por esta relación de ordenación, ni que todas tengan esta relación con alguna otra norma.

III. Dentro de cada subconjunto crítico (para algún caso t en A) se elimina la norma de jerarquía inferior, i. e. aquella que no sea prioritaria respecto de ninguna otra del subconjunto. Esta operación no requiere que la norma eliminada tenga una superior dentro del subconjunto crítico, o dentro del sistema.

IV. Se determinan los llamados "conjuntos sanos" respecto de cada caso t. Un conjunto sano para t es el constituido por todas las normas del sistema que no hayan sido eliminadas del conjunto crítico respecto de t.

V. Finalmente puede determinarse el conjunto de obligaciones derrotables del sistema. Cada caso t estará correlacionado en A con la(s) solucione(s) que surjan del subconjunto de normas sano para t.

Siguiendo estas instrucciones para el análisis del sistema presentado antes, obtendríamos las soluciones c'a g indicadas antes.

Una vez determinadas las obligaciones derrotables del sistema puede indicarse cuáles son las obligaciones inderrotables: aquellas que no podrían ser derrotadas en el sistema por la conjunción de nuevos hechos. En nuestro caso, c'), d') y e') constituyen obligaciones inderrotables en A. Para ellas valen los principios de la lógica standard.

8. Normas de igual jerarquía

Volvamos al ejemplo usado en el punto 1, considerando el sistema normativo S que consta de las dos normas siguientes.

a) Obligatorio detenerse ante los semáforos en rojo.
b) Prohibido detenerse en zona militar.

Las que podrían formalizarse en términos de condicionales derrotables como:

a') $p > Oq$
b') $r > O - q$

Este sistema origina problemas únicamente para el caso $p \cdot r$, vale decir, si se emplazara un semáforo en zona militar, caso para el cual a) y b) disponen que es obligatorio detenerse y no detenerse, respectivamente.

Para el caso $p \cdot r$, encontramos en S el subconjunto crítico

$\{p \succ Oq, r \succ O -q\}$

El paso siguiente en la determinación de las obligaciones dispuestas por S, consiste en fijar la ordenación o jerarquía entre las normas de S. Esto es, debemos determinar si el sistema dispone que los automovilistas deben detenerse ante los semáforos en rojo aún en zona militar [prioridad de a) sobre b)], o si en zona militar es obligatorio no detenerse aún cuando se pasen semáforos en rojo [prioridad de b) sobre a)].

Pero aquí no parece claro cuál norma prevalece. Es muy probable que éste, como muchos otros casos del derecho positivo, no haya sido previsto cuando se redactaron las normas y que no pueda establecerse una relación de prioridad ni explícita ni implícita entre las normas que originan el conflicto. Si en el sistema no hay una relación de prioridad entre las normas que pertenecen a un mismo subconjunto crítico, entonces ninguna de ellas tendrá a otra como superior, y por lo tanto ambas serán de jerarquía inferior en el sentido indicado en el paso III.

La consecuencia de que ambas normas sean las de menor jerarquía del subconjunto es que ambas deben ser eliminadas de éste, de modo que el subconjunto sano respecto de ese caso no contendrá a ninguna de ellas. El caso no tendrá solución en el sistema. La justificación que da Alchourrón de esta medida consiste en afirmar que debe eliminarse del sistema lo mínimo indispensable

para evitar las contradicciones. Por una parte, el argumento es erróneo dado que lo mínimo indispensable es eliminar cualquiera de las dos normas, no ambas. Eliminar lo mínimo implica eliminar una norma, antes que dos. Pero creo que el punto importante a tratar consiste en que debe justificarse la operación de eliminar normas del sistema, cualquiera sea el método que se use para decidir cuál suprimir. Veamos si esta justificación es posible.

9. La reconstrucción lógica del derecho

La aplicación de la lógica al análisis del derecho positivo, tiene por fin, como dijimos, el de ser un instrumento útil para el planteo y tratamiento de los problemas que de hecho se plantean a los juristas. Debe representar, por una parte, el tipo de relaciones que ellos ven entre las normas y, por la otra, reflejar las formas de razonamientos que consideran válidos. La formalización del sistema debe representar al sistema jurídico que los científicos del derecho reconocen como tal, y las reglas de la lógica deben permitir realizar sobre el derecho formalizado el tipo de inferencias o de operaciones lógicas que de hecho aquellos realicen o reconozcan como admisibles.

Si esto es así, entonces la formalización de un conjunto de normas positivas debe ser tal que, si se interpretan las fórmulas asignando un significado a las variables, resulte el conjunto de enunciados que (o cuyos significados) conformen el derecho positivo sobre el que se trabaja.

Esto implica que la reconstrucción lógica del derecho no es una tarea de creación de derecho, sino de representación de aquello que el concepto de derecho usado reconoce como tal. De hecho sucede que los juristas consideran que las normas jurídicas forman sistemas. La función de la lógica es representar este hecho, y no "agregarlo" a algún conjunto de enunciados no sistemático.

Se infiere que la lógica debe dar cuenta de los problemas que los juristas detectan en el derecho, pero no modificarlo. Ahora bien, creo que la lógica, aplicada al derecho debe ser capaz de reproducir dos intuiciones básicas. La primera se relaciona con el contenido del derecho: hay normas jurídicas contradictorias; la segunda está ligada a la clase de inferencias jurídicamente admisibles: de una contradicción normativa no puede inferirse cualquier solución para el caso al que se aplica, sino cualquiera de las soluciones contradictorias, o ambas, pero no otra. En particular no puede afirmarse que de todo par de normas contradictorias no se infiera ninguna de ellas, porque esto o sería autocontradictorio, o implicaría que las normas no estaban en el sistema. Esta última alternativa es

equivalente a decir que los sistemas jurídicos no son contradictorios, lo cual se opone a la primera intuición de la que queremos dar cuenta: la existencia de contradicciones.

Ahora evaluemos la propuesta de C. Alchourrón.

En primer lugar, la interpretación de las normas formuladas como condicionales derrotables, refleja adecuadamente el hecho de que en muchas ocasiones existe una jerarquía explícita o implícita (presupuesta) entre las normas de modo que no surgen contradicciones para estos casos.

En segundo lugar, la lógica de los condicionales derrotables, al evitar que en estos casos surjan contradicciones, impide que se infiera para ellos cualquier solución. Sólo habrá una.

Pero estas son ventajas en el tratamiento de casos en que de hecho no hay contradicciones, justamente porque hay una jerarquía entre las normas aparentemente contradictorias. Veamos que ocurre cuando un sistema es inconsistente.

Sucede que cuando dos normas contradictorias tienen la misma jerarquía, el sistema es contradictorio y éste es problema que la lógica debe ser capaz de reconocer sin que se infieran las consecuencias contraintuitivas ya aludidas. Alchourrón resuelve estos casos eliminando del sistema a ambas normas, por ser ambas de jerarquía inferior (aún cuando no haya una superior). Esto supone:

a) o bien que los sistemas normativos nunca son inconsistentes, porque las normas contradictorias no pertenecen al sistema, o bien

b) que la operación de formalizarlos no intenta reflejar el derecho, sino modificarlo, eliminando las contradicciones.

Como ambas alternativas fueron expresamente rechazadas, sólo queda reconocer que la propuesta es inaceptable.

10.Un intento de salvar a los condicionales derrotables

No es necesaria una modificación importante de la interpretación de los condicionales derrotables, para evitar la indeseable consecuencia de que toda contradicción quede eliminada del sistema, preservando a la vez el tratamiento adecuado de los casos de jerarquía entre normas sólo aparentemente contradictorias. Es suficiente un pequeño cambio en el paso III del método para la determinación de las obligaciones del sistema.

Una vez identificados los subconjuntos críticos respecto de cada caso, se eliminará de cada uno de ellos la norma inferior, pero sólo en caso de que haya en el mismo subconjunto una que sea priorita-

ria. Esto da cuenta del hecho de que cuando hay normas de diferente jerarquía es aplicable la superior, pero cuando no hay una relación jerárquica tal, hay en el sistema normas contradictorias.

Esta alternativa, claramente, preserva las contradicciones en el sistema. S determinará las obligaciones condicionales inderrotables $O(q//p \cdot r)$ y $O(\neg q//p \cdot r)$[16], que son contradictorias. Para ellas es aplicable la lógica standard y en ella de una contradicción cualquier consecuencia es derivable. Éste es el tipo de razonamiento inválido que debe evitarse, reemplazándolo por uno que permita inferir conclusiones jurídicamente aceptables. Se requiere una lógica con un concepto de deducibilidad más riguroso.

11.Conclusión

La conclusión es que antes de preocuparse por resolver el problema de los juristas de cómo hacer frente a las contradicciones normativas (el problema de que arrojan un par de soluciones incompatibles), debe contarse con una lógica que permita reconocer este problema en lugar de reemplazarlo por uno que no existe: el de que una contradicción normativa implica cualquier solución.

El problema de los juristas no puede resolverse desde la lógica.

El problema de los lógicos todavía no ha sido resuelto.

[16] Donde la barra doble (//) indica la inderrotabilidad de la obligación condicional.

UN CASO DIFÍCIL EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

I. Introducción: Una aplicación de las teorías de Alchourrón y Bulygin y de MacCormick

En el ámbito de la filosofía jurídica, los modelos teóricos suelen ser propuestos, criticados, defendidos, refutados, alabados, y hasta defenestrados. En pocas ocasiones son *usados.*

Esto puede resultar curioso: un modelo teórico pretende describir alguna parte del fenómeno jurídico, y una de las maneras de demostrar su plausibilidad es *usándolo,* esto es, aplicarlo a un caso jurídico concreto.

En este sentido el presente trabajo puede ser calificado más de práctico que de teórico, ya que de lo que se trata es de usar modelos teóricos. En concreto usaré dos modelos: el del análisis lógico de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (A & B, en adelante) y el de la argumentación jurídica de Neil MacCormick.

A través de un problema jurídico concreto (arts. 453 a 455 del código civil español) intentaré demostrar la utilidad de la lógica para la sistematización del derecho (y con esto la plausibilidad del modelo de A & B) y la utilidad y los límites de la argumentación jurídica en la tarea modificadora del derecho (y con esto la plausibilidad del modelo de MacCormick). En concreto, el modelo de A & B se usará para detectar una laguna normativa, y el de MacCormick para completar el sistema.

En 1971 A & B publican un interesante trabajo titulado «Normative Systems» (ver A & B 1971), en el que proponen un modelo lógico con reglas de inferencia aplicables a los sistemas normativos. Los autores detectan una laguna en el código civil argentino, y examinan las opiniones de distintos dogmáticos.

El presente seguirá esta línea de trabajo, sin criticar ni modificar el modelo; sino solo usándolo.

Sin embargo, a diferencia de A & B 1971, este trabajo propondrá una manera de completar el sistema, basándose en el modelo de MacCormick, en concreto su tesis acerca de la coherencia normativa de los sistemas jurídicos (ver MacCormick 1978).

El objetivo del presente es resaltar algunos problemas que puede tener la dogmática jurídica al analizar un caso. Sostendré que el éxito depende de distinguir claramente los distintos tipos de problemas, y afrontar cada uno con métodos distintos.

Para A & B la dogmática jurídica es una actividad compleja en la que pueden y deben distinguirse por lo menos tres etapas distintas: 1) la identificación de las normas jurídicas; 2) la sistematización de tales normas; y 3) la modificación o transformación de los sistemas jurídicos[1].

En el caso concreto que analizaré, la primera de las tareas no resultará compleja, ya que las normas del sistema no plantean graves problemas de interpretación, puesto que su sentido puede precisarse por medio de la interpretación semántica.

Las tareas 2) y 3) ocuparán el centro del trabajo. A lo largo del mismo sostendré que el modelo lógico-analítico y el de la argumentación jurídica son dos modelos distintos porque se ocupan de problemas distintos: El problema de la sistematización del derecho es de dominio exclusivo de la lógica; y el problema de la modificación o transformación del derecho es de dominio compartido de la lógica y de la teoría de la argumentación jurídica. Sostendré, además, que la lógica es una herramienta importante para distinguir entre casos fáciles y casos difíciles.

CAPITULO PRIMERO: IDENTIFICACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN

II. Aproximación al sistema normativo: El universo del discurso

Nuestro caso jurídico es una cuestión del código civil español, en concreto, el reintegro de los gastos y mejoras en la liquidación de situaciones posesorias.

Para ilustrarlo expondré un ejemplo. Juan, poseedor de un bien (un inmueble, por ejemplo) ha sido vencido en juicio por Pedro (el propietario del bien, por ejemplo), y debe traspasarle la posesión por sentencia. El poseedor vencido, Juan, ha realizado determinados gastos y mejoras (por ejemplo: pago de impuestos territoriales, pintó la casa, cambió las cañerías) durante el tiempo que duró su posesión, y

[1] Bulygin 1986; y Alchourrón 1986.

requiere una compensación por dichas erogaciones. ¿En qué circunstancias, el poseedor vencido, Juan, tiene derecho a ser compensado por esas erogaciones? Dicho de otra manera: ¿En qué circunstancias, el vencedor y nuevo poseedor, Pedro, está obligado a compensar los gastos y las mejoras realizadas por el anterior poseedor?

Esta situación constituye nuestro Universo del Discurso[2] (UD en adelante). El UD delimita el ámbito del análisis, ya que sólo nos ocuparemos de aquellos estados de cosas que pueden ser encuadrados como dentro de nuestro UD.

En nuestro caso, el UD consiste en tratarse de un gasto o mejora realizado por un poseedor, que ha sido vencido en la posesión. Podemos agregar, en cuanto a las mejoras, que deben tratarse de mejoras existentes al momento en que se traspasa la posesión y de mejoras no provenientes de la naturaleza y del tiempo (aunque esto último es redundante, ya que nos *referimos* a «gasto o mejora realizada por el poseedor vencido»). Todo esto en virtud de los artículos 456 y 458[3] que eliminan del régimen de compensación estos dos tipos de mejoras.

De esta forma, *la propiedad definitoria de nuestro UD es la siguiente: Ser un gasto o mejora existente al momento del traspaso de la posesión, realizado por un poseedor que ha sido vencido en su posesión.*

Todo elemento del UD es un estado de cosas o situación en el cual un poseedor que ha realizado gastos y mejoras es vencido en su posesión. El UD es el conjunto de todos esos estados de cosas y situaciones, y quedan fuera de nuestro análisis aquellas situaciones que no se refieren a nuestro UD[4].

III. El ámbito fáctico del problema: El universo de casos

Delimitado el UD, nuestra pregunta es la siguiente: ¿En qué circunstancias el nuevo poseedor está obligado a abonarle al anterior poseedor los gastos y mejoras realizados?

---

[2] Sobre la noción de Universo del Discurso ver A & B 1971.

[3] Art. 456 (del Código Civil Español): «Las mejoras provenientes de la naturaleza o del tiempo ceden siempre en beneficio del que haya vencido en la posesión».

Art. 458: «El que obtenga la posesión no está obligado a abonar mejoras que hayan dejado de existir al adquirir la cosa».

[4] Se han utilizado los arts. 456 y 458 para delimitar el UD, porque nos interesan los problemas que plantean los arts. 453 a 455 del Código Civil. Esto no significa que no sea posible ampliar el UD y utilizar los arts. 456 y 458 como axiomas del sistema. Esta segunda opción ampliaría los casos del Universo de Casos (UC) a 12 ó 24, según la interpretación que se realice de los mismos, lo que complicaría el uso de la matriz.

La respuesta depende de las circunstancias que el legislador ha tenido en cuenta. De los arts. 453 a 455 se desprenden dos tipos de circunstancias: La buena o mala fe del anterior poseedor y el tipo de gasto o mejora que se ha realizado.

A partir de estos dos tipos de circunstancias (o propiedades fácticas) se construirá el Universo de Casos (UC). El UC es el conjunto de todos los casos mínimos posibles.

Este conjunto debe ser una *división,* esto es que los casos del UC deben ser *conjuntamente exhaustivos, mutuamente excluyentes y lógicamente no vacíos*[5]. Los casos del UC son casos elementales, esto es, casos mínimos, ya que no pueden ser subdivididos en otros sub-casos[6].

Para la construcción de nuestro UC se analizará cada tipo de circunstancia por separado.

En relación al tipo de gasto o mejora, el legislador divide entre necesarios, útiles y suntuarios. Como señala La Cruz Berdejo 1988, esta clasificación (como muchas otras) plantea problemas de vaguedad, ya que un mismo objeto, por ejemplo, una jaula para leones, puede ser un lujo para quien piensa decorar su parque; un gasto útil para un zoológico y un gasto necesario para quien empieza por tener a su lado al león[7].

De esta forma pueden aparecer problemas a la hora de calificar determinados gastos o mejoras realizados por el anterior poseedor.

Sin embargo, esta cuestión no importa problemas lógicos. La clasificación en gastos necesarios, útiles y suntuarios conforman una división, ya que dichas propiedades son excluyentes entre sí (si es un gasto necesario no es útil ni suntuario, etc.) y exhaustivas del UD (todo gasto es o necesario, o útil o suntuario). El UC de estas propiedades puede configurarse de la siguiente manera:

Gráfico 1

	GN	GU	GS	
1)	+	–	–	GN
2)	–	+	–	GU
3)	–	–	+	GS

[5] A & B 1971, págs. 56 y 57.
[6] Sobre la noción de caso elemental ver A & B 1971, pág. 35.
[7] El ejemplo está tomado de La Cruz Berdejo 1988, pág. 116.

El caso 1) es el del gasto necesario (no útil, no suntuario), el 2) el del gasto útil (no necesario, no suntuario), y el 3) el del gasto suntuario (no necesario, no útil)[8].

La otra circunstancia que el legislador considera relevante se refiere a la fe del anterior poseedor. Existen dos posibilidades solamente: buena fe o ausencia de buena fe (mala fe). La división entre buena y mala fe es exhaustiva y excluyente: Todos los poseedores o son de buena fe o son de mala fe; si un poseedor es de buena fe no puede ser calificado también como de mala fe; y viceversa. El UC de esta propiedad puede ser representado del siguiente modo:

Gráfico 2

BF

1) + BF (Buena fe)

2) − ¬ BF (No buena fe: mala fe)

Combinando los tipos de gastos o mejoras (3 casos - gráfico 2) con los tipos de poseedor (2 casos - gráfico 3), obtenemos un UC de 6 casos (3 x 2 = 6).

Gráfico 3

	GN	GU	GS	BF			
1)	+	−	−	+	GN	∧	BF
2)	+	−	−	−	GN	∧	¬ BF
3)	−	+	−	+	GU	∧	BF
4)	−	+	−	−	GU	∧	¬ BF
5)	−	−	+	+	GS	∧	BF
6)	−	−	-	−	GS	∧	¬ BF

Cada uno de los casos del UC es un caso elemental. Los casos elementales no pueden ser subdividos porque son casos mínimos: contemplan todas las propiedades o circunstancias relevantes determinadas por el legislador.

[8] Este universo de casos es del mismo tipo que los universos de casos utilizados en los impuestos, donde cada caso es caracterizado por valores numéricos. Ver A & B 1971, pág. 56.

Los casos que no son elementales son complejos[9]. Los casos complejos no contemplan todas las circunstancias relevantes, y pueden ser subdivididos en casos elementales. Veremos como la norma 453 (1), a partir de un caso complejo (GN), regula dos casos elementales de nuestro UC (los casos 1 y 2).

Los casos del UC son mutuamente excluyentes. Si un estado de cosas se encuadra en alguno de los casos del UC, no puede ser encuadrado en otro caso del UC.

Los casos del UC son conjuntamente exhaustivos. Cualquier estado de cosas del UD puede ser encuadrado en alguno de los casos del UC.

IV. El ámbito normativo del sistema: El universo de soluciones

En el ámbito normativo nos interesan las posibles soluciones para cada uno de los casos del UC. Nuestra pregunta es normativa; nos interesa el status normativo de ciertas acciones.

Una solución normativa puede ser expresada en términos de obligación, por ejemplo: «Es obligatorio que el nuevo poseedor abone los gastos necesarios», o en términos de derecho: «El anterior poseedor tiene derecho al abono de los gastos necesarios». Esto es lo que Kelsen denomina «derecho como correlato de una obligación activa»[10]. Es bueno advertir que no todos los derechos tienen como contrapartida una obligación activa, y tal es el caso del derecho de propiedad o el derecho a no pagar[11].

El derecho a realizar u omitir una acción será representado «Fp», donde «F» es el operador deóntico «Facultativo», y «p» la acción en cuestión.

El derecho a exigir que el otro realice una acción (la de pagar el gasto, por ejemplo) será representado «F(p)», donde «F» es «Facultativo», y (p) la acción que debe realizar la contraparte.

La obligación de realizar una acción será representada «Op» donde «O» es el operador deóntico «Obligatorio» y «p» la acción en cuestión.

Tenemos por lo tanto tres soluciones normativas posibles:

Fp: derecho a hacer u omitir p.

F(p): derecho a que la contraparte realice u omita p.

Op: Obligación de hacer p[12].

---

[9] Sobre la noción de caso complejo ver A & B 1971, págs. 34 y 35.

[10] Kelsen 1981, págs. 138 a 143.

[11] Kelsen denomina a este tipo de derecho «derecho como correlato de una obligación pasiva». Kelsen 1981, págs. 143 a 145.

[12] En el modelo de A & B 1971 todos los operadores deónticos pueden ser defi-

En nuestro caso el legislador regula cuatro acciones distintas. Dos las regula en relación al nuevo poseedor (vencedor) y serán representadas del siguiente modo:

«p»: abonar el gasto o mejora.
«q»: abonar el mayor valor que adquiere la cosa principal en virtud de la mejora.

Otras dos acciones se refieren al anterior poseedor (vencido) y serán representadas del siguiente modo:

«r»: retener la cosa principal hasta que se le abone lo adeudado.
«s»: Ius tollendi.

El Ius tollendi: El ius tollendi es un régimen que el legislador establece para las mejoras suntuarias. Se divide entre mejoras separables y mejoras no separables de la cosa principal. Las no separables (una reforma de una casa, por ejemplo) carecen de derecho a reintegro. Las separables (una lámpara, por ejemplo) pueden ser retiradas por el anterior poseedor a menos que el nuevo poseedor quiera quedárselas, abonándolas. El abono puede ser del costo (p) o del valor del objeto al momento del traspaso (q).

V. Reconstrucción del sistema normativo

El problema que analizamos se halla regulado en el código civil español por los arts. 453 a 455, correspondientes al libro II, capítulo II «Efectos de la posesión».

Para la construcción de la matriz del sistema, debemos, en primer lugar, interpretar los artículos en cuestión, esto es, dotarlos de sentido. La interpretación de los textos legales es una cuestión teórica altamente debatida, y no es nuestra intención ahondar en este tema. Sin embargo es preciso señalar que se trata de una cuestión capital, ya que de la interpretación que se haga de los artículos dependerán las consecuencias normativas del sistema.

Es bueno señalar que los artículos que regulan nuestro UD no tienen grandes problemas interpretativos, ya que, como he afirmado en la introducción, su sentido puede precisarse dentro de la interpretación semántica.

---

nidos en término del operador deóntico «Permitido» «P»), que es el operador primitivo. Éstas son las definiciones:

$Op = \neg P \neg p \wedge Pp$; $Php = \neg Pp \wedge P \neg p$; $Fp = Pp \wedge P \neg P$. Págs. 36, 37 y 74.

Siguiendo a A & B consideramos normas a los enunciados que correlacionan casos con soluciones. Por ejemplo, el art. 453 en su primera parte establece: «Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor». Esto significa que si se da la circunstancia de tratarse de un gasto necesario, el nuevo poseedor debe abonarlo al anterior poseedor. Esta norma será representada del siguiente modo:

GN ‣ Op

Esta norma puede leerse del siguiente modo: Si es gasto necesario (GN), entonces es obligatorio (O) que el nuevo poseedor lo abone al anterior (p).

Los arts 453 a 455 serán divididos en tantas normas como se pueda, todo dentro de la interpretación semántica:

> Art. 453: Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor; pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan.
> Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en la posesión por satisfacer el importe de los gastos, o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa.
>
> Art. 454: Los gastos de puro lujo o mero recreo no son abonables al poseedor de buena fe; pero podrá llevarse los adornos con que hubiere embellecido la cosa principal si no sufriere deterioro, y si el sucesor en la posesión no prefiere abonar el importe de lo gastado.
>
> Art. 455: El poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, y sólo tendrá derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa. Los gastos hechos en mejoras de lujo y recreo no se abonarán al poseedor de mala fe; pero podrá éste llevarse los objetos en que esos gastos se hallan invertido, siempre que la cosa no sufra deterioro, y el poseedor legítimo no prefiera quedarse con ellos abonando el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión.

El art. 453 ha sido dividido en cuatro normas. El primer párrafo determina la obligación del nuevo poseedor de pagar los gastos necesarios.

453(1): (GN) ‣ Op

La segunda parte del artículo establece derecho de retención, en favor del anterior poseedor de buena fe que haya realizado algún gasto necesario.

$$453(2):\ (GN \wedge BF) \rightarrow Fr$$

La tercera parte establece la obligación del nuevo poseedor de abonar los gastos útiles realizados por un anterior poseedor de buena fe. La norma otorga al poseedor dos alternativas sobre el modo de satisfacer dicha obligación: Abonar los gastos (p), o abonar el aumento de valor que halla adquirido la cosa principal en virtud del gasto o la mejora (q).

$$453(3):\ (GU \wedge BF) \rightarrow Op \vee Oq$$

En la última parte se establece derecho de retención en favor del anterior poseedor de buena fe que haya realizado gastos o mejoras útiles.

$$453(4):\ (GU \wedge BF) \rightarrow Fr$$

El art. 454 regula el régimen de los gastos o mejoras suntuarias realizados por un anterior poseedor de buena fe. Los no separables no son de abono obligatorio, y los separables son retirables a menos que el nuevo poseedor prefiera abonar el importe del gasto. Esto es *ius tollendi* con derecho al abono del gasto.

$$454(1):\ (GS \wedge BF) \rightarrow Fs(p)$$

La primera parte del artículo 455 se refiere al régimen de la compensación de frutos. Como nuestro UD se refiere a las circunstancias en las cuales el nuevo poseedor debe (o no) abonar los gastos y mejoras realizados por el anterior poseedor, no nos interesa el régimen de los frutos. Por lo tanto este párrafo será excluido del presente análisis.

En la segunda parte del artículo, se establece el derecho del anterior poseedor de mala fe al abono de los gastos necesarios. El correlato de este derecho consiste en la obligación del nuevo poseedor de abonarle los gastos realizados.

$$455(1):\ (GN \wedge \neg BF) \rightarrow Op$$

La tercera parte del art. 455 establece el régimen de los gastos suntuarios realizados por un poseedor de mala fe. Se otorga el *ius*

tollendi con derecho al abono del valor del objeto al momento del traspaso.

455(2): (GS ∧ ¬ BF) ‣ Fs(q)

Estas siete normas conforman nuestro sistema normativo, que denominaremos S1. De ahora en más todas nuestras afirmaciones se referirán a este sistema S1, es decir al sistema conformado por los arts 453 a 455, tal y como han sido interpretados precedentemente.

Gráfico 4

S1=	453(1):	(GN)	‣ Op
	453(2):	(GN ∧ BF)	‣ Fr
	453(3):	(GN ∧ BF)	‣ Op ∨
	453(4):	(GN ∧ BF)	‣ Fr
	454(1):	(GN ∧ BF)	‣ Fs(p)
	455(1):	(GN ∧ ¬ BF)	‣ Op
	455(2):	(GN ∧ ¬ BF)	‣ Fs(q)

Corresponde ahora establecer qué solución corresponde a cada caso elemental de nuestro UC. Veamos este procedimiento a través de un ejemplo:

La norma 453(1) establece la obligación de abonar (Op) toda vez que se trate de un gasto necesario (GN). De esta forma puede inferirse la solución Op para todos aquellos casos en que figure GN, que son los casos 1 y 2 de nuestro UC. Siguiendo este procedimiento la matriz del sistema S1 es la siguiente:

Gráfico 5

	GN	GU	GS	BF		453 (1)	453 (2)	453 (3)	453 (4)	454 (1)	455 (1)	455 (2)
1)	+	−	−	+	GS ∧	Op	Fr					
2)	+	−	−	−	GN	Op					Op	
3)	−	+	−	+	GU ∧		Op∨ Oq		Fr			
4)	−	+	−	−	GU							
5)	−	−	+	+	GS ∧					Fs(p)		
6)	−	−	+	−	GS ∧ ¬ BF							Fs(p)

La matriz muestra que el sistema S1 es lógicamente consistente. Ningún caso elemental está correlacionado con soluciones normativas incompatibles entre sí, como sería la solución normativa «Op ∧ Fp»[13].

La matriz muestra que el sistema S1 presenta una redundancia en el caso 2, ya que tanto la norma 453(1) como la 455(1) le atribuyen la solución normativa «Op». Para tener un sistema independiente, esto es, equivalente en sus consecuencias pero más económico en su formulación, debería eliminarse alguna de las normas. En nuestro caso la norma 455(1) podría ser eliminada sin alterar las consecuencias normativas del sistema. No sucede lo mismo en relación a la norma 453(1), ya que su eliminación implicaría que el caso 1 se quedara sin solución normativa.

La matriz muestra, por último, que el sistema S1 presenta una laguna en el caso 4), esto es, la circunstancia en la cual un poseedor de mala fe ha realizado un gasto útil.

Esto no es lo mismo que afirmar que el código civil español tiene una laguna respecto del reintegro de los gastos y mejoras en la liquidación de situaciones posesorias. La matriz sólo permite afirmar que los arts. 453 a 455, interpretados de la forma en que han sido, constituyen un sistema normativo con una laguna.

Puede afirmarse que la laguna podría llenarse con alguna otra norma (y esto es lo que veremos en el próximo capítulo); pero se trataría de otro sistema, distinto de S1. Como afirman A & B la completud (o incompletud) es un concepto relacional: Solo puede predicarse en relación a un UC, en relación a un US, y en relación a un sistema normativo, que en nuestro caso es S1. Como dicen los autores:

> «Esto muestra la importancia de ponerse de acuerdo acerca de qué normas (es decir, acerca de qué sistema normativo) se está hablando cuando se afirma o niega la existencia de lagunas»[14].

CAPITULO SEGUNDO: MODIFICACIÓN

La tesis central del capítulo anterior consistió en afirmar la existencia de una laguna en el sistema S1.

Esto supone que si un juez se encuentra ante una situación en la cual un poseedor de mala fe ha realizado un gasto útil, el sistema S1 no le ofrece una solución normativa.

Como los jueces no pueden dejar de sentenciar, aún en los casos de ausencia de normas, corresponde modificar el sistema, esto es,

---

[13] Para la noción de contradicción normativa puede verse Alchourrón 1988.
[14] A & B 1971, pág. 47.

completarlo. Tenemos que inventar una norma para el caso 4 de nuestro UC.

Nos encontramos ante una tarea totalmente distinta de la emprendida en el capítulo primero. En aquel capítulo la tarea fue sistematizadora; esto es, analizar un conjunto de normas jurídicas y poner de manifiesto sus consecuencias lógicas. Dicha tarea fue *descriptiva* de un material jurídico (los arts. 453 a 455 del código civil español) previamente identificado mediante la interpretación semántica. La conclusión más importante de esa descripción fue la afirmación de que el sistema S1 era incompleto, por la existencia de una laguna en el caso 4.

Lo que haremos ahora no tiene ninguna relación con la descripción de un material jurídico. Ahora *modificaremos* el sistema, lo completaremos. No describiremos normas sino que las inventaremos. Podemos decir que nuestro objetivo es encontrar la norma más adecuada para completar el sistema.

Pero, ¿es posible el hallazgo de una norma tal que sea «la norma más adecuada»? ¿En base a qué parámetros es una norma «la más adecuada»?. Sin duda existen muchas respuestas a esta pregunta, respuestas dependientes de la teoría de la decisión judicial que se presuponga. Manuel Atienza[15] señala tres tipos o clases de teorías de la decisión judicial.

Una teoría irracionalista de la decisión judicial, como lo es la de Alf Ross, sostiene que en aquellos casos en los que el derecho no ofrece una solución basada en las normas preexistentes, la decisión que se tome será esencialmente arbitraria, esto es, producto de la voluntad más que de la razón.

Una teoría hiperracionalista de la decisión judicial, como lo es la de Ronald Dworkin, sostiene que siempre existe una respuesta correcta para cada caso, contenida en el derecho preexistente; o bien en las normas jurídicas o bien en los principios jurídicos.

La teoría de la argumentación jurídica se encuentra a mitad de camino entre el irracionalismo y el hiperracionalismo[16]. La misma sostiene, que ante un caso difícil como lo es una laguna, es posible crear una norma que sea la más adecuada (o la más correcta), si se cumplen determinados requisitos[17]. Es importante advertir que la norma creada por medio de la argumentación jurídica no pertenece al material jurídico preexistente (como sostiene el hiperracionalismo), sino que puede crearse a partir de éste[18]. Por otra parte si se

[15] Atienza 1991, pág. 133.

[16] Cfr. MacCormick 1978, pág. 265; y Atienza 1991, pág. 133.

[17] Cfr. Alexy 1985, págs. 44 y 45.

[18] Esta afirmación no es del todo pacífica entre los teóricos de la argumentación. (Ver Atienza 1991, pág. 251). Esta cuestión será analizada en las conclusiones.

cumplen con los requisitos de la argumentación jurídica, la decisión final puede ser calificada de «racional»[19], a diferencia del irracionalismo que niega que puedan obtenerse resultados racionales.

Varios autores representan la teoría de la argumentación jurídica: La de Robert Alexy, la de Neil MacCormick, la de Aulis Aarnio, la de Aleksander Peczenick y, en nuestro país, la de Manuel Atienza. Para el análisis del caso concreto se usará como modelo la teoría de MacCormick.

MacCormick parte del carácter deductivo del razonamiento judicial, distinguiendo entre casos fáciles y casos difíciles. Los difíciles requieren una justificación mayor que los fáciles.

Un «caso difícil» puede plantearse al nivel de los casos genéricos o al de los casos individuales. Nuestro caso 4 es un caso genérico: todo gasto útil realizado por un poseedor de mala fe.

MacCormick señala varias causales para determinar si un caso es difícil. Nuestro caso 4 es difícil por problemas de determinación de la norma aplicable al caso genérico GU $\wedge \neg$ BF; causal que MacCormick denomina «problemas de relevancia»[20].

Esto nos permite afirmar que la lógica en general, y el modelo de A & B en particular, es un instrumento importante para distinguir entre casos fáciles y difíciles tal como son las lagunas y las contradicciones en sistemas normativos.

Para la resolución de los casos difíciles se requiere una justificación de segundo nivel[21], que debe cumplir los requisitos de consistencia y coherencia en relación con el sistema jurídico en cuestión.

Una decisión es consistente cuando se basa en premisas normativas que no entran en contradicción con normas válidamente establecidas[22].

Un sistema normativo es coherente si puede subsumirse bajo una serie de principios generales o valores que resulten aceptables, en el sentido de que configuren -tomados conjuntamente- una forma de vida satisfactoria[23]. Una decisión es coherente si la norma en que se basa es coherente en relación a los principios del sistema normativo en cuestión.

---

[19] Cfr. Alexy 1978, pág. 37.

[20] Cfr. MacCormick 1978, págs. 195/203-, y Atienza 1991, págs. 139/140.

[21] La distinción de MacCormick 1978 entre justificación de primero y segundo nivel es equiparable a la distinción de Alexy 1978 entre justificación interna y externa respectivamente.

[22] Sobre la contradicción entre normas jurídicas puede verse Alchourrón 1988.

[23] Esta formulación resulta objetable por su gran vaguedad. Como señala Atienza 1991 (pág. 145), puede considerarse a la coherencia como una justificación formalista y relativa. En este sentido puede tratarse de una justificación coherente con el sistema, pero incoherente desde una moral crítica o ideal.

En base a estas dos tesis, consistencia y coherencia de los sistemas jurídicos, se intentará completar el sistema, esto es, inventar una norma para el caso 4 de nuestro UC: la norma más adecuada para completar el sistema debe ser consistente y coherente con S1. Por razones de comodidad, modificaré la descripción de la matriz del siguiente modo:

Gráfico 6

	BF		¬ BF	
GN	1	OP ∧ Fr	2	Op
GU	2	(Op ∨ Oq) ∧ Fr	4	
GS	5	Fs (p)	6	Fs (q)

VI. La coherencia del sistema

Corresponde como primer paso, determinar cuáles son los principios que rigen a S1. Esta tarea será realizada mediante la inducción[24].

La inducción, de por sí, no es un proceso fiable. Sin embargo, en ciertos contextos, su resultado puede ser corroborado. Cuando se parte de un conjunto finito de casos (casos 1 a 6 de nuestra matriz) y se inducen los principios que los regulan, el resultado se corrobora cotejando si las normas se subsumen en dicho principio.

Ahora bien, que una inducción de principios sea corroborada no significa que dichos principios sean «realmente» los principios usados por el legislador; ni, mucho menos, que dichos principios pertenecen al sistema. La inducción que se realizará de los principios PA, PB, y PC es una de las tantas posibles, y, por lo tanto, puede darse que el sistema sea subsumible en otro conjunto de principios distinto del propuesto.

Un principio puede ser expresado como una regla, esto es un enunciado que correlaciona un caso con una solución[25]. Por ejemplo:

$$PA: (\neg GS \wedge BF) \rightarrow Fr$$

[24] Sobre la inducción jurídica puede verse A & B 1971, pág. 130.

[25] Cfr. Atienza y Ruiz Manero 199 1. También A & B 197 1, pág. 131 (la subsunción de casos elementales en casos complejos).

Este principio estipula que los gastos no suntuarios de buena fe tiene derecho de retención. Corroborar este principio es comprobar si S1 lo cumple; y así es, ya que los casos 1 y 3 que se refieren a gastos no suntuarios de buena fe tienen la solución Fr[26].

Este principio, que llamaremos «PA», no nos sirve para completar nuestra laguna (aunque servirá de premisa accesoria de un razonamiento). Necesitamos de principios más generales para completar el sistema.

Un principio también puede ser expresado a través de relaciones entre distintos supuestos[27]. Este camino seguiremos para inducir dos principios: uno en relación con el tipo de gasto y otro en relación con la buena o mala fe del anterior poseedor.

1. En relación al tipo de gasto

En cuanto a los gastos se establece el siguiente principio:

PB: DGN > DGU > DGS

(el derecho de quien realizó un gasto necesario es mejor o igual que el de quien realizó un gasto útil; y éste mejor o igual que el de quien realizó un gasto suntuario).

¿Cuándo un poseedor tiene mejor derecho que otro poseedor? En algunas ocasiones se trata del derecho a un reintegro más oneroso. En otras ocasiones se trata del derecho accesorio de retención que algunos poseedores tienen y otros carecen.

La relación ser mejor o igual «>» es transitiva: Si x es mejor o igual que y, e y mejor o igual que z, entonces, x es mejor o igual que z.

Corroboremos si PB se cumple en relación a los casos 1-3-5.

El derecho a percibir el costo (Op: caso 1) es mejor que el derecho a percibir el costo o el mayor valor (Op ∨ Oq: caso 3) ya que al tener el deudor la alternativa entre p o q, siempre puede elegir la menos onerosa, que en general será el abono del mayor valor (q). A su vez los casos 1 y 3 tienen el mismo derecho de retención. El derecho de 1 en algunas ocasiones es mejor y en otras es igual que el de 3.

El derecho a ([Op ∨ Oq]&Fr: caso 3) es mejor o igual que el ius tollendi (Fs[p]; caso 5). En cuanto a los bienes no separables es mejor, ya que 3 tiene derecho a reintegro y 5 carece de derecho a

[26] Los GN pueden ser definidos como: ¬ GU ∧ ¬ GS. Los GU pueden ser definidos como: ¬ GN ∧ ¬ GS.

[27] Esta técnica es la usada en Alchourrón 1961.

reintegro alguno. En cuanto a los bienes separables el derecho es similar, ya que el ius tollendi es un derecho de retención sobre un objeto separable, ya que el anterior poseedor debe entregar el objeto si el nuevo poseedor decide abonárselo (Ver art. 454[1]).

En relación a los casos 2-4-6, sólo podemos cotejar el 2 con el 6, por la laguna del caso 4. El derecho a percibir el costo (Op: caso 2) es mejor o igual que el ius tollendi (Fs[q]: caso 6); por lo que cumplen con PB por la transitividad.

2. En relación a la buena o mala fe

En cuanto a la fe del anterior poseedor, siguiendo el mismo procedimiento, podemos establecer el siguiente principio:

PC: D BF > D ¬ BF

El derecho del anterior poseedor de buena fe (D BF), es mejor o igual que el derecho del anterior poseedor de mala fe (D ¬ BF).

Para corroborar PC compararé el caso 1 con el 2 (GN), y el 5 con el 6 (GS). El caso 3 no se puede comparar con el 4 por la laguna de este último.

En cuanto a los GN, el caso 1 tiene un derecho de retención del que el caso 2 carece. Pero este último tiene derecho a un reintegro (p) similar a 1.

En cuanto a los GS, el caso 5 tiene el Fs(p), que es mejor o igual derecho que el Fs(q) del 6. En algunas ocasiones es mejor, tal como es el derecho al costo de la mejora (p), y en otras ocasiones es igual, como lo es en el caso de los bienes no separables.

Tenemos entonces los siguientes principios:

PA: (¬ GS ∧ BF) ‣ Fr
PB: D GN > D GU > D GS
PC: D BF > D ¬ BF

¿Constituyen estos principios una forma de vida satisfactoria? En algún sentido sí. Puede aceptarse que principios que premian la buena fe o la mejor utilidad del gasto, son principios satisfactorios.

La obtención de estos principios son un buen paso adelante. En base a PB y PC podemos dibujar el siguiente diagrama que representa la posición del caso 4) en comparación con el resto de los casos.

Gráfico 7

	BF	¬BF
GN	1 Op ∧ Fr	2 Op
GU	3 (Op ∨ Oq) ∧ Fr	4
GS	5 Fs (p)	6 Fs (q)

Las flechas verticales representan la coherencia del S1 en base al PB. Las flechas horizontales representan la coherencia del sistema en base al PC.

De la posición del caso 4 en el sistema pueden extraerse conclusiones importantes:

- Si la eventual norma N4 pretende ser coherente con S1, el derecho de 4 debe ser peor o igual que el de 3 en razón de PC. Debe ser peor o igual que el de 2 en razón de PB. Por la transitividad debe ser peor o igual que el de 1.
- Si N4 pretende ser coherente con S1, su derecho debe ser mejor o igual que el de 6 en razón PB.

En base a estas conclusiones intentaré establecer los límites de una decisión coherente con S1. Para ello crearé las normas N4 -coherente mínima- y N4 -coherente máxima-.

3. La N4 coherente mínima

N4 -mín- es el límite inferior de una decisión coherente.

La pregunta es la siguiente: ¿Cuál es la norma menos beneficiosa posible (para el anterior poseedor) dentro de los límites de la coherencia del sistema?

Para responder a este interrogante debemos comparar nuestro caso 4, con el 6. (Gráfico 7).

Lo primero que podemos afirmar es que una N4 -mín- tal como «Fp», esto es, la ausencia de derecho a reintegro, sería incoherente con el sistema, ya que PB establece que el caso 4 debe ser mejor o igual recompensado que el 6, y en este supuesto sería peor recompensado.

Para establecer la N4 -mín-, podemos recurrir a una forma de argumento muy frecuentemente usado por los juristas; el argumento a fortiori, que constituye una clase de los argumentos a partir de

principios. Estos argumentos pueden ser explicados a través de la lógica de relaciones[28].

En nuestro caso, el argumento se basa en el carácter transitivo de la relación «ser mejor o igual que». Usando el caso 6 y el principio
PB el argumento tiene la siguiente estructura:

Argumento 1)

1) Quien realiza gastos suntuarios tiene el ius tollendi con derecho al reintegro del mayor valor.	1) DGS: Fs(q) (caso 6)
2) El derecho de quien realiza gastos útiles es mejor o igual que el derecho de quien realiza gastos suntuarios.	2) DGU > DGS (PB)
3) Quien realiza gastos útiles tiene el ius tollendi con derecho al reintegro del mayor valor, o un derecho mejor.	3) DGU: [Fs(q)] ∨ [D > Fs(q)]
4) De estas dos alternativas, «Ius tollendi con derecho al reintegro del mayor valor» es la menos beneficiosa para el anterior poseedor.	4) DGU: Fs(q) (caso 4 – mín –)

Analicemos el precedente argumento. La corrección de las premisas 1) y 2) es indispensable para la corrección de la conclusión 3).

La premisa 1) no resulta problemática; su corrección se debe a que es una norma que pertenece a S1, porque de él se deduce[29].

No sucede lo mismo con la premisa 2). Esta premisa es el principio PB, que no se deduce de S1. Atacar la premisa 2) es atacar el principio PB.

---

[28] En Alchourrón 1961 se utiliza la lógica de relaciones. En Alexy 1978, en cambio, se utiliza la lógica de predicados de primer orden.

[29] Sobre el criterio de deducibilidad como criterio de pertenencia puede verse Caracciolo 1988, págs. 57 a 61.

El criterio de corrección del PB no lo otorga el criterio de deducibilidad sino la argumentación jurídica, concretamente, la tesis de la coherencia normativa de los sistemas jurídicos. La corrección de PB es más débil que la de la premisa 1). La corrección de 1) la otorga la lógica, y por ello su corrección es indubitada[30], es decir, no abierta a contraargumentos. La corrección de 2), en cambio, es débil porque el principio PB no pertenece a S1 sino que fue creado a partir de él.

Los principios PA, PB y PC no son los únicos (lógicamente) posibles. Podrían proponerse otros principios para determinar la coherencia de S1. En este sentido la corrección de 2) está abierta a contraargumentos.

Sin embargo, creo que los principios PA, PB y PC pueden considerarse como adecuados porque cumplen los requisitos que MacCormick establece para la coherencia de los sistemas: Las normas de S1 se subsumen en PA, PB y PCi estos principios reflejan los criterios de reparto de derechos y obligaciones de S1, y, en este sentido, constituyen una forma de vida aceptable.

La conclusión 3) presenta una disyunción, con dos soluciones alternativas. Cualquiera de las dos se deduce de las premisas l), 2) y 3). Las alternativas son Ius Tollendi con derecho al reintegro del mayor valor [Fs(q)], o un derecho mejor [D > Fs(q)].

Como nuestra hipótesis 4) es la norma menos beneficiosa dentro de los límites de la coherencia de S1, nos quedaremos con la primera alternativa. Por lo tanto:

N4 -mín-: $(GU \wedge \neg BF) \rightarrow Fs(q)$

4. La N4 coherente máxima

N4 -máx- es el límite superior de la decisión. La pregunta es la siguiente: ¿Cuál es la norma más beneficiosa posible (para el anterior poseedor) dentro de los límites de la *coherencia* de S1? Para responder a este interrogante hemos de recurrir a los casos 1, 2 y 3 (gráfico 7).

En los casos 2-4 rige PB. El derecho de 4 ha *de ser peor* o igual que el de 2. Un argumento similar al argumento 1 sería el siguiente, utilizando el caso 2 y el principio PB:

[30] Indubitada si se aceptan los axiomas lógicos y la identificación de las normas realizada.

Argumento 2)

1)	DGN: Op	(Caso 2)
2)	DGN ≥ DGU	(PB)
3)	DGU: $[Op] \vee [D < Op]$	
4)	DGU: Op	(Caso 4 (–máx–)

Esta N4 -máx- establece para 4 un derecho igual que el del caso 2. Resulta, sin embargo, incoherente con el caso 3, en relación al principio PC. El caso 4 tendría derecho a un mejor reintegro (Op) que el caso 3 (Op ∨ Oq), en contra del PC que establece que 3 ha de ser mejor o igual que 4.

Otra vía consiste en relacionar el caso 3 con el 4, donde rige PC. Éste sería el argumento:

Argumento 3)

1)	DBF: $(Op \wedge Oq) \wedge Fr$	(Caso 3)
2)	DBF ≥ D¬BF	(PC)
3)	D¬BF: $[(Op \vee Oq) \wedge Fr] \vee [D < (Op \vee Oq) \wedge Fr]$	(Caso 4
4)	D¬BF: $(Op \vee Oq) \wedge Fr$	(–máx–)

Esta N4 -máx- establece para 4 un derecho igual que el de 3. Sin embargo, esta norma resulta incoherente con el caso 2, en relación a PB: 4 tendría un derecho de retención del que 2 carece, en contra de PB que establece que el derecho de 2 ha de ser mejor o igual que el de 4.

De los argumentos 2 y 3 podemos concluir que la N4 -máx- ha de ser peor que los casos 2 y 3 (y que el 1 por transitividad) ya que si es igual a alguno de ellos, será mejor que el otro en algún aspecto (o en derecho de retención, o en derecho a un mejor reintegro).

Una tercera alternativa para establecer la N4 -máx- consiste en comparar conjuntamente los casos 1, 2, y 3 con el caso 4; usando los principios PB y PC. Para ello se requiere una especial preparación de las premisas.

El principio PC (DBF > D ¬ BF) será disociado en dos principios, con la ayuda del principio PA que establece derecho de retención para los poseedores de buena fe. La disociación es la siguiente:

PC1: DBF = D ¬ BF (rige en cuanto al reintegro)
PC2: DBF > D ¬ BF (rige en cuanto al derecho de retención)

El argumento sería el siguiente:

Argumento 4

A) -[PC1]- Si el igual derecho de 1 con 2 se concreta en el derecho a un reintegro igual (Op), entonces el igual derecho de 3 con 4 ha de concretarse en el derecho a un reintegro igual (Op ∨ Oq).

B) -[PC2]- Si el mejor derecho de 1 sobre 2 se concreta en el derecho de retención, entonces el mejor derecho de 3 sobre 4 ha de concretarse en el derecho de retención.

Luego: 4 tiene derecho al reintegro (Op ∨ Oq). (A)
4 carece de derecho de retención. (B)

La formalización de este argumento es mucho más compleja que la de los argumentos 1 a 3. Cada uno de ellos se basa en un caso y un principio; y este argumento se basa en tres casos y tres principios.

El argumento 4 A, puede ser formalizado mediante los siguientes dos argumentos:

A1

1) D GN ∧ BF: Op (Caso 1)
2) DBF = D¬BF (PC1)

---

3) D GN ∧ ¬BF: Op (Caso 2)

A2

1) D GU ∧ BF: Op ∨ Oq (Caso 1)
2) DBF = D¬BF (PC1)

---

3) D GU ∧ ¬BF: Op ∨ Oq (Caso 4 –máx.–)

Estos dos argumentos comparan los casos 1, 2, 3 y 4 entre sí. A2 es el argumento decisivo: establece para el caso 4 un reintegro igual que el de 3, igualdad basada en el argumento A1 que da el mismo reintegro a los casos 1 y 2.

Si el legislador hubiera usado «realmente» el principio PC1, A1 es la explicación de porqué los casos 1 y 2 tienen derecho a un rein-

tegro similar; y A2 es el fundamento de porqué el reintegro del caso 4 ha de ser similar al del caso 3.

La formalización del argumento 4 B es mucho más compleja que las aquí realizadas. Se requiere para ello el uso de una lógica de proposiciones normativas, ya que de lo que se trata es de afirmar que la norma (GU $\wedge \neg$ BF $\succ$ Fr) no está incluida en la norma N4 -máx-. El análisis de un tal argumento excede los objetivos del presente trabajo[31].

La corrección de la conclusión: «4 tiene el derecho (Op $\vee$ Oq) y carece de derecho de retención» depende de la corrección de las premisas. Las premisas 1) de los argumentos no tienen problemas por que se deducen de S1. La corrección de las premisas 2) de los argumentos depende de que se acepte la disociación realizada del principio PC, en base a PA.

Esta N4 -máx- es coherente con S1, ya que respeta la posición del caso 4 con el resto de los casos. Es, por otra parte, la más beneficiosa (para el anterior poseedor) dentro de los límites de la coherencia de S1: no es posible crear una norma que sea más beneficiosa (como la de los argumentos 2 y 3) y que a la vez sea coherente con S1. Por lo tanto:

N4 -máx-: (GU $\wedge \neg$ BF) $\succ$ Op $\vee$ Oq

5. Los límites de la argumentación en base a la coherencia

Después de haber creado N4 -mín- y N4 -máx-, queda la duda de si es posible avanzar más, esto es, encontrar «la norma más adecuada». Creo que la respuesta a esta cuestión no puede ser sino negativa.

Esto podría desilusionar a quien pretende encontrar «la respuesta correcta». Creo, sin embargo, que esto es una de las características de la argumentación jurídica: en muchos casos difíciles no nos ofrece una respuesta correcta, sino sólo los límites de una decisión coherente. Pero no por ello deja de ser una herramienta útil: reconocer los límites de una herramienta no importa negar su utilidad, sino lo contrario.

Por tanto, la tesis de la coherencia normativa de los sistemas jurídicos nos permite afirmar lo siguiente: Cualquier decisión entre

---

[31] Una posible formalización del argumento B es la siguiente:

1) «GU $\wedge$ BF: Fr» $\in$ Cn S1 (Caso 3)
2) DBF > D-BF (PC1)
3) (x,y) [(BFX $\wedge$ BFy) $\wedge$ (X > y)] $\leftrightarrow$ [(«x:Fr» $\in$ CnS1) $\succ$ («y:Fr» $\neg \in$ CnS1)]

4) «GU$\wedge \neg$ BF:Fr» $\neg \in$CnS1 (Caso 4 -máx-)

N4 -mín- y N4 -máx- (ambas incluidas) es una decisión coherente con S1.

Debe advertirse que N4 -mín- y N4 -máx- no son normas de S1: no pertenecen a S1 porque no se deducen de él. Son, más bien, una creación (del juez, de la ciencia jurídica) a partir de S1, en base a la tesis de la coherencia.

VII. La consistencia del sistema

Tanto N4 -mín- como N4 -máx- son consistentes con S1, tomadas aisladamente. Ninguna de ellas es incompatible con alguna norma de S1.

Tomadas conjuntamente son, sin embargo, contradictorias entre sí. Se trata de una contradicción parcial-parcial[32] en el caso de los gastos útiles no separables: según N4 -mín- carecen de derecho a reintegro; según N4 -máx- tienen derecho al reintegro ($Op \vee Oq$).

Esta contradicción resultaría problemática si se afirma que N4 -mín- y N4 -máx- pertenecen a S1. Un juez se encontraría ante la obligación (jurídica) de aplicar ambas normas, por lo que debería incumplir alguna de las dos, ya que el cumplimiento de una implica (lógicamente) el incumplimiento de la otra[33].

Si se afirma, a contrario, que dichas normas no pertenecen la cuestión no resulta problemática. Ambas normas constituyen los límites mínimos y máximos de una decisión coherente con S1. De esta forma el juez puede elegir cualquiera de las dos normas (o una intermedia), pero debe elegir sólo una de las normas posibles.

CAPÍTULO TERCERO: ALGUNAS OPINIONES DE LOS JURISTAS

En la dogmática civil española hay opiniones encontradas acerca de la solución normativa del caso 4 de nuestra matriz.

Pocos autores afirman explícitamente la existencia de la laguna; algunos la niegan. Resulta curioso constatar que todos coinciden en la descripción de los casos 1-2-3-5-6; pero difieren en la del caso 4.

Las discrepancias entre los autores se deben, básicamente, a que no se distingue con claridad la tarea descriptiva de la tarea reformu-

---

[32] Ross 1958, pág. 125.

[33] Esta afirmación parte de la base de que los jueces están obligados (jurídicamente) a aplicar las normas jurídicas en el acto de sentenciar. Cfr. Bulygin 1966. La relación cumplimiento-incumplimiento se basa en la tesis de Alchourrón 1988.

ladora (o modificadora). Un buen ejemplo es la controversia entre quienes sostienen que le corresponde el ius tollendi similar al caso 6 (La Cruz Berdejo 1988, Albadalejo 1989) y quienes sostienen que el caso 4 carece de derecho a reintegro (Hernández Gil 1980, Delgado Echeverría 1975, Díez Picazo 1978).

La Cruz Berdejo sostiene:

> «Nada dice el precepto de los gastos... (en) impensas útiles, de cuyo silencio cabría deducir que no son abonables las adiciones que puedan separarse. Aunque no lo diga el texto legal retirables sí lo son por aplicación «a maiore» de la regla sobre las impensas voluntuarias»[34].

Hernández Gil, al contrario, sostiene:

> «El poseedor de mala fe carece de derecho a retirar las mejoras útiles porque conforme a los arts 454 y 455, también carece de este derecho el poseedor de buena fe»[35].

Si se trata de opiniones descriptivas del sistema, ambas resultan objetables: Del silencio de los artículos 453 a 455 no se deduce ninguna norma aplicable al caso 4. Por ello sólo puede afirmarse -metasistemáticamente- que el sistema tiene una laguna. Una afirmación que establezca una norma es -descriptivamente hablando- errónea.

Hernández Gil completa el sistema con la norma $GU \wedge \neg BF \rightarrow Fp$: El nuevo poseedor puede no pagar los gastos útiles de mala fe. Si se acepta que en S1 rigen los principios PA, PB y PC, esta propuesta es incoherente: el derecho de 4 es peor que el de 6, mientras PB establece que el de 4 debe ser mejor o igual que el de 6.

La Cruz Berdejo completa el sistema con la norma $GU \wedge \neg BF \rightarrow Fs(q)$, un ius tollendi similar al del caso 6. Esta propuesta coincide con nuestra N4 -mín-, y su adecuación depende de que se admita que el principio PB rige en S1. El argumento del autor sería similar a nuestro argumento 1), y PB actuaría como premisa implícita.

Esta propuesta es coherente con S1, pero parcial, ya que no es la única respuesta coherente con S1. Si un juez decide usar la N4 -máx-, su decisión también sería coherente con S1.

---

[34] La Cruz Berdejo 1988, pág. 118. En el mismo sentido Albadalejo 1989, pág. 120.

[35] Hernández Gil 1980. En el mismo sentido Delgado Echeverría 1975 y Díez Picazo 1978.

Conclusiones

El presente trabajo partió de la idea de que la dogmática jurídica es una actividad compleja en la que pueden y deben distinguirse al menos tres etapas: 1) la identificación; 2) la sistematización; y 3) la reformulación (o modificación).

Se afirmó, además, que el éxito en enfrentar un caso difícil (como lo es una laguna) depende de distinguir claramente los distintos tipos de problemas y enfrentar cada uno con un método adecuado.

Siguiendo estos postulados se analizó un caso concreto (arts. 453 a 455 del código civil español) del siguiente modo:

1) Se identificaron las normas por medio de la interpretación semántica.
2) Se sistematizó el sistema con el método de A & B 1971, y se detectó una laguna.
3) Se establecieron los límites mínimo y máximo de una decisión coherente y consistente con el sistema para completar la laguna. Esto último con el método de MacCormick 1978.

A partir de la tarea realizada pueden establecerse las siguientes conclusiones:

a) La interpretación del texto legal es una tarea importante, ya que de ella dependen todas las afirmaciones ulteriores. Algunas discrepancias entre los juristas (como lo es la existencia o no de una laguna) provienen de distintas interpretaciones del texto legal. Distintas interpretaciones importan distintos sistemas (distintas normas). Si se parte de sistemas distintos es razonable que se arriben a conclusiones distintas.

b) La lógica es una herramienta importante para la tarea sistematizadora. Ella nos pone de manifiesto dos propiedades formales de los sistemas normativos: la completud y la consistencia[36].

c) (Consecuencia del anterior) La lógica sirve para detectar casos difíciles como lo son las lagunas (incompletud) y las contradicciones (inconsistencia).

d) En la tarea reformuladora, la lógica y la argumentación jurídica se complementan. Esto, sin embargo, es contrario a lo que sostienen muchos teóricos de la argumentación jurídica. Atienza 1993 sostiene que «una inferencia jurídica puede ser válida aunque sea menos que deductiva». Perelman 1960[37] sostiene que la lógica

---

[36] A & B 1971, pág. 100.

[37] Perelman 1960: Conferencia en la Universidad de Buenos Aires. Ver A & B 1991, pág. XIX.

(formal deductiva) es incapaz de dar cuenta de los argumentos a pari, a fortiori y a contrario: se requiere de una «nueva lógica» para justificar estos razonamientos.

Como se ha demostrado en la creación de N4 -mín- y N4 -máx- la lógica de relaciones es un buen instrumento para justificar este tipo de argumentos.

e) La teoría de la argumentación jurídica no siempre ofrece una única respuesta correcta (aunque esto no significa que a veces la ofrezca). En algunos casos, como el nuestro, sólo nos ofrece un «abanico» de respuestas coherentes con el sistema; un conjunto de respuestas correctas alternativas.

f) La distinción entre la tarea descriptiva y la reformuladora es una distinción crucial, que no siempre es tenida en cuenta. Las normas creadas en base a la argumentación jurídica *no pertenecen al sistema* en cuestión, y esto no ha sido advertido por muchos teóricos de la argumentación jurídica, que sostienen que el derecho positivo proporciona siempre, cuando menos, *una* respuesta correcta[38].

g) Por último, y a modo de tesis final: Si, como afirman A & B 1991[39], «el valor de lógica consiste precisamente en que obliga a explicitar las premisas tácitas de los argumentos», entonces, el valor de la argumentación jurídica consiste en que permite justificar la corrección de tales premisas tácitas.

BIBLIOGRAFÍA

A & B 1971: Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Normative Systems.* Versión castellana de los autores titulada *Introducción a la metodoloqía de las ciencias iurídicas y sociales.* Editorial Astrea. Buenos Aires, 1975. (Las citas corresponden a la versión castellana).

A & B 1991: Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho.* Colección el derecho y la justicia, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.

Albadalejo 1989: Manuel Albadalejo, *Derecho Civil III: Derecho de bienes.* Volumen primero. Sexta Edición. Librería Bosch (Ed.). Barcelona, 1989.

Alchourrón 1961: Carlos Alchourrón, «Los argumentos jurídicos a fortiori y a pari». En *Análisis lógico y Derecho,* A & B 1991.

Alchourrón 1986, «Systematization and change in the Science of Law». En T. Eckhoff, L.M. Friedman y J. Uusitalo (Eds.), *Vermorft und Erfahunq in Rechtsdeuken des Geaenwart. Rechtstheorie 10.* Berlín; Durcker & Humblot, 171-184.

[38] Atienza 1991, pág. 251.
[39] A & B 1991, pág. XIX.

Alchourrón 1988: Carlos Alchourrón, «Conflicts of Norms and Revision of Normative Systems». Traducción castellana de Eugenio Bulygin titulada: «Conflictos de normas y revisión de los sistemas normativos. En *Análisis lógico y Derecho* A & B 1991. (Las citas corresponden a la versión castellana)

Alexy 1978: Robert Alexy, *Theorie der Juristischen Argumentation* Traducción al castellano de Manuel Atienza e Isabel Espejo, titulada *Teoría de la Argumentación Jurídica.* Colección el derecho y la justicia; Centro de Estudios Constitucionales (Ed). Madrid, 1989. (Las citas corresponden a la versión castellana).

Alexy 1985: Robert Alexy: «Die Idee einer prozeduralen Theorie der Juristischen Argumentation». Traducción castellana de Ernesto Garzón Valdéz, titulada «La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica». En *Derecho y Filosofía* de Ernesto Garzón Valdés (Compilador). Editorial Alfa. Barcelona, 1985. (Las citas corresponden a la versión castellana).

Atienza 1991: Manuel Atienza, *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica.* Colección cuadernos y debates. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.

Atienza 1993: Manuel Atienza, «Lógica y Argumentación jurídica». (Respuesta a Moreso, Navarro y Redondo 1992). En vía de publicación en *Doxa N.º 11.* Departamento de Filosofía del derecho, Universidad de Alicante (Ed.). Alicante.

Atienza y Ruiz Manero 1991: Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, «Sobre principios y reglas». En *Doxa N.º 10.* Departamento de Filosofía del derecho, Universidad de Alicante (Ed.). Alicante, 1991.

Bulygin 1966: Eugenio Bulygin, «Sentencia judicial y creación de derecho». En *Análisis lógico y Derecho* A & B 1991.

Bulygin 1986: Eugenio Bulygin, «Dogmática jurídica y sistematización del derecho». En *Análisis lógico y Derecho* A & B 1991.

Caracciolo 1988: Ricardo Caracciolo, *Sistema Jurídico. Problemas actuales*. Colección Cuadernos y Debates. Centro de Estudios Constitucionales (Ed.) Madrid, 1988.

Caracciolo 1993: Ricardo Caracciolo, «El concepto de "laguna": Descripción o Prescripción». En *La noción de sistema en la Teoría del Derecho,* del mismo autor. Ediciones Fontamara. México (en prensa).

Delgado Echeverría 1975: Jesús Delgado Echeverría, «Adquisición y restitución de frutos por el poseedor». En *Anuario de Derecho Civil,* tomo XXVIII. Publicación del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1975.

Díez Picazo 1978: Luis Díez Picazo, *Fundamentos del derecho Civil Patrimonial.* Volumen segundo. Editorial Tecnos. Madrid, 1978.

Hernández Gil 1980: Antonio Hernández Gil, *La Posesión.* Editorial Civitas. Madrid, 1980.

Kelsen 1981: Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre* Traducción de la segunda versión en alemán por Roberto J. Vernengo, titulada *Teoría Pura del Derecho.* Universidad Autónoma de México. México 1981.

La Cruz Berdejo 1988: José Luis La Cruz Berdejo, *Derechos reales:_Posesión y propiedad.* José María Bosch Editor. Barcelona, 1988.

MacCormick 1978: Neil MacCormick: *Legal Reasoning and Legal Theory*. Clarendon Press. Oxford 1978.

Moreso, Navarro y Redondo 1992: José Juan Moreso, Pablo Eugenio Navarro y Cristina Redondo: «Argumentación Jurídica, Lógica y Decisión Judicial». En *Doxa N.º 11*. Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante (Ed.) Alicante, 1992.

1958: Alf Ross, On Law and Justice. Traducción castellana de Genaro Carrió, titulada *Sobre el Derecho y la Justicia*. Editorial Universitaria Buenos Aires (Eudeba), Buenos Aires, 1963. (Las citas corresponden a la versión castellana).

TABLA DE SÍMBOLOS

«+» : Presencia de la propiedad relevante (en el UC)
«−» : Ausencia de la propiedad relevante
« ¬ » : Negación (no)
«∧» : Conjunción (y)
«∨» : Disyunción (o)
« ›» : Condicional (si... entonces)
«GN» : Gasto necesario
«GS» : Gasto útil
«BF» : Gasto suntuario
« ¬ BF»: Buena fe
«F» : Ausencia de buena fe
«O» : Facultativo
«p» : Obligatorio
«q» : Pagar el gasto
«r» : Pagar el mayor valor que adquiere la cosa principal en virtud de la mejora
«s» : Retener la cosa principal hasta que se le abone lo adeudado: Ius tollendi
«∈» : Pertenece a
« ¬ ∈» : No pertenece a

DOXA 17-18 (1995)

N O T A S

POSITIVISMO JURÍDICO, REALISMO JURÍDICO Y MORALISMO JURÍDICO EN EL DEBATE SOBRE «DELINCUENCIA ESTATAL» EN LA ANTERIOR RDA

1 La discusión actual acerca del tratamiento jurídico-penal que merecen las lesiones de bienes jurídicos cometidas por representantes del poder estatal de la antigua RDA («delincuencia estatal»[1]), guarda un claro paralelismo con el debate que tuvo lugar en vísperas de la Segunda Guerra Mundial. Viene a confirmarse la experiencia de que en momentos de ruptura política corresponden a la Filosofía del Derecho fuertes cometidos prácticos. En todo caso las experiencias posteriores a 1945 no permiten necesariamente confiar en la posibilidad de una reelaboración filosófico-jurídica de lo que deja tras de sí un régimen injusto. Después de 1945 la filosofía del Derecho fracasó en esta empresa. Fue precipitado culpar al positivismo, pues éste no era el modelo básico del pensamiento jurídico nacional-socialista. La transformación del Derecho operada de acuerdo con la ideología nacional-socialista no fue, en amplios ámbitos del ordenamiento jurídico, consecuencia de una legislación revolucionaria, sino el solo resultado de una complaciente reinterpretación del Derecho vigente. La ideología jurídica oficial del nacional-socialismo estaba más cerca ideológicamente del pensamiento iusnaturalista que de una concepción positivista -a pesar del fuerte contraste material con los sistemas de Derecho natural tradicionales-. Pero lo que ante todo debe quedar claro a la Filosofía del Derecho es que la elección de un sistema de coordenadas definido por los polos «Derecho natural» y «positivismo jurídico» condujo a una considerable reducción del problema. Pues la opción entre positivismo y Derecho natural encubría todas las alternativas diferenciadoras sobre las que habría habido que discutir, como las concepcio-

[1] Cfr. por ejemplo los trabajos que aparecen en: E. J. Lampe (ed.), *Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedfervereinigung,* 1993.

nes del Derecho autoritaria y liberal, individual y colectiva o universal y particular. La alternativa «Derecho natural o positivismo jurídico» respondió a la finalidad de resolver el problema de la obligatoriedad del Derecho nacional-socialista; pero conllevó en la práctica el dejar de lado una discusión material con la ideología jurídica nacional -socialista.

2. En el actual debate filosófico-jurídico es plausible concentrase en el problema de la validez del Derecho porque la cultura jurídica de la República Federal Alemana no precisa de una confrontación con la ideología jurídica marxista. Por el contrario, reviste un significado central preguntarse por los criterios de validez del Derecho en orden al tratamiento jurídico del pasado de la RDA. La presente situación pone en evidencia que la pregunta acerca del contenido de un concreto ordenamiento jurídico sólo puede ser contestada una vez establecido el concepto de Derecho. La cuestión «quid sit iuris» presupone la respuesta de la pregunta «quid sit ius». Si la cuestión relativa al contenido del ordenamiento jurídico de la antigua RDA posee significación práctica para las decisiones actuales de los Tribunales de la República Federal Alemana, es como consecuencia de disposiciones jurídico positivas. En el ámbito del Derecho penal, al que yo quiero circunscribirme, se establece que en los casos normales sólo puede castigarse cuando la acción era punible con arreglo al Derecho de la antigua RDA. En el caso de los disparos en el «muro»: sólo si los disparos eran antijurídicos según el Derecho entonces vigente en la RDA podrán castigarse hoy en la República Federal.

3. Tres criterios distintos permiten decidir en principio si una determinada norma forma parte de un sistema jurídico dado. Cabe atender a:

a) textos legales;
b) la praxis de los tribunales;
c) la cualidad moral de las normas en cuestión.

Según cuál sea el criterio que se considere determinante, cabe distinguir tres posiciones:

a) positivismo legal;
b) realismo jurídico;
c) moralismo jurídico.

La oposición conceptual al realismo jurídico la constituye el idealismo jurídico, según el cual el Derecho existe más allá de las concre-

tas acciones de los operadores jurídicos. Positivismo jurídico y moralismo jurídico son en esta medida modalidades del idealismo jurídico.

4. En el caso ideal los tres criterios mencionados identifican de forma coincidente el Derecho vigente: Las leyes que formal y materialmente están de acuerdo con la Constitución (aspecto de la positividad) están en consonancia con los baremos reconocidos de justicia (aspecto de la moralidad) y son aplicadas correctamente por las instancias estatales competentes (aspecto de la realidad). En los casos normales existen diferencias marginales que en el Estado constitucional moderno pueden ser limadas con los medios de que dispone el sistema jurídico. Una divergencia entre la ley y la praxis jurídica puede ser resuelta tanto a favor de la ley como a favor de la praxis. Si se trata de una desviación singular, se corrige la decisión: normalmente por la vía de su anulación por parte de la instancia superior, y en casos extremos, incluso con sanciones penales contra el que ha decidido. La idealidad de lo normativo se impone frente a la realidad negativa (facticidad de lo normativo). Por el contrario, en caso de una desviación colectiva respecto de la ley, la corrección puede operar en favor de la praxis: la inobservancia colectiva de la ley recibe bajo determinadas circunstancias reconocimiento normativo; las categorías que ofrece la teoría de las fuentes del Derecho son el «Derecho consuetudinario» y el «Derecho judicial».

En el Estado constitucional las divergencias entre la positividad y la moralidad del Derecho también pueden ser resueltas en el interior del sistema positivo. Puesto que los principios elementales del Derecho correcto están positivizados en la Constitución, la norma extremadamente injusta vulneraría al mismo tiempo al Derecho positivo de rango superior. Por ello, el problema del Derecho natural no se plantea normalmente en relación con el ordenamiento jurídico propio del Estado constitucional moderno.

5. En los Estados totalitarios en los que se instrumentaliza ampliamente el Derecho fracasan estos mecanismos internos de compensación. Esto vale para la relación entre positividad y realidad: allí donde toda la actuación estatal sigue el principio del partidismo, no se corrige la inobservancia del Derecho escrito que favorece a quienes dominan; por otra parte, puede resultarles demasiado inconveniente dejar oficialmente en suspenso las correspondientes reglas del Derecho escrito. Como sucede con la aplicación o inaplicación de la Ley de Fronteras[2], la ley y la praxis jurídica se hallan

[2] Ley de Fronteras del Estado de la República Democrática Alemana (Grenz-GDDR) de 25 de marzo de 1982.

entonces en flagrante contradicción. En lo que concierne a la relación entre positividad y moralidad, tampoco cabe su compensación desde la perspectiva de las preferencias valorativas reconocidas en el moderno Estado constitucional: tampoco la Ley de Fronteras, «más humana» que la práctica de los Tribunales[3], resulta compatible, a nuestro modo de ver, con principios jurídicos reconocidos[4]. Todo ello impone la necesidad de establecer un orden jerárquico entre los criterios de validez de la moralidad, de la positividad y de la práctica fáctica.

6. Hay que empezar por constatar que la cuestión «¿qué era en su momento Derecho válido en la RDA?» no apunta al conocimiento de una realidad previamente dada. Se trata de una cuestión de interpretación, no del «ser ideal». Para la concurrencia entre los criterios de validez, de la positividad, de la práctica fáctica y de la moralidad del Derecho, ello significa que no se trata de encontrar el camino correcto para el conocimiento del Derecho válido, los distintos criterios de validez constituyen más bien distintos conceptos de la validez del Derecho y del Derecho mismo. Formulado gráficamente: cada una de las tres teorías de la validez alcanza su objetivo porque empiezan por fijar este objetivo. Esto no significa, naturalmente, que la realidad empírica carezca de importancia para la pregunta acerca de lo que es Derecho válido; más adelante se pondrá de manifiesto que en la discusión sobre lo que en su momento era Derecho válido en la RDA juegan un papel esencial apreciaciones contrapuestas acerca de la realidad social de entonces. Pero los hechos que se consideran relevantes para decidir el problema de la validez están determinados por el concepto de validez del que se parte.

7. En todo caso, para no caer en el peligro de la especulación metafísica, debe exigirse que este concepto de validez se vincule de algún modo a la realidad social. Por este motivo se descarta una posición iusnaturalista para la reconstrucción de sistemas jurídicos pasados. Para que se entienda con un ejemplo que pertenece a un pasado remoto y que por ello tiene menos carga emocional: la afir-

---

[3] Así, según el art. 27 párr. 1 inciso 1 GrenzG-DDR, el uso de armas de fuego era «la última medida de empleo de la fuerza»; el art. 27, párr. 1 inciso 1 establecía la necesidad de evitar al máximo la muerte de personas al hacer uso de armas de fuego.

[4] Sobre la cuestión de si el principio de libertad de salida al extranjero, en virtud del art. 12 párr. 2 del Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos de 19 de dic. de 1966 (IPbürgR) («Todos son libres de abandonar cualquier país, incluido el suyo») regía como norma de Derecho interno de la RDA, cfr. por una parte (a favor) H. L. Schreiber, en: *Grünwald, Die strafrechtliche Bewertung* in der DDR begangener Handlungen, en: *Strafverteidiger* (StrV) 1991, págs. 31 ss., 37.

mación de que en los ordenamientos jurídicos de las Ciudades-Estado de la Antigüedad las normas reguladoras de la esclavitud no eran Derecho válido por oponerse a una prohibición de la esclavitud de Derecho natural universal y atemporal no tiene sentido alguno como descripción de esos ordenamientos jurídicos. Con ello sólo hacemos aparentemente una afirmación sobre el contenido de esos sistemas jurídicos; en realidad lo que hacemos es una crítica motivada por criterios morales. Esto es, formulamos una valoración bajo la forma de una proposición descriptiva -el clásico supuesto de forma de hablar ideológica[5].

Lo que vale para el ejemplo de la esclavitud de la Antigüedad, vale en principio también para las reglas e instituciones del Derecho de la antigua RDA que resulten moralmente rechazables. Tampoco aquí tiene sentido pretender que la limitación de la libertad de salida al extranjero no era Derecho válido por oponerse a principios de Derecho natural. Debe rechazarse, por tanto, la argumentación iusnaturalista que halló eco en la sentencia del Tribunal Federal alemán para la punibilidad de los «guardias del muro»[6].

Como aclaración, hay que subrayar que naturalmente esta argumentación no excluye que en la reconstrucción de ordenamientos jurídicos pasados se tengan en cuenta elementos de Derecho natural inmanentes a estos ordenamientos jurídicos, y que ello no impide, tampoco, una posición iusnaturalista en relación a la interpretación de un ordenamiento jurídico válido aquí y ahora. Desearía explicar estos dos puntos a continuación. Las posiciones iusnaturalistas adoptadas dentro de un ordenamiento jurídico extranjero o pasado son hechos sociales que no pueden eludirse en la descripción de este orden jurídico. Así, la descripción del sistema jurídico alemán posterior a la Segunda Guerra Mundial ha de incluir el hecho de que el Tribunal Federal en numerosas sentencias se ha mostrado partidario de un Derecho natural de impregnación cristiana[7]. Cuestión distinta es si estamos autorizados a extraer de tales posiciones iusnaturalistas inmanentes conclusiones que el propio orden jurídico no extrae. Para ejemplificarlo con la esclavitud: en el supuesto de que algunas de las Ciudades-Estado de la antigüedad se hubieran declarado favorables en su praxis jurídica a un principio jurídico suprapositivo de dignidad humana, ¿podríamos deducir de ello la consecuencia de que según las

---

[5] T. Geiger, *Das Werturteil* -eine ideologische Aussage, en: Albert/Topitsch (ed.), *Werturteilsstreit,* 1971, págs. 33 ss.

[6] BGH JZ 1993, 199, con comentario de W. Fiedler.

[7] Paradigmática: BGHSt, 6, 147 (declaración de la inmoralidad del suicidio, porque nadie puede lícitamente disponer por sí mismo de su propia vida y matarse [pág. 153]).

reglas inmanentes de estos Estados la esclavitud era antijurídica? Seguramente no. El paralelismo con el enjuiciamiento de la situación jurídica en la antigua RDA es aquí evidente: De la proclamación jurídica por parte de la RDA de los derechos fundamentales y del hombre[8] tampoco cabría concluir que, por ser la libertad general de salida al extranjero uno de los derechos humanos, el ordenamiento jurídico de la RDA la garantizase y que su constante negación fuera sólo imputable a la praxis jurídica. Volveré de nuevo sobre esta cuestión al discutir el criterio de validez positivista y realista.

b) El rechazo de un esquema interpretativo iusnaturalista para la reconstrucción de un ordenamiento jurídico del pasado no significa tampoco que, a la hora de interpretar el ordenamiento jurídico vigente, haya que excluir un planteamiento iusnaturalista. Aquí se trata de otra cuestión. Respecto al Derecho vigente tanto las posiciones positivistas como iusnaturalistas tienen el carácter de propuestas normativas (norm-propositiv): se refieren al problema de si los operadores jurídicos están obligados por el Derecho a aplicar leyes extremadamente injustas. Se trata de una cuestión normativa llena de sentido y de importancia práctica que puede ser abordada desde distintas posiciones sin carga metafísica. Para órdenes jurídicos del pasado no parece adecuada una toma de posición de carácter normativo (norm-propositiv). Quien aplique el esquema interpretativo del Derecho natural a ordenamientos jurídicos del pasado está obligado a entender la controversia entre iusnaturalismo y positivismo no como una cuestión práctico-normativa, sino cognitiva. Esto es, ha de admitir una entidad ideal, la «validez jurídica», cuyo adecuado conocimiento se disputan iusnaturalistas y positivistas. Más allá de tal posición metafísica, la negación iusnaturalista de la validez de determinadas normas de ordenamientos jurídicos anteriores no significa más que la exigencia de que las decisiones actuales de nuestro Derecho no tomen en cuenta para nada dichas normas.

Se hace patente aquí el carácter contrafáctico de la argumentación iusnaturalista: se exige actuar como si las normas objetadas no hubiesen existido en el sistema jurídico de la RDA. En el fondo viene a negar aplicación a las normas jurídicas en su momento vigentes en la RDA[9] apelando al «ordre public» de la RFA. Respecto a la

---

[8] Cfr. por ejemplo art. 95 Código Penal de la RDA: «Quien vulnere derechos fundamentales y del hombre no podrá ampararse en una ley, orden o indicación; será jurídico-penalmente responsable».

[9] Expresamente en favor de recurrir al «ordre public» de la RFA para comprobar la justificación de homicidios en el muro, Küpper/Wilms, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1992, págs. 91, 93; en contra BGH JZ 1993, 199, 201.

prohibición de retroactividad del Derecho penal prevista en el art. 103 de la Ley Fundamental, ello significa lo siguiente: Quien niega la validez de ciertas causas de justificación del Derecho de la RDA con argumentos iusnaturalistas, está exigiendo que no se aplique la prohibición de retroactividad propia del Estado de Derecho a causa de la especial reprochabilidad de las acciones cuestionadas.

En resumen: el esquema interpretativo iusnaturalista no posibilita ninguna afirmación acerca de la situación jurídica en la antigua RDA. Más bien supone la exigencia de no tomar en cuenta hoy la situación jurídica de entonces ni, por tanto, la prohibición de retroactividad característica de un Estado de Derecho. Pero esto precisamente es lo que debería evitarse según las reglas del Tratado de unificación.

8. Por ello sólo queda la posibilidad de un castigo en todos aquellos supuestos en los que las acciones cuestionadas ya eran punibles según el Derecho, no corregido iusnaturalísticamente, de la antigua RDA. Ejemplo: el sujeto dispara al fugitivo un tiro dirigido a matar cuando podría haberle detenido sin emplear un arma de fuego (infracción del art. 27, 1 de la Ley de Fronteras)[10]. Desde una concepción positivista-legalista no cabe dudar de la punibilidad del que dispara según el Derecho de la antigua RDA: el tipo penal de homicidio se realiza y no concurre ninguna causa de justificación prevista en la ley de fronteras ni en ninguna otra norma legal.

9. Pero uno no puede quedarse satisfecho, sin más, con esa conclusión. Pues, naturalmente, el autor no hubiera sido acusado de homicidio en la RDA. La persecución penal de los que disparaban en el «muro» no se adecuaba a la práctica de los órganos de la Administración de Justicia. A la argumentación positivista-legalista cabría, por lo tanto, contraponer una argumentación realista: puesto que estas acciones no se perseguían ni de hecho ni según las reglas implícitamente vigentes del sistema de Justicia de la RDA, las mismas no eran punibles dentro de este sistema. Según una formulación de Jakobs sólo podría hablarse aquí de punibilidad «desde un planteamiento normativo en cierto modo exangüe»[11]. La pregunta es: ¿se debe perseverar en un tal normativismo a la vista de la situación jurídica que existía en la antigua RDA, según la máxima «tanto peor para la realidad si no se adecúa a la normatividad? o ¿debe capitular

---

[10] Cfr. nota 3.

[11] Jakobs, *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?* Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch, en: J. Isensee (ed.), *Wergangenheitsbewältigung durch Recht,* 1992, págs. 37 ss., 53.

la normatividad ante la realidad perversa? Según lo que se dijo antes acerca de los aspectos epistemológicos del problema de la validez está claro que aquí no se trata de identificar una realidad denominada «validez jurídica». Se trata más bien de si puede contar con mejores argumentos una definición positivista-legalista del concepto de Derecho o una realista. Para dilucidarlo situaré en primer plano la posición realista y trataré implícitamente al hacerlo la correspondiente posición contraria positivista.

Hay que decir cosas distintas sobre la plausibilidad del realismo según los distintos niveles de concretización del Derecho. No es apenas sostenible una posición que pretenda reducir el Derecho válido a una suma de decisiones de casos particulares. Las consecuencias de la definición que en este sentido propuso Holmes y según la cual habría que entender por Derecho las profecías acerca de lo que los Tribunales harán realmente[12], no son aceptables. Pues esta definición no sólo desconoce la perspectiva interna del Juez, incapaz de predecir sociológico-empíricamente su propia decisión[13]; tiene, además, la importante consecuencia de que el Juez nunca podría cometer ningún error jurídico al decidir, aunque lo hiciera con la peor intención. En este nivel de la concretización del Derecho, el de la decisión de los casos particulares, la posición realista resulta, pues, poco convincente.

Por el contrario la misma es muy atractiva en el plano más fundamental, cuando se trata de las condiciones de validez de las Constituciones. Jakobs[14] apela aquí con razón a la coloración sociológica de la norma fundamental en el «normativista» Kelsen. En el ámbito intermedio, el de la legislación ordinaria, que es el que importa al tratar de la problemática de la delincuencia de la RDA, es más difícil el enjuiciamiento del realismo jurídico. La cuestión aquí es: ¿cómo se diferencia una infracción colectiva y permanente de una regla por parte de los operadores jurídicos de una regla? La respuesta de los positivistas es: consultando a la ley. Los realistas contestan: no hay posibilidad de diferenciación. Pues la praxis colectiva de los operadores jurídicos es la que determina lo que son las reglas. Según este planteamiento, por tanto, la praxis unitaria de los operadores jurídicos no puede violar el Derecho. Si trasladamos esto a la problemática de la punibilidad de los tiradores del muro, resulta lo siguiente: los excesos cometidos por los soldados de la frontera no eran punibles según el Derecho de la RDA porque la praxis jurídica unánime no los persiguió.

---

[12] Holmes, *The Path of the Law, Harvard Law Review* 10 (1897), págs. 457 ss.

[13] Ellscheid, *Zur Forschungsidee der Rechtstheorie,* en: Arthur Kaufmann (ed.), *Rechtstheorie,* 197 1, pág. 13.

[14] Jakobs (nota 11) pág. 44.

A mi juicio, en este nivel intermedio de concretización del Derecho, los mejores argumentos están de lado de los positivistas-legalistas en contra del concepto realista de Derecho. En un ordenamiento jurídico completamente reglado por leyes el concepto realista de Derecho daría lugar a una amenaza permanente de la obligatoriedad del Derecho legal. No puede, pues, renunciarse a la separación categorial entre validez normativo-jurídica y validez fáctica. A ello se corresponde el hecho de que Kelsen y Hart sólo recurren a la facticidad social en relación a la norma fundamental del ordenamiento jurídico y no respecto a las normas derivadas.

Antes de poder extraer consecuencias de ello en orden al tratamiento jurídico penal de la delincuencia estatal de la RDA, habrá que considerar todavía dos objeciones. Habría que examinar, en primer lugar, si no sería posible una corrección de la ley desde la perspectiva del Derecho judicial. Debe negarse esta posibilidad para el grupo de casos de los hasta ahora tratados. Sólo puede aceptarse una integración judicial del Derecho en los supuestos en los que las reglas correspondientes han sido formuladas de forma explícita por los Tribunales y desarrolladas a partir de una confrontación argumentativa con el texto legal. Ninguna de estas dos cosas se dio, por lo que se ve, en este caso.

La segunda objeción es más grave y, en mi opinión, no puede ser en este momento ni definitivamente rebatida ni definitivamente aceptada. Ésta sería: En la RDA no hubo un sistema jurídico que debiera tomarse en serio y que fuera tomado en serio. Si esta objeción, expuesta sobre todo por Jakobs[15], fuese correcta, desaparecería la base de la argumentación positivista-legalista. Si todo el Derecho de la RDA no fuese más que teatro puesto en escena por razones de propaganda, carecería de sentido apelar hoy a sus textos legales. Aún no estamos en condiciones de juzgar de forma concluyente si, o en qué medida ello fue así. Sería necesario para ello no sólo un análisis preciso de los principios de la «legalidad socialista» y del partidismo del Derecho, sino también un detallado inventario de la praxis judicial que incluyera la autocomprensión de los implicados[16]. No obstante, las pruebas prima-facie parecen contradecir la tesis del puro teatro. Resulta poco plausible que todos los actos de legislación y de aplicación del Derecho por parte de la Administración y de los Tribunales, más allá de su significado pragmático-político, se entendieran sólo como actos de arte dramático.

---

[15] Jakobs (nota 11) págs. 51 ss.; cfr. también Pawlik, *Das Recht in Umrechtstaat,* 1993.

[16] Sobre esto ver, I. Markovits, *Die Abwicklung.* Ein Tagebuch zum Ende der DDR-Justiz, 1993.

Pero si la concepción del Derecho de la RDA se caracterizó por una ambivalencia entre legalismo y cinismo jurídico deberíamos tomarle la palabra de manera legalista y no dar a los responsables la posibilidad de que, con efectos exculpatorios, alegasen que todo aquello no iba tan en serio[17].

(Traducción de Francesca Puigpelat Martí)

[17] En este sentido, K. Uderssen, *Der Staat geht unter das Unrecht bleibt?* - Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR, 1992.

CRÍMENES DEL ESTADO-
ILEGALIDAD EN EL ESTADO*
¿Penas para los homicidios en la frontera de la ex República Democrática Alemana?

La *ilegalidad en el estado* es el desprecio de la relación jurídica que es constitutiva del estado, como por ejemplo el homicidio culpable de un ciudadano por otro. Como *crímenes* de estado se caracterizan aquí los actos de soberanía que dañan a una persona y que no pueden derivarse de la tarea de un estado moderno. El ejemplo principal son los disparos a aquellos ciudadanos que huían de la RDA y que sólo buscaban su libertad.

Si se admite una «lex aeterna», la diferencia entre ilegalidad en el estado y crímenes de estado no tiene sentido alguno. Todo se juzga según un orden preestablecido, preestablecido especialmente también al estado para el que la vinculación a esa «lex» se convierte incluso en un elemento definitorio: los estados sin justicia no son, como dice San Agustín[1], sino grandes bandas de ladrones. La distinción estoica entre «lex aeterna» y «lex naturalis» y de éstas con la «lex temporalis» es adoptada por San Agustín de forma que la concordancia entre la «lex temporalis» y la «lex aeterna» se considera condición de validez, o más aún, elemento definitorio de la «lex». ¡Sin justicia, derecho alguno es válido! La «lex aeterna» es (a diferencia de la Stoa) el orden de la creación divina, nacido bien de la «ratio divina» o de la «voluntas dei», pero en cualquier caso «ex deo» y, en tanto que «lex naturalis», sembrada en la conciencia de los hombres. En esta situación es tarea de los hombres ejecutar el ordenamiento bien estructurado, pero no desarrollarlo, pues está desarrollado para toda la eternidad y sólo ha de ser aplicado[2]. Según

---

* Artículo publicado en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht,* enero 1994, págs. 1-19. Traducción de Pilar Giménez Alcover.

[1] *La ciudad de Dios,* traducción al alemán de C. J. Perl, Tomo 1, reedición de 1951, IV4.

[2] Vid. Hans Welzel: *Naturrecht und materiale Gerechtichkeit,* cuarta edición 1962, pág. 52 y ss.

esta concepción, un estado puede llamar «derecho» a sus crímenes, pero según el concepto son «fechorías». Así responde San Agustín[3], en la exposición del estado injusto como banda de ladrones, a la pregunta de un pirata a Alejandro Magno acerca de la legitimación de la piratería: «¿acaso actúas tú de otra forma con el mundo?, a mí, claro está, con mi ridículo barco me llaman ladrón, pero a ti con la gran flota te llaman el victorioso general».

Algunos elementos de este modelo se hallan aún en la filosofía política cristiana actual. Pero desde hace tiempo se han desarrollado esquemas interpretativos opuestos y no menos efectivos. En las antípodas del pensamiento político cristiano, en Hobbes[4], no son imaginables los estados sin justicia: la justicia e injusticia sólo se conocen en el estado. Por lo que se refiere a la piratería, enjuiciada desde la teoría política de Hobbes, vive en la libertad del estado de naturaleza en la que no impera más ley que la de la supervivencia. Un orden bien estructurado, si se llega a tal, es obra humana, consecuencia de buenas leyes y del arte contractual[5]. Los hombres son a su vez producto de la naturaleza y ya no se definen como criaturas *«de un»* creador. Sin leyes positivas y sin contratos no están vinculados entre sí a nada[6] y Alejandro Magno es un señor legítimo, sin tener en cuenta el origen delictivo de su herencia, si consigue proteger la vida de sus robados. Incluso entonces, *«él»* permanece en el estado de naturaleza, no está vinculado a palabra alguna, sino que es «legibus solutus»[7]. Pero, y ésta es la diferencia, sobre su cabeza pende un peso colgado de unos hilos tejidos no por normas sino por la fuerza de los hechos, por reglas de sabiduría. Si el señor dicta normas malas, no adecuadas a las cosas, se rompen los hilos, lo que significa que fracasa. Por ello a él le amenaza una «poena naturalis»[8] por la traslación del derecho natural a lo cognitivo como amenaza a cualquiera que no tiene en cuenta[9] la interrelación de las condiciones cognitivas de la traslación.

La oposición de dos teorías, por otro lado tan claras, proporciona contemporáneamente una clara alternativa para enjuiciar las ilegalidades del estado, que ya nunca volverá a darse: sometimiento a la «lex aeterna» versus Absolutismo, es decir, versus la permanencia

---

[3] Vid. *supra* nota 1.

[4] *Leviathan* etc., en W. Molesworth (ed.): *The English Works of Thomas Hobbes,* vol. 3, 1839, capítulo 18 («Fourthly»)

[5] Cit. *supra* capítulos 17 y passim.

[6] Cit. *supra,* capítulo 14; *De Cive,* en G. Molesworth (ed.): *Thomas Hobbes Opera Philosophica, quae Latine scripsit,* vol. 2, capítulo 1 (10).

[7] *Leviathan,* cit. en nota 4, capítulos 17, 26 y passim.

[8] Cit. supra, capítulos 21, 30 y passim; *De Cive* (nota 6) capítulo 13.

[9] *Leviathan* (nota 4), capítulo 15; *De Cive* (nota 6), capítulo 3.

del titular del estado en un libre, pero peligroso estado de naturaleza. Formulado con otras palabras, una solución normativa con responsabilidad por los crímenes, que en tanto que violaciones a la «lex aeterna» son «no-derecho», versus una solución cognitiva con la «poena naturalis» del fracaso. El cristiano sabe por cual ha de optar, y el agnóstico también. La solución, si la problemática se traslada a la actualidad, ya no es tan clara. Que pudiera encontrase un orden preestablecido que sólo tuviera que ser ejecutado sin tener que desarrollarse ni reconocerse previamente; que ya sólo vinculara a los hombres el cordón de la igual creación. Estas ideas de un orden normativo absolutamente válido han quebrado, pero la idea hobbesiana de la inviolabilidad del señor máximo también ha quebrado. Si bien el fundamento del ordenamiento se ha convertido en relativo, sigue rigiendo para las personas de forma absoluta.

2. Nulla poena sine lege praevia

a) El problema: punibilidad en el lugar de los hechos

Para poder tratar como antijurídica una fechoría estatal, como ocurre con la conducta de cualquier otro, es necesaria una ley positiva o cualquier otra regla establecida. El que tal regla sea suficiente es una cuestión distinta: la posibilidad de que el estado pueda sin más transformar cualquier arbitrariedad en derecho positivo en modo alguno constituye «communis opinio». Pero el derecho natural moderno vincula el derecho a los estados reales: si éstos niegan las exigencias iusnaturalistas, no rige «en» el estado otro ordenamiento mejor, sino un derecho a la revolución. Volveremos sobre ello más adelante. Junto al derecho a la revolución podrían considerarse las normas penales internacionales, pero éstas no abarcan los crímenes de la República Democrática Alemana[10], aun cuando sólo fuera porque no podrían administrarse solamente por la República Federal Alemana[11], y por ello no lo trataremos aquí con mayor detenimiento.

¿Cuál podría ser la norma positiva que permitiera presentar como antijurídicos los crímenes estatales, especialmente los disparos a los ciudadanos de la RDA que huían?

---

[10] H. H. Jescheck: GA 1981, págs. 49 y ss. y pág. 59; G. Gornig: NJ 1992, pág. 9; K. Lüdersen: *Der Staat geht unter-das Unrecht bleibt?,* 1992, págs. 115 y ss.; O. Trimerer, en E. J. Lampe (Ed.): *Deutsche Wiedervereinigung,* Arbeitskreis Strafrecht, vol 2: *Die Verfolgung von Regierungskriminalität der DDR nach der Wiedervereinigung,* 1993, págs. 131 y ss.

[11] Vid. H. H. Jescheck (cit. en nota 10), págs. 58 y ss.

En primer lugar podría tratarse de un tipo penal del derecho de la ex RDA: los crímenes estatales de la ex RDA, como antijurídicos en la RDA. Una idea de este tipo no debería plantear dificultades, tras la desaparición del absolutismo. La legitimación de la República Federal de Alemania para imponer una pena, si la ilegalidad estatal se trata como ilegalidad en el estado de la RDA, se obtendría de las normas penales surgidas en la RDA antes de su desaparición, introducidas con la unificación y que han de administrarse ahora por la República Federal Alemana[12]. En la República Federal Alemana, según el art. 103, párrafo 2.º, de la Ley Fundamental (y art. 1 del Código Penal)[13], es condición necesaria para toda punibilidad, sea ésta en base a una norma genuinamente propia o en base a una norma penal heredada, que el hecho fuera punible en el momento en que fue realizado. Hay que aclarar por tanto si, y en que medida, los crímenes de la RDA ya eran allí punibles. Incluso si la autoridad estatal no actúa per se legibus Solutus[14], su conducta pudo sin embargo haber sido, con arreglo al derecho positivo, exceptuada de las leyes (a su vez jurídico positivas). Éste es el problema principal.

En segundo lugar podría tratarse de una punibilidad fundamentada ya en el derecho de la vieja República Federal Alemana[15] (que en cualquier caso estaría sujeta a la prohibición de retroactividad). Cuando, a consecuencia del Tratado de Varsovia de 1970 y del Tratado fundamental de 1972, se abandonó la pretensión de considerar el territorio de la RDA como territorio interior[16], la única posibilidad que quedaba fue la de tratar los hechos acaecidos en la RDA

---

[12] Artículo 315, párrafo 1, apartado 1 del EGStGB. Este es el camino escogido en: KG NJW 1991, págs. 2653 y ss y BGH 39, págs. 1 y ss. Vid también, Arnold M. Kühl: JuS 1992, págs. 991 y ss.; K. Lüderssen: ZStW 104, págs. 735 y 758; K. Amelung: JuS 1993, pág. 637.

[13] La prohibición de retroactividad es a menudo parcialmente anulada para los casos aquí tratados: W. Naucke: KritV 1990, págs. 244 y ss. (pág. 257),en inversión de la «pérdida de poder» del derecho penal por causa de los «poderosos»; E. J. Lampe, en mismo autor (ed.) (cit. en nota 10), págs. 15 y ss. (sobre la violación de normas transculturales); J. Herrmann: NStZ 1993, págs. 118 y ss. (pág. 120).Pero el estado de derecho material sin el formal sólo puede establecerse durante un breve lapso de tiempo. Es por ello inexacto el valorar la difícilmente precisa observancia de las reglas del estado de derecho formal como el «triunfo del formalismo sobre una oposición interna con los hechos». En este sentido, sin embargo, vid. F. Herzog: NJ 1993, págs. 1 y ss. (pág. 2)para quien la prohibición de retroactividad tiene un sentido correcto también en contextos amplios. Vid al respecto infra: apartado 3.

[14] Nada aporta al respecto la doctrina iusinternacionalista de los «acts of state». No introduce en el estado el absolutismo. Las conclusiones difieren en R. Merkel, en S. Unseld (ed.): *Politik ohne Projekt,* 1993, págs. 298 y ss. (págs. 302 y ss. y 320). Sobre la inmunidad vid K. Lüderssen (cit. nota 10), págs. 107 y ss.

[15] Artículo 315, párrafo 4.º del EGStGB.

[16] BGH 30, págs. 1 y ss. Con anterioridad, BGH 27, págs. 5 y ss.

«como» (o cuando menos, *«igual a»*) acontecimientos extranjeros. Pero, para hechos acaecidos en el extranjero, y simplemente a causa de la prohibición de injerencia contenida en el derecho internacional, todo estado que quiera castigarlos necesita un elemento legítimo. Desde un punto de vista amplio, existen dos fundamentos: las víctimas eran alemanas y los autores eran alemanes; o éstos lo son, por lo menos, en la actualidad (art. 7 del Código Penal)[17]. Bajo un punto de vista más restrictivo sólo es admisible el primer fundamento mencionado. En cualquier caso el derecho de la República Federal Alemana establece como condición de punibilidad de una acción que ésta fuera punible en el lugar de los hechos (art. 7, párr. 1 y 2 del Código Penal). Esta disposición legal no es fruto de un error, sino una medida muy ponderada: si un estado pierde la territorialidad, también pierde la posibilidad de establecer un ordenamiento. Por ello se comporta inteligentemente no rebasando el ordenamiento allí existente. Penaliza, por tanto, interinamente, lo que significa que también allí los autores podrían haber comparecido ante el tribunal.

Cualquiera de las dos vías que se utilice, el castigo de los crímenes -los asesinatos en la frontera, los espionajes y las demás cosas que sucedieron- depende de que fueran ya punibles en el momento de los hechos en la RDA. Por ello no es necesario diferenciar aquí ambas vías[18]. Como ejemplo de todos los hechos trataremos los asesinatos en la frontera y el texto normativo de la RDA (aun hay que probar que se trataba también de derecho) contiene al respecto las siguientes disposiciones:

Hasta la elaboración de la Ley de Fronteras de 25-3-1982[19] no existía regulación legal. El Reglamento de Fronteras de 15-6-1972[20] sólo contiene la indicación de que el ministro de Defensa elaborará una reglamentación. Esta reglamentación, una instrucción interna de servicio, es, como suele decirse, una «orden de disparar». Según ella tenían que evitarse los intentos de huida; si el fugado alcanzaba los muros fronterizos, tenía que disparase sin previo aviso. Dicho sea de paso que en un contexto de un estado de derecho no es posible comprender como se pudo compatibilizar esta regulación con el art. 30, párrafo 2.º de la Constitución escrita de la RDA, según el cual sólo pueden limitarse los derechos de la personalidad mediante Ley. Pero no se trata tampoco de un contexto de un estado de derecho. La ya

---

[17] Discutible. Vid, G. Jakobs: Strafrecht AT, 2.ª edición, 1991, págs. 5 a 18 y nota 51.

[18] No se excluye que ambas vías deban conducir a diversos resultados: la vía del cumplimiento de la aplicación obvia de las prescripciones ya dictadas en la RDA del artículo 2 del código penal puede coincidir con la vía del artículo 7 del mismo código.

[19] GB 1, DDR I, 197.

[20] GB 1, DDR II, 483.

mencionada Ley de Fronteras permitía, con ciertas cautelas, disparar a personas que querían evitar la detención durante la comisión de un delito. Este delito era en general el propio paso ilegal de la frontera, siempre que no se tratara de un caso aún más sencillo (art. 213, párr. 2.º i.V.m. y art. 1, párr. 3.º del Código penal de la RDA)[21].

b) Ordenamiento real

Según el tenor literal de la Ley de Fronteras, también estaba permitido evitar, incluso causando la muerte, ciertos intentos de cruzar la frontera, cualificados de forma específica. Pero no estaba permitido, disparar una ráfaga de ametralladora contra un prófugo sólo y desarmado. Sin embargo, no se actuaba según este tenor literal, más bien se adoptó la medida de evitar todo intento de pasar la frontera sin tener en cuenta la proporcionalidad o, en cualquier caso, sin tener en cuenta las exigencias del estado de derecho[22]. Esto sucedió, como puede suponerse, no por propia iniciativa de algún que otro soldado de fronteras o de sus oficiales, sino de acuerdo a la voluntad de la cúpula estatal. Las recompensas a los tiradores son elocuentes y ello por no mencionar que en *«este»* estado las insubordinaciones de las bases ciertamente no se toleraban por la cúpula estatal.

La norma que se siguió y que, en este sentido empírico, era real, no era el tenor literal de una ley escrita, sino una reglamentación que, sin demasiada consideración a la ley escrita, se fundamentaba en la construcción jerárquica del estado absolutista. Lo mismo puede decirse para la época «previa» a la estatuición de la Ley de Fronteras. Si bien en la discusión de los teóricos del derecho de la RDA hubo algunos esfuerzos por presentar el derecho escrito como límite de la política[23], esta concepción no se realizó, en el campo que aquí nos interesa, ni una sola vez.

Pese a ello, estas consideraciones no son suficientes para explicar la impunibilidad de los hechos. Tal vez lo que sucedió fue que junto al ordenamiento jurídico de la RDA se estableció una práctica generalizada al margen del derecho: se cometió por tanto una ilegalidad

---

[21] Vid. G. Brunner: NJW 1982, págs. 2479 y ss.; J. Renzikowski: NJ 1992, págs. 152 y ss. (págs. 154 y s.); J. Polakiewicz: EuGRZ 1992, págs. 177 y ss.; BGH 39, págs. 1 y ss. (págs. 9 y ss.).

[22] Vid la descripción de BGH 39, págs. 1 y ss. (págs. 3, 11 y ss.).

[23] Institut für Theorie des Staates unde des Rechts der Akademie der Wissenschaften der DDR (ed.): *Marxistischeleninistische Staats- und Rechstheorie* 1975, págs. 351 y ss. Vid. de forma más concreta mismo editor: *Marxistischeleninistische allgemeine Theorie des Staates und des Rechts,* vol. 4, *Das sozialistische Recht,* 1976, págs. 79 y ss. (traducción de una obra de la Unión Soviética).

en el estado que, aunque no fue perseguida, seguía siendo ilegalidad. Pero también una práctica generalizada es una cuestión normativa, si la práctica no se basa en un puro hábito sino también, como aquí sucede, en una pretensión de corrección[24]. Siempre que la conducta de varias personas es determinada por normas se construye sociedad, en este caso sociedad de la RDA. Es decir, sólo se puede tratar de si la práctica social puede separarse de la conducta del estado o de si es atribuible al estado como su conducta en el sentido de que esta conducta codetermina su comportamiento.

Sin duda, se establecen con frecuencia en ámbitos del estado, del orden estatal, prácticas contradictorias, es decir subculturas. Un ministro de economía puede con la tolerancia del gabinete autorizar la exportación de armas no permitida; funcionarios de un departamento de suministros pueden haberse dejado sobornar durante años; una garantía constitucional puede haber superado sus competencias etc. Tales prácticas no son desviaciones -masivas- de la regla si el estado dispone de un instrumental que funciona globalmente y con cuya ayuda puede presentar estas subculturas como no generalizadas. La identidad del ordenamiento se determina, visto en conjunto, mediante normas que, aunque infringidas de vez en cuando, tras ello son de nuevo reconfirmadas.

Cuando falta este instrumental no sucede lo mismo. El estado no abarca (o ya no lo hace) los ámbitos de la subcultura o bien la subcultura forma (o se convierte en) parte de su comportamiento. En tales casos se puede tratar o de una mera delimitación de ámbitos de un estado que permanece idéntico o de otra determinación de su identidad.

El primer caso, el de una mera delimitación de ámbitos, se encuentra en un estadio mafioso de la sociedad o en una guerra civil y sólo en tanto en cuanto la desviación y la dirección del estado no se funden en uno. En este caso el estado no consigue imponerse contra las fuerzas que no son las suyas propias. Durante cuanto tiempo puede hablarse aún de desviación de la normatividad dada es una cuestión que puede dejarse de lado aquí pues no es este el caso que nos afecta. La identidad de la RDA como estado de derecho es algo que no se dio nunca más que sobre el papel. Cuan irreal pueda ser cualquier otra representación se comprende fácilmente si uno se imagina a un ciudadano de la RDA que hubiera denunciado ante las autoridades de *«su»* estado los hechos de los que aquí se habla -de ellos sólo se conocía algo por la televisión occidental. ¿Acaso le

[24] H. L. A. Hart: *The Concept of Law,* 1961, págs. 54 y ss. Sobre esta cuestión, M. Pawlik: *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H. L. A.* Harts, 1993, págs. 36 y ss., 39 y ss. y 85 y ss.

habrían dicho que por desgracia los órganos de ejecución eran demasiado débiles para hacer algo contra las personas criminales de la cúpula del estado y del partido? Nuestro Kohlhaas se habría podido sentir contento si le hubieran dejado volver a casa en libertad. Su denuncia penal era una invitación a la revolución por la justicia y una conducta concordante por parte de los órganos de ejecución penales hubiera sido definida, dentro y fuera de la RDA, como una acción revolucionaria, no como un acto de auto-búsqueda de este estado. Consecuentemente nadie (¿hasta ahora?) ha pensado -con razón- en abrir un procedimiento contra aquellas personas que desempeñaban tareas de ejecución penal por deslealtad, porque ya en la RDA habrían debido conducir ante los tribunales a la cúpula del estado y del partido.

Este estado de la RDA estaba constituido de forma tal que, junto, y sobre, el sistema de normas generales escritas y publicadas, poseía realidad un sistema de medidas y reglas especiales, no escritas y no publicadas. Esta realidad se minimiza si este sistema de medidas y reglas no constitucionales se considera una excepción de la que no dependió la identidad del estado, como si todo -prescindiendo de los actos que ejecutaron un puñado de altos funcionarios y sus peones hubiera estado en orden. Estos actos no fueron indiferentes para la identidad del Estado. Las normas publicadas (que no son más que enunciados normativos sobre papel) que pueden ser dejadas de lado por el sistema durante largo tiempo no son lo que se conoce como «derecho» en un estado de derecho, sino que son proyectos cuya realidad o no realidad sólo se muestra con el tiempo. En un estado de derecho las normas jurídicas que pertenecen a la identidad de la sociedad se crean «per definitionem» según las reglas del estado de derecho y fuera de estas normas no hay en un estado de derecho otro derecho. De ello no puede deducirse, sin embargo, que en la búsqueda de las estructuras el camino adecuado sea siempre la mera recolección de las normas que son aceptables según las reglas del estado de derecho, pues así se encontraría uno en algunos casos estados no empíricamente reales, sino ficticias quimeras[25]. Algunos estados tienen una estructura jurídico normativa simplemente inaceptable según

[25] Claramente, BGH 39, págs. 1 y ss. (pág. 23),la llamada primera sentencia de disparos del muro. Para la determinación de la punibilidad en el lugar de los hechos ha de recurrirse a los «métodos interpretativos» (se refiere más bien a principios fundamentales materiales: interpretaciones constitucionales de un estado de derecho teniendo en cuenta los convenios de derecho internacional, pág. 24) «usuales en el derecho de la RDA» y en consecuencia el «principio de proporcionalidad tal como estaba vigente en la RDA» fue violado cuando se disparó a un simple ciudadano que huía (pág. 25 y repetido en BGH NJW 1993, págs. 1932 y ss.,en la llamada segunda sentencia de disparos del muro). Por ello «según la correcta (!) interpretación de la

las reglas del estado de derecho, pero sin carecer por ello de estructura[26]. Ciertamente, también en ellos el derecho se debe a una constitución, pero ésta no tiene porque ser la que así se proclama. La constitución real se obtiene inductivamente a partir de la realidad jurídica.

---

ley» no es válida la causa de justificación formulada en la Ley de Fronteras de la RDA (pág. 29) ¿Por qué se escapaban las personas de un estado en el que eran «corrientes» interpretaciones legales tan acordes con los derechos humanos? La RDA como estado de derecho (quimera de un estado de derecho) es un vehículo: el BGH transporta así la penalización del derecho natural a la formulación n normativa existente. Certera la crítica de K. Günther: StV 1993, págs. 18 y ss., según la cual el BGH reconstruyó «mediante una interpretación añadida, un ordenamiento jurídico tal vez posible según su tenor literal, pero con cuya vigencia la RDA no habría sido el estado que fue». También críticos con el carácter «usual» en la RDA de la interpretación de la Ley de Fronteras acogida por el BGH K. Amelung: JuS 1993, págs. 637 y ss.; W. Fiedler: JZ 1993, págs. 206 y ss. (el BGH declara una «norma» antes de la «concreción normativa».

Los argumentos esgrimidos contra el BGH son válidos también contra el resultado de las insistentes reflexiones metodológicas de K. Uderssen (cit. en nota 10 y ZStW 104, págs. 735 y ss.). La RDA «mantuvo una comprensión del derecho de corte socialista, es decir, sus leyes han de tomarse simplemente al pie de la letra» (ZstW 104, pág. 748). Lo mismo en StV 1991, págs. 482 y ss. (págs. 486 y ss.) (es decisiva «la situación legal legible»). Tal comprensión hade ser admisible a pesar de la prohibición de retroactividad dado que «el "mundo de vida normativo" de la ex RDA... no es en modo alguno unívocamente determinable» ZStW 104, pág. 742). Se refiere con ello a la comprensión de la «oposición inoficial» (pág. 742) de diversos juristas antes y después del cambio (págs. 743 y 748), además de a la propia constitución de la RDA (págs. 757 y ss.), a la autorepresentación internacional y a las obligaciones de la RDA (pág. 783), etc. Este descubrimiento del sentido particular o subjetivo que -en palabras del BGH- pudo ser «usual» en la RDA no puede ayudar pues se trata del sentido objetivo del sistema y no pertenece «a éste» la prioridad del derecho frente a la oportunidad política: «La lógica del Leviathan no puede descifrarse a partir de opiniones y papeles escritos». En concordancia con K. Lüderssen, vid H-L. Schreiber en E. J. Lampe (ed.): *Deutsche Wiedervereinigung.* Arbeitskreis Strafrecht, vol. 2 *Die Verfolgung von Regierungskriminalität nach der Wiedervereinigung,* 1993 págs. 53 y ss.: «en la cuestión acerca de la penalización y las causas de justificación del derecho, habría que tomar el derecho (!) de la RDA al pie de la letra (pág. 63) -¿las formulaciones escritas como el «derecho»?-; W. Bottke, en E. J. Lampe (ed.) (cit), págs. 203 y ss. Es crítico con esta posición especialmente M. Pawlik: «Das positive Recht und seine Grenzen», en Rechtsphilosophische Hefte II, 1993, págs. 95 y ss.; mismo autor: «Das Recht im Unrechtsstaat», de próxima publicación en *Rechtstheorie,* con la certera advertencia sobre la necesidad de diferenciar la constitución del texto constitucional-, Günther, cit.

[26]Vid al respecto R. Dreier en F. Haft y otros (eds.): *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann,* 1993, págs. 57 y ss. (pág. 66). La praxis de la aplicación de la Ley de Fronteras «constituía una norma socialmente vigente», a continuación, sin embargo, se argumenta no a partir de la situación real, sino de la normativa de estado de derecho. La praxis «se habría alejado tanto de la norma jurídicamente vigente... que, en mi opinión, ya no puede ser jurídicamente (!) compatible con ella». «Jurídicamente» significa «jurídicamente en un estado de derecho» y la RDA no estaba estructurada de esta forma.

Incluso el normativista más decidido entre los teóricos del derecho, Kelsen, no consideraba suficiente para un ordenamiento jurídico el ser un sistema de proposiciones normativas con una constitución en su cúspide, sino que sólo hablaba de ordenamiento jurídico (en oposición a un mero proyecto de ordenamiento jurídico) cuando a esta constitución se le puede postular una norma fundamental y ello sucede según Kelsen -en la medida en que se trata de ordenamientos jurídicos de estados reales- sólo si es «una constitución globalmente eficaz». El texto constitucional de la RDA no era eficaz, interpretado según las máximas del estado de derecho. Eran eficaces una mezcla de disposiciones jerárquicas formales e informales. Esta mezcla era la constitución verdadera. Hablando con la terminología kelseniana ello significa que la norma fundamental no decía que uno debía obedecer la constitución formal, escrita y lo conforme con ella, sino que uno debía obedecer las reglas emanadas del conglomerado de poder, constitucionalmente formal o informal. De forma más breve y, a la vez, más general: hay que observar *«el»* poder empíricamente real y duradero[28]. Nadie ha dudado de que en el caso, por ejemplo, de la compra de prisioneros, *«así»* estuviera formulada la constitución.

Uno puede negarse a llamar derecho a cualquier estructura normativa de estados constituidos de hecho; uno puede, adoptando un concepto material de derecho, caracterizar como estados de «no derecho» a los constituidos en violación a los derechos humanos. Por más extendida que esté esta forma de hablar, no aporta nada. Si la RDA, por lo menos en el ámbito que aquí nos interesa, no muestra una estructura jurídica, sino antijurídica, entonces, y por ello, resulta palmariamente clara la impunibilidad de sus crímenes, pero de este hallazgo no se deriva una punibilidad según el derecho de la RDA, precisamente porque en un estado de no derecho falta el derecho. «Per definitionem», en un estado de este tipo el derecho justo no está protegido.

Más aún, los estados de no derecho se convertirían en inofensivos si se les tratara como si fueran sólo estados mal administrados, como si en ellos hubiera derechos cuya realización sólo fracasa por dificultades fácticas. La situación era mucho peor. Al ciudadano que huía, la vida no le era arrebatada sólo fácticamente, sino también «conforme a derecho». No fue asesinado contra el derecho del estado, sino fusilado sin derecho por el estado. No es sólo que el estado aplicara el derecho, correcto en sí, con su peor espíritu, sino que ya establecía así el derecho. La RDA, no era una sociedad de la libertad en la

Reine Rechtslehre, 2.ª edición, 1960, pág. 219.

[28] H. Kelsen (nota 27), págs. 45 y ss. y 215 y ss.

mente del socialismo real, sino que en su ámbito era no libre hasta en el campo jurídico. Todo lo que sucedió, por decirlo con los términos justos, fue así establecido, y los actos ni siquiera fueron punibles una sola vez.

A los efectos, es totalmente irrelevante si en los casos a decidir un soldado mató antes o después de la entrada en vigor de la Ley de Fronteras o si el tenor literal de la norma permisiva contenida en dicha ley abarcaba o no dicho supuesto[29]. También es irrelevante que se trate de aquéllos que aprobaron las medidas o normas generales, escritas o no, o del aplicador de la norma: en la RDA sólo era punible el exceso no aceptable ni siquiera allí y de él no hemos de preocuparnos puesto que si se produjo alguno ya fue castigado en la propia RDA. En los demás casos no era un exceso.

c) ¿Una realidad corregida normativamente?

Contra ello se argumenta, que si bien todo esto pudo ser cierto, no se trataba simplemente de la realidad empírica de un estado. Esta

---

[29] Es distinta la opinión mayoritaria según la cual los asesinatos en la frontera sólo deben ser despenalizados de forma muy limitada. El límite lo ha de constituir el artículo 27 de la Ley de Fronteras de la RDA interpretado de forma aceptable para el estado de derecho, si bien se discute no sólo el grado de la aceptabilidad exigible, sino también su fundamento. La adecuación al estado de derecho se entiende, por un lado, de manera más bien formal, por otro, de manera más bien material. Prioritariamente formal: G. Grunwald: StV 1991, págs. 31 y ss.; K. Lüderssen: StV 1991, págs. 482 y ss.; mismo autor: ZStW 104, págs. 735 y ss. (en págs. 755, 763 y ss. y 783); mismo autor (cit. en nota 10), pág. 65; mismo autor en E. J. Lampe (cit. en nota 25), pág. 30; J. Polakiewicz: EuGRZ 1992, págs. 177 y ss. (pág. 187 y ss); J. Renzikowski: NJ 1992, págs. 152 y ss. (págs. 154 y ss.); F. Wolf en E. J. Lampe (cit. en nota 25), págs. 67 y ss. (pág. 72, sin punibilidad en el lugar de los hechos, por lo que se mantenía «en el marco del artículo 27 de la Ley de Fronteras de la RDA» el uso de las armas); W. Bottke en E. J. Lampe (cit.) págs. 203 y ss. (págs. 212 y ss.); H. Roggemann: DtZ 1993, págs. 10 y ss. (págs. 14 y ss. y págs. 18 y ss.); L. Kuhlen/Th. Gramminger: JuS 1993, págs. 32 y ss. Muy estrictamente formal: R. Merkel (cit. nota 14) págs. 298 y ss. y pág. 326. Más bien material: R. Dreier (cit. en nota 26), págs. 57 y ss. y 63 y ss. (no se diferencia en sus conclusiones de los puntos de vista formales); W. Odersky: *Die role des Strafrechts bei der Bewältigung politischen Unrechts,* 1992, págs. 14 y ss.; R. Wassermann: NJW 1993, págs. 895 y ss. (pág. 896); J. Herrmann: NStZ 1993, págs. 118 y ss.; J. Arnold/M. Kuhl: JuS 1992, págs. 991 y ss. (pág. 994). La Ley de Fronteras no debiera ser un impedimento para la pena según KG NJW 1991, pág. 2653 y ss. (pág. 2654); D. Blumenwitz: Deutschlandarchiv, vol. 25 (1992), págs. 567 y ss. (pág. 575); R. Golmer: FAZ 1992, N.º 111, pág. 35; F. C. Schroeder: JR 1993, págs. 45 y ss. (pág. 47); F. Herzog: NJ 1993, págs. 1 y ss. (pág. 2); J. Hildwein/D. Oldigs/M. Schey en F. Herzog (ed.): *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Todesschützen an der innerdeutschen Grenze,* 1993, págs. 47 y ss. (pág. 71).

tesis se presenta con dos variaciones. La primera de ellas es sorprendente: si, así se argumenta, la realidad empírica no ha de ser considerada como una realidad corrompida, entonces en un estado gobernado en disconformidad con los derechos humanos existe un vacío normativo. Ello es así dado que las normas que realmente se ejecutan no son representativas o, dicho de forma más precisa, no determinan la identidad, no muestran la estructura relevante de la sociedad, mientras que las normas aceptables no se aplican. Por lo tanto, esto es lo que deducen de la argumentación, el territorio de este estado no está sometido a poder sancionador alguno[30]: el realmente ejercido no existe, pues según el estado de derecho no es un poder sancionador, y no existe ningún otro. Y los estados aplican su propio derecho penal, con algunas cautela[31] que aquí no interesan, a hechos realizados en territorios no sometidos a poder sancionador alguno, para poder así castigar a los culpables. En consecuencia, los hechos deberían ser juzgados según el derecho de la República Federal Alemana. Por correcto que sea el diagnóstico sobre un vacío de normas del estado de derecho, por bien que se muestre con él la consecuencia de la defectuosa punibilidad en el lugar de los hechos, la terapia prescrita es inaceptable. Lugares no sometidos a poder sancionador alguno son aquéllos en los que cualquier estado puede intervenir y puede perseguir con acuerdo a su derecho los hechos allí realizados, sin inmiscuirse en los asuntos de otro estado. Este principio de no injerencia se trastoca en la argumentación mostrada y se convierte en un principio de injerencia en todos los estados con un gobierno que desprecie los derechos humanos. De esta forma parece que pudiera conseguirse mediante un derecho nacional lo que hasta ahora no ha conseguido el derecho internacional. Puesto que ciertamente las naciones tienen ideas muy distintas sobre lo que es o no correcto, no es necesaria mucha fantasía para imaginarse lo que sucedería si tal proceder fuera utilizado, por ejemplo, por estados fundamentalistas. Por ello es más correcta la solución contraria: un abandono de los derechos humanos por parte del poder sancionador en un estado *«es»* también una decisión sobre el poder sancionador. Un vacío en el estado de derecho no es automáticamente un vacío en el poder sancionador, como un vacío de derecho no es automáticamente un vacío de poder.

Es más frecuente la segunda variante[32], que en general suele

---

[30] J. Hruschka; JZ 1992, págs. 665 y ss. (págs. 669 y ss.).

[31] En la República Federal Alemana según el artículo 7, párrafo 1 del código penal por actos contra alemanes y según el párrafo 2 por actos de alemanes (no necesariamente en el momento de los hechos) y extranjeros extraditables, pero no necesariamente extraditados.

[32] Vid. por ejemplo, R. Dreier (nota 26) págs. 58 y 63; M. Frommel en F. Haft y otros (eds.): *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann,* 1993, págs. 81 y ss.; F. Herzog: NJ 1993, págs. 1 y ss. (pág. 3 y nota 9); F. C. Schroeder: JR 1993,

remitirse a una afirmación de Radbruch: «El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica podría resolverse de forma que el derecho positivo, respaldado por la estatuición y la fuerza, prevaleciera incluso cuando es injusto e inadecuado a su finalidad, excepto cuando la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcanzara un grado tan insoportable que la ley, como único derecho injusto, cediera ante la justicia»[33]. La afirmación debe aceptarse como cierta sin ulterior prueba y nótese también que, por lo menos, alguno de los hechos aquí juzgados pierden con ella su fundamento. ¿Qué se deriva de esta hipótesis iusnaturalista? ¿Que las víctimas fueron asesinadas sin fundamento jurídico? ¿Era ello también contrario a derecho o incluso una legalidad punible según las normas de la RDA? Hay que recordar aquí que los crímenes estatales se presentan como ilegalidad en el estado. Por tanto, hubiera sido ilegal, e incluso una ilegalidad punible, si hubiera existido una norma cuyo contenido considerara todo homicidio sin causa de justificación una ilegalidad punible. Así parece que pueden leerse los artículos 112 y 113 del código penal de la RDA que regulan el homicidio y el asesinato, pero ello sería una lectura ingenua.

Ningún legislador en país alguno dicta normas de prohibición generales, sin decidir también sobre las causas de justificación y viceversa. Mediante la regulación de una causa de justificación, este caso especial se excluye del ámbito del veredicto general de la antijuridicidad, lo que significa que ya no se desea la validez ilimitada de la reglamentación general. Si se considera inválido el tratamiento del caso especial por su contradicción con un derecho humano, ello no cambia el hecho de que al legislador le falte la voluntad de que la norma general valga ilimitadamente. Esta regla no resucita por sí sola, sino que ha de ser ampliada y para ello se exige una voluntad que quiera la ampliación. Las normas no tienen algo así como impulso natural a la generalización, sino que son productos de la voluntad cuya ampliación requiere un acto de voluntad renovado. Por utilizar un ejemplo: un manantial natural que uno ciega total o parcialmente, vuelve a manar por sí mismo con el caudal viejo cuando se retira lo que lo cegaba. Pero una norma no rige nunca por sí misma, sino sólo por fuerza de la voluntad del poder legislativo. La causa de justificación es un caso para el que el poder legislativo ya no quiere el estado de la norma general. Si otro poder, en este caso el

---

págs. 45 y ss. (pág. 46); Maiwald. NJW 1993, págs. 1881 y ss. (pág. 888). Crítico al respecto y M. Pawlik: *Das Positive Recht und seine Grenzen* (cit. en nota 25), págs. 95 y ss. 102 y ss.

[33] *Rechtsphilosophie,* 5.ª edición, 1956 (ed. Por E. Wolf), apéndice págs. 347 y ss. (pág. 353).

poder espiritual del derecho natural, elimina la justificación, ello sólo produciría un vacío normativo. La norma general, de modo distinto a lo que sucede con un manantial, no se expande naturalmente, sino por la fuerza de una decisión legislativa[34]. Dado que falta una decisión del legislador positivo, sólo podría tratarse de una del derecho natural[35]. Ello coincide también con principios hermenéuticos básicos. Por ejemplo, si un testador excluye de la herencia a un descendiente, por una razón contraria a las buenas costumbres (si el derecho positivo excluye la punibilidad de una persona por una razón contraria al derecho natural) y a pesar de ello el descendiente hereda, porque la exclusión testamentaria no tiene validez (y la persona es pese a ello condenada, porque la exclusión es contraria al derecho natural), no por ello hereda por mor de la voluntad del testador (la condena no se produce por la fuerza de la voluntad de quien creó el derecho positivo), sino por fuerza del poder regulativo del derecho general de sucesiones (sino por fuerza del poder regulativo del derecho natural). Quien quiera mantener la no voluntad de una persona que ha de tomar una decisión, ha de querer él mismo en el lugar de esta persona, pero en este caso será él mismo quien regule. En consecuencia, el derecho positivo no establece una pena cuando el derecho natural invalida una causa de justificación, sino que se trata de una pena iusnaturalista. El derecho natural es en este planteamiento no sólo una frontera del derecho positivo, sino también su sustituto. Este planteamiento es totalmente incompatible con la prohibición constitucional de penalizar sin leyes positivas. La norma positiva sobre el momento de los hechos no prohíbe el hecho, en verdad la prohibición resulta, como se ha mostrado, de una norma del derecho natural. Ello -a causa de la vinculación de las penas a una «lex scripta» como establece el articulo 103, párr. 2 de la ley fundamental de Bonn- basta para excluir esta solución.

Puede añadirse a todo ello que del texto de Radbruch se obtienen consecuencias que conducen de nuevo a una punibilidad iusnatura-

---

[34] Por ello es irrelevante para la interpretación de un ordenamiento que se considere que debe pasarse por alto una laguna en el tipo penal o una causa de justificación: en cualquier caso, el ordenamiento no se completa por sí solo. «En esta medida» la diferencia entre la exclusión del tipo penal y la justificación es «técnico-jurídica», lo que no significa que en otro contexto carezca de significado material. De forma equívoca en contra de G. Jakobs en J. Isensee (ed.): *Vergangenheitsbewältigung durch Recht,* 1992, págs. 37 y ss. (pág. 46, pero véase también ya en pág. 45!) F. C. Schroeder: JZ 1992, págs. 990 y ss.; W. Odersky (cit. en nota 29) pág. 17.

[35] G. Grunwald: Zur Kritik der Lelire vom überpositiven Recht, 1971, pág. 11; del mismo autor: ZStW 76, págs. 1 y ss.; B. Schünemann en W. Frisch y otros (eds.): Festschrift für H. J. Bruns, 1978, págs. 223 y ss. (pág. 225).

lista y esta punibilidad no puede satisfacerla en modo alguno el derecho natural moderno. Éste, en la medida en que uno quiera permanecer en él, legitima el ordenamiento bien constituido y deslegitima el ordenamiento no bien constituido, pero no sustituye las normas estatales. Ello puede mostrarse fácilmente en el derecho penal con el caso de las penas del derecho natural: ¿cómo debe penalizarse un homicidio contrario al derecho natural? Ciertamente desde el punto de vista iusnaturalista existe para el estado un derecho indisponible. Para Locke, por ejemplo, todo el ámbito del derecho de propiedad o, de forma más moderna, de los bienes jurídicos individuales queda fuera del poder de disposición de los estados[36] y no es posible, como acto jurídico, una intervención en estos bienes, sin la participación del afectado. Incluso para el fundador iusnaturalista del positivismo, para Hobbes, el deber de obediencia finaliza cuando el estado exige la vida del ciudadano[37] (incluso cuando lo hace por buenas razones). Pero ello no afecta al hecho de que los derechos sólo subsisten como derechos en tanto el estado también los ejecute. Un postulado iusnaturalista no es «per se» también una disposición estatal: el derecho natural antes de su transformación en derecho estatal es una «lex imperfecta». Con la sacralización del estado el ciertamente nada sospechoso Santo Tomás[38] afirma: «Cave tamen, ne putes, legem naturalem et positivam, divinam et humanam esse species eiusdem naturae. Lex naturalis et divina magis ad consilia pertinet, quam ad imperia, lex humana proprie dicta non nisi de norma imperii dicitur (protégete del pensamiento de que el derecho natural y el derecho positivo, el derecho divino y el humano son del mismo tipo. El derecho natural y el derecho divino están formados más por consejos que por órdenes, de la ley humana en sentido propio sólo se habla en caso de normas de obligación)». El derecho natural se enfrenta en cualquier caso al ordenamiento real en la medida en que las normas dictadas sin competencia, es decir, las normas que afectan al ámbito reservado, carecen de efectos jurídicos: su ejecución es coacción. Pero en el vacío normativo que de ello surge no se introducen normas del derecho natural y sin duda no lo hacen como derecho estatal. Así se evita la construcción de un monstruo normativo de nombre «estado» formado en parte por normas realmente válidas y en parte por normas cuya validez sólo se postula. El derecho natural puede determinar que el estado carezca de competencia para ciertos

---

[36] J. Locke: *Two Treatises of Government* (ed. por P. Laslett, 1960), 2.º libro, XI 138 y passim.

[37] *Leviathan* (cit. en nota 4), capitulo 21.

[38] *Fundamenta Juris Naturae et Gentium,* Editio quarta 1718, (reedición 1963), 15, 34.

actos; también puede prescribir que el estado debería ejecutar exactamente el acto contrario, por ejemplo, prescribir una pena para un cierto hecho, en lugar de justificarlo. Pero el derecho natural no puede declarar, en lugar del estado, que el acto contrario se ha ejecutado como un acto estatal (se ha prescrito la pena). El derecho natural puede, por consiguiente, dibujar una trama a la que ha de adaptarse el estado, pero no es el propio estado. Cierto que según los principios iusnaturalistas no toda coacción es derecho y esto es lo que puede llamarse el contenido mínimo de un derecho natural, pero ello sólo significa que la coacción o el poder no es una fundamentación jurídica suficiente. Pero es necesaria para el derecho estatal: sin coacción estatal no existe derecho estatal.

En otros términos: si se vincula la norma fundamental no sólo con lo que sucede, sino con una praxis corregida normativamente, entonces ésta diría «uno ha de cumplir el poder empíricamente real y duradero que no lesione los derechos humanos». Con ello los actos que lesionen derechos humanos quedan excluidos del ámbito de lo jurídico, pero no por ello se convierten automáticamente en realidad del estado los actos que protegen derechos humanos. El ordenamiento estatal tiene, desde este punto de vista, presupuestos empíricos y normativos y estos presupuestos no se reemplazan el uno al otro: de la misma forma en que lo que sucede empíricamente no es necesariamente correcto, tampoco lo correcto es siempre de modo necesario empíricamente actual. La realidad que Hegel[39] une siempre con lo racional es una realidad historificada, no una realidad mendaz.

d) Revolución en lugar de derecho penal

Si el derecho se desobedece en el estado no se mantienen los postulados del derecho natural, sino que se proclama la revolución. En este sentido, el vacío es una señal bien -depende del modelo- de la vuelta al estado de naturaleza, bien del estallido del estado de guerra. Con palabras de Locke[40]: «... it can never be supposed to be the Will of the Society, that the Legislative» -o incluso el ejecutivo- «should have a Power to destroy that, which every one designs to secure, by entering into Society, and for which the People submitted themselves to the Legislators...; whenever the Legislators endeavour to take away, and destroy the Property of the People, or to reduce them to Slavery under Arbitrary Power, they put themselves into a state of

[39] *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* ed. por H. Glockner *(Jubiläumsausgabe* tomo 7), 1952, pág. 33

[40] Como nota 36, XIX, 222.

War with the People...». La respuesta iusnaturalista era, en consecuencia, la pérdida de la obligación ante el abandono del poder. En caso de necesidad puede matarse al enemigo. Más adelante trataremos la cuestión de si podría contemporáneamente, como un minus por las muertes causadas, imponerse una pena. En cualquier caso, como ya se ha mencionado, ello supondría una derogación de la existente prohibición de retroactividad.

En último término, el dejar al oprimido donde está, en el estado de naturaleza o en el estado de guerra, es la solución más libre. Quien quiera introducirlo en una sociedad constituida le convierte en algo que puede a su vez exigir ser respetado[41]. De esta forma no puede caracterizarse ni el grado de desequilibrio entre los opresores y los oprimidos, ni el grado de libertad para procurarse el propio reconocimiento. En su lugar aparecen dudas sobre si se puede romper los juramentos al dictador. Ciertamente, en un caso como éste, hablar de ilegalidad hacia los oprimidos es una simplificación de lo que sucede: no se trata de una alteración de una socialidad establecida, sino de falta de socialidad, de estado de naturaleza, de fría enemistad.

e) Autorepresentación de la RDA

En este contexto, cabe añadir aún un argumento que se deriva de la autorepresentación en el exterior, y en parte también en el interior, de la RDA. Este país firmó convenios de derechos humanos, e incluso los convirtió en derecho interno[42], lo que significa, teniendo en cuenta el tenor literal de la ley en los textos que publicó como derecho penal, que consideró inválidas las órdenes contrarias a los derechos humanos (art. 95 del código penal de la RDA) y, por ejemplo, no emprendió una regulación abierta de los acontecimientos fronterizos (lo que apenas significó nada, dado que la televisión occidental informó abundantemente sobre numerosos casos). Aun cuando esta autorepresentación

---

[41] M. Maiwald: NJW 1993, págs. 1881 y ss. se opone a la opinión aquí sostenida porque a falta de ilegalidad faltan también los presupuestos jurídicos para el estado de necesidad. Desde un punto de vista intrasistémico esto es correcto pero trivial: un sistema que se autodisolviera ya no sería un sistema. Que falte «este» derecho no aporta nada pues no podría imponerse «en» el sistema. Si «por el contrario» el sistema se impone, el derecho puede determinarse desde fuera, por tanto como nuevo (al respecto ya G. Jakobs, cit. en nota 34, pág. 54). Estos modelos son sin embargo demasiado pobres para servir contra opresores. Vid. el texto.

[42] Vid. al respecto J. Polakiewicz: EuGRZ 1992, págs. 177 y ss. (págs. 182 y ss.); D. Blumenwitz: Deutschlandarchiv 25 (1992), págs. 567 y ss. (págs. 575 y ss.); BGH 39, págs. 1 y ss. (pág. 16).

no tiene porque referirse a los disparos en la frontera, cabe preguntarse, si acaso no puede, cuando menos, vincular al gobierno. Pero no puede hacerse pues no se trata de cómo se autorepresentaba la RDA, sino de cómo era realmente. No se trata por consiguiente de si declaró -¡de forma vinculante!- proteger los derechos humanos, sino de si creó instrumentos efectivos para esta protección, o si por lo menos se preocupó de hacerlo. La suposición de la penalización de los homicidios contrarios a los derechos humanos no significa automáticamente su penalización real. Un cuerpo totalmente limpio no se consigue simplemente mediante la obligación vinculante de lavarse, ni poniéndose un precioso vestido. La RDA se obligó a tratar los crímenes estatales como ilegalidades, pero no lo hizo[43]. Por lo demás, en los tratados internacionales, todos los firmantes sin duda sabían que los derechos humanos no serían interpretados, cuando menos por los gobiernos firmantes de estados populares, como suele hacerse en los estados de sociedades burguesas[44], por lo que el disenso no era oculto[45].

Este resultado puede ser difícil de comprender para los ciudadanos de la RDA, que intentaron que el estado se mantuviera fiel al comportamiento que él mismo había reconocido como vinculante, tanto en tratados internacionales, como en la constitución o en simples leyes. Estos ciudadanos objetarán que suponían que la estructura jurídica de la sociedad respondía a las exigencias de un estado de derecho. En otros términos: si los tratados internacionales eran un mero compromiso formal y si las formulaciones del derecho intraestatal no fueron más que meras formulaciones, ello no excluye que la

---

[43] Cuando el BGH (39, págs. 1 y ss., pág. 22) aduce que la practicada interpretación de la Ley de Fronteras choca con convenios internacionales y es por ello inválida jurídicamente sólo está describiendo una cara de la moneda. En el otro lado se encuentra la violación de tratados internacionales mediante la aprobación de una Ley de Fronteras no conforme a ellos. Cual de las dos caras refleja mejor la real validez normativa en la RDA no debería ser conflictivo: la RDA no era un estado de derecho.

[44] Sobre la comprensión de los derechos humanos en la RDA vid. G. Brunner en mismo autor (ed.): *Menschenrechte in der DDR,* 1989, págs. 15 y ss. (págs. 21 y ss. y nota 3) y la afirmación inicial: «La representación de los derechos humanos es incompatible con la ideología del sistema marxista leninista de la RDA». Los derechos humanos, desde el punto de vista marxista, no pueden concebirse, en la sociedad burguesa, sin las contradicciones de clase y, en la sociedad de socialismo real, sin su carácter de transición. Vid H. Klenner: *Marxismus und Menschenrechte,* 1982, págs. 26 y ss. y 101 y ss.; A. Zschiedrich en E. Poppe (red.): Politische und persönliche Grundrechte in den Kämpfen unserer Zeit, 1984, págs. 186 y ss. («Menschenrechte im Kapitalismus»); E. Poppe y otros, *op. cit.,* págs. 11 y ss. y en especial págs. 45 y ss.

[45] Vid. en contra (reserva mental) D. Blumenwitz: *Deutschlandarchiv* 25 (1992), págs. 567 y ss., pág. 576.

semántica al uso fuera la del partido y el gobierno. Su semántica fue moralmente incompetente, en cualquier caso por el decurso de la historia, pero mientras existió la RDA fue una realidad empírica. Por ello estos ciudadanos sabían que postulaban otro estado, distinto al que era real[46], que postulaban, por tanto, en favor de una penalización allí donde se daba la impunibilidad. La indudable justificación de este postulado es una cosa, su impotencia durante decenios, otra. Una punibilidad que fue real no puede sustituirse por la voluntad, también, real de algunos ciudadanos de que se produjera la punibilidad. En otros términos, aquella parte de la sociedad de la RDA, cuya identidad no venía determinada mediante las normas aplicadas, vivía en protesta hacía el estado que no se le adaptaba, pero esto no significa que esta parte encamara de hecho un estado mejor y armónico. Para ello se habría necesitado el poder, poder del que, en cualquier caso, esta parte carecía. Existieron dos sociedades en la RDA, pero sólo un estado.

3. ¿Abandono de la prohibición de retroactividad?

Dado que a la prohibición de fundamentación retroactiva de la punibilidad se le opone una penalización de los crímenes del estado de la RDA[47], queda por preguntar si acaso no deba ser abandonada esta prohibición. En épocas homogéneas la prohibición de retroactividad garantiza objetividad, pero con rupturas revolucionarias su efecto es el contrario: vincula los nuevos tiempos a la arbitrariedad de los viejos, en este caso, a la permisión contraria a los derechos humanos de asesinar en la frontera, a espionajes y a muchas, incluso prácticamente infinitas, cosas más. Podría proponerse una vía secreta para llegar a la misma meta ¿Por qué, precisamente teniendo en cuenta el pasado de la RDA, habría de considerarse de forma tan precisa la identidad real de este estado? ¿Acaso la afirmación ingenua y literalmente positivista -de que la prohibición de asesinato contenida en el derecho penal de la RDA tendría que emplearse si se considera la permisión como contraria a Derecho Natural- conduce a un resultado que pudiera tranquilizar? ¿Qué importa que puedan ahora ser castigados quienes pudieron haber matado en contra de la legitimidad?

---

[46] Vid en contra K. Luderssen: ZStW 104, págs. 735 y ss. *Supra* nota 29.

[47] J. Isensee en mismo autor: *Vergangenheitsbewaltigung durch Rechts,* 1992, págs. 91 y ss. (pág. 104); D. Pieroth: VVDStRL 51, 1992, págs. 102 y ss. (Vid. también las notas sobre la discusión de R. Alexy en página 132 y ss., especialmente pág. 135); F. Dencker: KritV 1990, págs. 298 y ss.; G. Jakobs (cit. en nota 34), págs. 37 y ss. y págs. 51 y ss.; K. Günther (cit. en nota 29), págs. 23 y ss.; M. Pawlik (cit. en nota 25); También constata una falta de punibilidad en el lugar de los hechos J. Hruschka: JZ 1992, págs. 665 y ss. (sobre sus consecuencias vid. *supra* apartado 2 C, nota 30).

Que una solución abierta no pueda prosperar y una vía secreta, a causa de su propia oscuridad, incluso de su mendacidad, sea desafortunada se fundamenta en lo siguiente: La «lex naturalis» perdió la propiedad de redactar leyes inmutables, que sólo han de ser cumplidas pero no necesitan ser dictadas. Una representación del derecho correcto no puede fundamentarse hoy sin tener en cuenta el estado espiritual y material de la sociedad; tampoco puede confundirse con a este estado, sino que ha de desarrollarse inteligentemente a partir de él, de la misma forma, por ejemplo, en que a partir de herramientas y materiales existentes no puede desarrollarse por sí solo un reloj, pero sí puede ser desarrollado a partir de estos materiales, y de muy diversas formas, con algo de inteligencia y maña.

Que se trate de una tarea de estructuración política no significa sin más que no haya fracaso imputable alguno. Siempre que al inicio exista un ordenamiento, de algún modo, bien constituido puede concebirse la ruptura con respecto a él, se produzca ésta de forma claramente ilegal o de forma aparentemente legal, como maldad subjetiva. Por ello el problema de la penalización retroactiva de los criminales nacional-socialistas ha de concebirse, cuando menos en parte, de forma distinta. Allí se produjo, al principio, la ruptura aparentemente legal de un ordenamiento, ciertamente no ideal, pero que respetaba los derechos humanos. Esta ruptura fue inicialmente maldad subjetiva. Pero cuando, como en el caso de la RDA, un ordenamiento, ya establecido por el poder de unas tropas de ocupación que no respetaban los derechos humanos, es continuado por figuras más o menos títeres, falta el entorno bien constituido, único a partir del cual puede concebirse la maldad subjetiva. La falta de capacidad para oponerse a la amplia corriente del entorno no es culpabilidad jurídica. La culpabilidad jurídica presupone que quepa de hecho la alternativa de adaptación al orden establecido y si este orden está a su vez pervertido ya no cabe desgraciadamente ninguna respuesta individual. La ya mencionada sujeción, mediante la prohibición de retroactividad, a la arbitrariedad del ordenamiento en el momento de los hechos contiene por ello algo que es correcto desde un punto de vista material: si en el momento del hecho no existe la punibilidad, aunque su fundamento sea un mal fundamento, el hecho no puede caracterizarse como expresión de la maldad subjetiva, sino que en *«este»* ordenamiento aparece como adecuado, como normal. El no haber podido escapar del espíritu del ordenamiento en el que uno vive es distinto a haberlo contradicho sin buenos fundamentos[48]. No se está defendiendo con ello el inmovilismo político, pero ha de ponerse de manifiesto que un mero fracaso de una tarea política en

[48] Vid. en contra F. C. Schroeder: JZ 1992, págs. 990 y ss. (pág. 992).

favor de una mejor estructuración no puede atribuirse a un sistema de imputación que está concebido para la maldad subjetiva en caso de relaciones ordenadas[49].

Ello es especialmente cierto para aquellas personas que no eran dirigentes sino ejecutores. Si se atribuye culpa a los tiradores de la frontera o a los miembros de la seguridad del estado, se atribuye a estos autores un grado de visión práctica que, antes de la desaparición de los estados socialistas, no era, ni siquiera en los estados occidentales, ni necesariamente de buen tono, ni usual. Es muy fácil determinar, tras el cambio histórico, lo que con él se ha quebrado.

Tampoco cabe esperar que la impunibilidad pueda dar ánimos a alguien para introducir conductas dictatoriales. La penalización presupone en primer lugar la quiebra del estado, es decir, la «poena naturalis» por una conducta no inteligente. La idea de que algún dirigente del estado, o adlátere suyo, no temían esta «poena naturalis» sino una eventual «poena forensis» es remota[50]. Y si la hubiera temido, su amenaza habría hecho que se resistiese a abandonar el poder. La pena no sirve en absoluto para intimidar.

Puede suponerse que los procesos en curso no conducirán a la intimidación, sino a la retribución, hablando de forma más moderna, a la confirmación de la norma. No puede hablarse de retribución por la alteración de un ordenamiento *«existente»,* ni de confirmación de la *«existencia»* de un ordenamiento. En cualquier caso se trata de la retribución por la obstaculización de la construcción de un nuevo ordenamiento, de la confirmación del derecho para esta construcción, es decir, de una lucha por el reconocimiento, de la conquista de una nueva identidad. Esta reacción tiene poco en común con el derecho penal de la culpabilidad de un estado de derecho. La pena como reacción jurídica presupone que, cuando los hechos, el autor está jurídicamente ligado a la víctima, que el autor y la víctima se definen como personas, como individuos que se respetan mutuamente. Quien no está jurídicamente vinculado es enemigo y puede ser asesinado sin más o, si garantiza que en el futuro será inofensivo, puede ser olvidado rápidamente, pero no es un delincuente, porque su acción no lesiona algo que tenga en común con la víctima, ni siquiera puede lesionar. Hay que castigar a quien daña la socialidad existente, no a quien impide que ésta se construya. La punibilidad no sirve para la estabilización de las propias normas, por bien fundamentadas que éstas estén, sino de las normas comunes. Pero resulta claro que con la penalización de los crímenes de la ex RDA no se trata de

---

[49] W. Becker en W. Krawietz y otros (eds.): *Öffentliche oder private Moral? Festschrift für Ernesto Garzón Valdés,* 1992, págs. 17 y ss. (pág. 26).

[50] Opina de forma distinta F. C. Schroeder: JZ 1992, cit. en nota 48.

la estabilización de una comunidad preexistente allí en el momento de los hechos, sino de una comunidad por construir y que en el momento de los hechos era sólo postulada[51]. La penalización a causa de tales crímenes define como autor culpable a quien era enemigo. Esta sustitución se camufla describiendo el ordenamiento de la RDA no a partir de él mismo, sino de procedimientos externos («superiores»): la vinculación del derecho positivo a principios del estado de derecho, la limitación mediante derechos humanos etc.

En cualquier caso, los autores eran enemigos[52]. Así se explica la insistencia de las víctimas en una penalización. Por ello no puede seriamente tratarse de individualizar a algunos autores como obstáculos del oportuno reconocimiento, sino de tomarlos como símbolo de una tendencia política que menospreciaba los derechos humanos. Si sólo se tratara de esta confusión de delincuente y enemigo desde el punto de vista de la víctima, habría que combatir el mal uso de la justicia, pero no su resultado que debería servir para tranquilizar a la víctima en su identidad.

Por lo demás, para aquellos que no fueron víctimas, la exigencia del castigo se deriva de una comprensión, peligrosa a largo plazo, del ordenamiento de los estados occidentales[53]. Este ordenamiento no se concibe como un edificio construido de forma inteligente, cuya estática ha de ser constantemente asegurada, sino como una construcción correcta de forma cuasi-natural y cuasilógica, que todo lo vincula supratemporalmente o, cuando menos, supraespacialmente. Esta pretendida autoevidencia debería representarse en el proceso penal. Tampoco debe ponerse en duda que este ordenamiento es más adecuado a su época que los desaparecidos ordenamientos del socialismo real, que desaparecieron más por su interna mendacidad que por una oposición externa. Pero ello no es motivo para además añadir a posteriori a la evidente «poena naturalis» algunos procesos judiciales contra personas que nunca juraron fidelidad al ordenamiento occidental[54]. El ordenamiento vigente ha sido elaborado por hombres y ha de ser mantenido por hombres. Y ya antes hemos abandonado la idea de que las normas estatales para la protección de

---

[51] Por ello, según esta idea, la «propia» (tras la desaparición, ¡ya no habría sido la misma!) RDA no habría podido castigar los crímenes. En contra, vid K. Lüderssen: ZStW 104, págs. 735 y ss. (pág. 747).

[52] Acertadamente W. Becker (cit. en nota 49), pág. 23: se «criminaliza» a aquéllos «que en realidad fueron nuestros enemigos de sistema político».

[53] Si no es correcta la suposición aún peor de W. Becker (cit. en nota 49), pág. 21, según la cual se habla de penas «para disimular el propósito de venganza».

[54] Puede argumentarse en contra que el derecho penal a menudo afecta a una persona que no ha jurado fidelidad a este ordenamiento, especialmente en caso de penas contra espías que viven «en el extranjero» (art. 5, ap. 4 del código penal), o

los asesinatos se hubieran producido de forma natural o iusnaturalista, en cualquier caso, sin la voluntad de un legislador positivo. Sin duda, existen para el ordenamiento, si quiere perdurar en el tiempo -en caso contrario será de corta duración- algunas tareas ineludibles, pero los tiempos actuales no tienen «lex aeterna» alguna que ofrecer. Por ello habría sido mejor que nos hubiéramos limitado a la alegría por el desenlace, a la ayuda a las víctimas y a la inteligente previsión ante el día -que ciertamente llegará tras el fin de la fase evidente de superioridad de los ordenamientos occidentales- en que deberán calcularse los costes-beneficios de la sociedad actual.

---

también en algunas acciones realizadas en el extranjero contra bienes protegidos internacionalmente (por ejemplo, el art. 6, ap. 6 del código penal, sobre pornografía). En tales casos la finalidad de la pena sólo puede ser la prevención general «negativa». No existe motivo alguno para optar por tal pena allí donde no rige la intimidación.

DOXA 17-18 (1995)

DERECHOS HUMANOS, RELATIVISMO Y PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA MORAL EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Convenio Europeo de Derechos Humanos puede definirse como una garantía internacional de protección de ciertos derechos humanos. El rasgo principal que ha distinguido al Convenio Europeo de Derechos Humanos (a partir de ahora: CEDH) radica en que los Estados Partes del Tratado asumen obligaciones que pueden ser exigidas por los otros Estados contratantes, y también por los particulares. Por otro lado, el CEDH trata de lograr un mayor grado de integración de los sistemas jurídicos de los diferentes Estados miembros mediante una normativa que, especialmente en materia de derechos humanos, pretende convertirse en un «orden europeo común». En la consecución de este objetivo la existencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos juega un papel destacado, ya que emite decisiones obligatorias para los Estados Miembros.

Frente a las clásicas positivizaciones de derechos humanos efectuadas en este siglo, el CEDH ha incorporado mecanismos de protección de los derechos humanos novedosos y efectivos y que han provocado que una parte de la doctrina haya calificado al Convenio como

> «el instrumento más acabado y eficaz de protección de los derechos del hombre, precisamente por establecer remedios procesales[2]».

---

[1] En especial destacan tres mecanismos: 1) la instauración de un sistema de garantía colectiva; 2) la instauración del derecho de demanda individual; 3) la instauración de un sistema de protección exclusivo. Véase: Fernández Sánchez, Pablo Antonio: *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de derechos humanos*. Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1987, pág. 28.

[2] Pastor Ridruejo, José Antonio: «El Convenio Europeo de los Derechos del Hombre y el "ius cogens" internacional»; en VV. AA.: *Estudios en homenaje al profesor Miaja de la Muela;* Madrid, 1979, pág. 582.

Desde una perspectiva jurídica, no cabe duda de que el prestigio alcanzado por el CEDH se debe por un lado, a la estructura y funcionamiento de sus instituciones y, por otro lado, al grado de protección jurídica de los derechos humanos.

En relación a la protección de los derechos humanos llevada a cabo por el Convenio y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos me propongo analizar en este trabajo (I) el carácter universal de los derechos humanos. Pero a pesar de esta propiedad, el propio Convenio introduce limitaciones a los derechos humanos. Uno de estos límites es la «protección de la moral». En (II) trataré de mostrar el significado que la jurisprudencia del Tribunal atribuye a esta cláusula. Por último, examinaré dos consecuencias de índole moral que pueden extraerse del significado y aplicación de esta cláusula: (III) el relativismo moral y (IV) la justificación de la imposición de la moral a través del Derecho.

1. El carácter universal de los derechos humanos

Los derechos humanos han recibido históricamente diferentes conceptos y fundamentaciones[3]. La concepción liberal de los derechos humanos ha constituido el principal fundamento de las positivizaciones internacionales producidas durante este siglo[4]. Los redactores del Convenio no manifestaron explícitamente que esta fuese la concepción sobre la que descansaban los derechos humanos. Sin embargo, la doctrina internacionalista tiende a destacar su importancia[5].

Al margen de la discusión acerca de que teoría moral haya sido el principal fundamento de los derechos humanos del Convenio, lo que

---

[3] Ver Pérez Luño, A. E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución.* Tecnos, Madrid, 1984, págs. 132-187.

[4] Donnelly, Jack: *Universal Human Rights in Theory and Practice;* Cornell University Press, Ithaca-London, 1989, pág. 71. En este punto es necesario matizar que es simplista reducir el liberalismo a una única versión. Un breve pero explicativo análisis de las alternativas *liberales puede* encontrarse en la introducción que realiza M. Sandel a la recopilación de artículos incluidos en el volumen *Liberalism and its Critics.* Basil Blackwell, Oxford, 1984.

[5] Respecto a este último, puede verse que el primer artículo se dirige a reconocer a toda persona el derecho a la libertad y a la seguridad, para después proteger la vida (art. 2), prohibir la tortura (art. 3), la esclavitud (art. 4), la retroactividad de las disposiciones jurídicas (art. 7), garantizar «el proceso justo» (art. 6), el respeto de la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia (art. 8), la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9), de expresión (art. 10), de reunión pacífica, y la libertad de asociación (art. 11), de contraer matrimonio (art. 12), y en último lugar, aunque sin mencionarlo explícitamente, el principio de igualdad (art. 14).

interesa destacar son los caracteres que usualmente se le atribuyen a aquéllos. En este sentido, existe un consenso generalizado en la teoría ética en considerar a los derechos humanos como universales, absolutos e inalienables. Pero a efectos de este trabajo basta acentuar el carácter universal de los derechos humanos, pues es la propiedad que resultará afectada por la cláusula limitativa que protege a la moral.

La universalidad de los derechos humanos hace referencia a los titulares de esos derechos. En uno de sus posibles sentidos, la universalidad es una característica que señala que los derechos humanos se dirigen a una clase de beneficiarios que debe determinarse materialmente. Esta clase está integrada por todos los seres humanos y nada más que por seres humanos. En sentido contrario, la posesión de los derechos humanos no puede limitarse a subclases de individuos humanos o extenderse más allá de la especie humana:

> «La pertenencia a la especie humana es condición necesaria y suficiente para gozar de los derechos en cuestión, en tanto que otras propiedades -raza, sexo, inteligencia, actos cometidos o padecidos, etc.- son irrelevantes»[6].

La noción de universalidad de los derechos humanos implica su adscripción a todos los individuos al margen de su circunstancia vivencial o contextual, lo cual supone la superación de las moralidades positivas en favor de una ética común y general, pues todos los seres humanos se consideran agentes morales[7].

Esta concepción de la universalidad de los derechos humanos entraña varias consecuencias. En primer lugar, significa que su concesión toma como única propiedad relevante la circunstancia de que sus beneficiarios pertenecen a la especie humana. De aquí se infiere que todos los hombres poseen un título igual a la posesión de los derechos humanos en la medida en que todos exhiben que esa propiedad relevante en el mismo grado.

En segundo lugar, supone afirmar que los derechos humanos se poseen al margen de si el beneficiario está dentro de un sistema jurídico positivo. Como dice Laporta,

---

[6] Nino, C. S.: *Ética y derechos humanos.* Ariel, Barcelona, 1989, pág. 41. Ver también Meyers, Diana: *Los derechos inalienables.* Alianza Editorial, Madrid, 1988 [Columbia University Press, 1985]. Trad. E. Beltrán, pág. 13.

[7] Laporta, Francisco: «Sobre el concepto de los derechos humanos», DOXA, 5, 1988, pág. 34

> «hay una imposibilidad conceptual en afirmar simultáneamente que los derechos humanos son universales y que son producto del orden jurídico positivo, porque la condición de sujeto de un sistema jurídico excluye la noción de universalidad de que estamos hablando»[8].

Ésta es la razón por la cual esta concepción sostiene que los derechos humanos son derechos morales, porque su lugar natural de ubicación no es un sistema jurídico positivo, sino el ámbito de la ética.

En tercer lugar, la noción de derecho moral universal parece implicar que su posesión también es independiente de condicionamientos institucionales o de «rol». Los derechos humanos actúan fuera de cualquier vinculación con las instituciones éticas concretas que existen en una moralidad positiva o en un sistema jurídico positivo.

Pues bien, a pesar de que la universalidad es una propiedad definitoria de los derechos humanos, los redactores del Convenio introdujeron algunas cláusulas que limitaban esta pretensión. Una de estas cláusulas es la «protección de la moral» que ha sido utilizada para restringir la universalidad de los derechos humanos en aras de la protección de concepciones morales positivas sostenidas en comunidades determinadas.

II. Los límites a los derechos humanos en el Convenio: «La protección de la moral»

Los derechos humanos que recoge el CEDH constituyen el aspecto central de la pretensión de crear un orden europeo. Por ello, una primera lectura del Convenio parece mostrar que el alcance de los derechos humanos va aumentando con el tiempo merced a la inclusión de nuevos derechos. Otra impresión que se obtiene del Convenio es que los derechos humanos parecen tener un significado y alcance propio e independiente de las eventuales interpretaciones que realicen órganos estatales. Aquí juega un papel central el TEDH que es el órgano supremo en lo concerniente a la aplicación e interpretación del Convenio, y que ostenta el control de la coherencia de los derechos humanos en los diferentes Estados.

Sin embargo los redactores del Convenio no pensaron que los derechos humanos constituyeran una categoría absoluta, sino que por el contrario, pocos derechos se libran de algún tipo de res-

[8] Laporta, Francisco: «Sobre el concepto de los derechos humanos», *op. cit.,* págs. 32-33.

tricción[9]. Estas restricciones se imponen mediante diversos procedimientos[10] y cuyo análisis excede las pretensiones de este trabajo, por lo que únicamente se examinará uno de ellos, la cláusula «la protección de la moral».

La expresión «protección de la moral» forma parte del conjunto de «conceptos jurídicos indeterminados» que aparecen en el Convenio. Sus redactores no ofrecieron ningún tipo de explicitación de su significado. El Tribunal tampoco ha sabido (o querido) definirla con exactitud en las pocas sentencias donde ha abordado su discusión. Sin embargo, a pesar de la falta de claridad que rodea a este concepto, el Tribunal lo ha usado para restringir derechos humanos. Por ello, resulta interesante tratar de reconstruir el significado que la jurisprudencia del Tribunal ha otorgado a esta expresión.

En una primera aproximación a dicho concepto se puede afirmar que el Tribunal interpreta el término «moral» como el conjunto de creencias, actitudes y standards morales compartidos por la mayor parte de ciudadanos de una sociedad determinada:

> «Esta última [la protección de la moral] implica la protección del ethos moral o de los standards éticos de la sociedad en su conjunto»[11].

---

[9] Ver Ganshof Van Der Meersch, Walter J.: «Reflexions sur les restrictions a l''exercice des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg» en Bernhardt. R.; Geck W. K.; Jaenicke F.; Steinberger, H.: *Völkerrecht als Rechtsordnung Intemationale Gerlchtsbarkeit Menschrechte. Festschrift für Hermann Mosler.* Springer Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 1983, págs. 263 y ss.

[10] Estos procedimientos son: 1) límites a determinados derechos; 2) el derecho de derogación de las obligaciones del Convenio en caso de guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación (art. 15); 3) la prohibición de interpretar los derechos humanos con la finalidad de reducirlos o destruirlos (art. 17).

[11] Caso Dudgeon, sentencia de 22 de octubre 1981, par. 47. En dicho caso, el apelante afirmaba estar siempre bajo la amenaza, en virtud de una antigua legislación de Irlanda del Norte, de persecuciones penales a causa de su comportamiento homosexual, y eso en desprecio del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que garantiza el derecho al respeto de la vida privada. Una legislación que databa de 1861 y 1885, así como los precedentes jurisprudenciales del Common Law condenaban esas prácticas. Según esta legislación cualquier individuo puede entablar una acción pública para perseguir un delito homosexual, quedando a disposición de las autoridades irlandesas la facultad de asumir la dirección del proceso. Según el apelante, sus quejas se basan sobre todo en que tanto el derecho en vigor en Irlanda del Norte como la investigación policial que se realizó en su domicilio constituyen una interferencia injustificada de su derecho al respeto de la vida privada con la consiguiente violación del art. 8 de la Convención.

En la sentencia del caso Handyside[12] el Tribunal manifestó que «la protección de la moral» debe ser utilizada cuando el bien que ella protege está por encima del bien que garantiza un derecho humano. Además concluyó que el dato relevante para dotar de significado al término «moral» debe ser las concepciones éticas que sostienen los miembros de una sociedad:

> «a pesar de la diversidad y la evolución constante de las concepciones éticas y educativas en el Reino Unido, los magistrados ingleses estuvieron en su derecho de creer en la época, en el ejercicio de su poder de apreciación, que el *Schoolbook* tendría repercusiones nefastas sobre la moralidad de muchos niños y adolescentes que lo leyeran»[13].

En el asunto Dudgeon, el Tribunal discutió la legitimación del Gobierno de Irlanda del Norte para proteger legalmente la moral frente a los derechos y libertades de los individuos. En otras palabras, la tensión se produjo entre la protección de la sociedad en su conjunto en lo que concierne a sus patrones morales o éticos que podrían verse afectados en caso de despenalización de la homosexualidad, y los derechos de los individuos que sufren persecución penal debido a sus inclinaciones sexuales. El temor de las autoridades norirlandesas fue que una autorización jurídica de la conducta homosexual masculina en Irlanda del Norte tendería a erosionar los standards morales existentes[14].

---

[12] Caso Handyside (sentencia de 7 de diciembre de 1976), el recurrente M. R. Handyside, propietario de una editorial publica en 1971 el libro *The little Red Schoolbook* para el uso de los escolares. El libro, de origen danés, también había sido publicado en diferentes países europeos (Bélgica, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, etc.). El libro recibió una notable publicidad, y poco tiempo después, y tras una campaña periodística en contra de su contenido, el Director de *Public Prosecutions* ordenó la apertura de una encuesta de la que surgió la orden de registro de los locales ocupados por la editorial del Sr. Handyside. En virtud de lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 1959-1964 sobre publicaciones obscenas se procedió al secuestro de 1.609 ejemplares del libro. El Tribunal de instancia condenó al Sr. Handyside por ser culpable de dos infracciones a la Ley sobre publicaciones obscenas. A pesar del recurso, los tribunales superiores confirmaron la sentencia del Tribunal de instancia.

Ver un análisis de este caso en Higgins, Rosalyn: «The European Convention on Human Rights» en Shestack, Jerome J: The Jurisprudence of Human Rights, *op. cit.,* pág. 532 y ss.

[13] Caso Handyside (sentencia de 7 de diciembre de 1976).

[14] Caso Dudgeon (sentencia de 22 de octubre 1981), par. 47. El Tribunal se expresó de la siguiente manera:«Se comprende mejor hoy el comportamiento homosexual que en la época de la adopción de esta legislación y se manifiesta mayor tolerancia: en la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa se ha dejado

Por otro lado, el Tribunal también se manifestó sobre un punto importante de la protección de los derechos humanos en su relación con la protección de la moral, y es la distinta valoración que se ha de prestar a la protección de la moral según la sociedad de que se trate:

> «el hecho de que medidas similares no se consideren necesarias en otras partes del Reino Unido o en los Estados miembros del Consejo de Europa no significa que no puedan ser necesarias en Irlanda del Norte. Cuando existen disparidades culturales entre las comunidades que residen en el mismo Estado, el Gobierno debe hacer frente a las diferentes exigencias, tanto morales como sociales»[15].

El Gobierno del Estado respectivo, por lo tanto, está legitimado para apreciar con mayor exactitud la importancia y extensión de las prácticas y convicciones morales vigentes en su sociedad, no sólo porque pueda haber diversidades culturales en la sociedad, sino también porque tienen

> «un contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus países... están en principio en una posición mejor que el juez internacional para dar una opinión sobre el contenido exacto de dichas exigencias»[16].

En clara extensión de esta doctrina, el Tribunal atribuyó al Gobierno la facultad de apreciar el clima moral de Irlanda del Norte en lo que se refiere a los temas sexuales. El Tribunal opinó que

> «en lo que afecta a los temas sexuales... es uno de los asuntos que las autoridades nacionales pueden legítimamente tener en cuenta a la hora de ejercitar sus facultades discrecionales»[17].

En definitiva se pueden resumir las consideraciones que ha emitido el Tribunal sobre esta materia en los cuatro puntos siguientes:

---

de creer que las prácticas de este tipo apelan por ellas mismas una represión penal, la legislación interna ha experimentado en este punto una evolución que el Tribunal no podría descuidar…». Finalmente, el TEDH dictó sentencia en el sentido de que el apelante «habría sufrido» un atentado (no justificado por la protección de la moral) a su derecho al respeto a la vida privada.

[15] Caso Dudgeon (sentencia de 22 de octubre 1981), par. 47.

[16] Caso Handyside (sentencia de 7 de diciembre de 1976), par. 48.

[17] Caso Handyside (sentencia de 7 de diciembre de 1976), par. 48.

1) La protección de la moral se centra básicamente en los standards morales que comparte una sociedad en general[18].

2) El Tribunal se reserva en última instancia el control de la congruencia entre esta excepción y los derechos humanos, por lo que existe una supervisión europea de la actuación de las autoridades estatales. Sin embargo, el propio Tribunal ha reconocido en numerosas ocasiones que quien se encuentra mejor situado para captar la moral social son las autoridades estatales. La inexistencia de una noción europea uniforme de moral ha provocado que el Convenio confíe a cada Estado el cuidado de asegurar el goce de los derechos y libertades que se recogen en el Tratado.

3) Las exigencias de la moral varían en el tiempo y en el espacio debido principalmente a la rápida e importante evolución de las costumbres, creencias y opiniones sobre la materia. Por esta razón, son los propios legisladores de los Estados los que están en una mejor posición para captar el contenido de las exigencias de la moral social. Y de manera especial, están más capacitados para valorar la necesidad de que los derechos humanos sean restringidos en favor de la protección de la moral.

4) Las consideraciones precedentes han conducido al Tribunal a renunciar al intento de precisar el contenido de la expresión «moral»[19].

En definitiva, toda esta argumentación ha llevado al Tribunal a limitar el alcance de los derechos humanos en virtud de «la protección de la moral», cláusula cuyo contenido es configurado por las respectivas autoridades nacionales. Éstas toman en consideración a dicho efecto, el conjunto de creencias y valores existentes en su sociedad.

Sin embargo, esta posición del Tribunal acerca del significado de la clausula «protección de la moral» no está exenta de problemas. A continuación se va a tratar de mostrar que esta posición puede encuadrarse en una teoría ética discutible: el relativismo.

III. La «protección de la moral» y el relativismo

Las tesis del Tribunal acerca del término «moral» permiten concluir que su posición teórica es el relativismo moral. Según esta

[18] Caso Müller y otros (sentencia de 24 de mayo 1988). par. 30.

[19] Caso Müller y otros (sentencia de 24 de mayo 1988), par. 35.

teoría ética, las reglas morales y las instituciones sociales evidencian una notable variabilidad cultural e histórica. Sostiene además, que hay sistemas morales diferentes y hasta discordantes, pero que todos ellos son igualmente válidos como mecanismos de regulación de la vida de los individuos.

El problema central que surge de esta concepción que parece acoger el Convenio y el Tribunal estriba en la contraposición con el universalismo de los derechos humanos, es decir, ¿cómo pueden compatibilizarse las pretensiones del relativismo moral y la universalidad de los derechos humanos? Un análisis adecuado de la controversia entre el relativismo y los derechos humanos requiere previamente distinguir los distintos niveles de moralidad en que se puede situar el relativismo: el nivel socio-cultural, normativo, y metaético. El relativismo ético socio-cultural sostiene una tesis de carácter empírico fundada en investigaciones de antropólogos, sociólogos y psicólogos. Constata el hecho de que las personas y los distintos grupos sociales difieren en sus creencias morales. No hay un único sistema de creencias morales compartidas por todas las sociedades. Más bien al contrario, puede realizarse un juicio fáctico que muestre la variabilidad de concepciones morales que existen en las diferentes sociedades humanas. La explicación de esta diversidad de creencias morales se basa en los diferentes condicionamientos sociales y culturales que rodean a los diferentes grupos o sociedades.

El relativismo normativo se sitúa en el nivel prescriptivo de la ética y supone que en cada caso la corrección de cualquier acto o bondad de una cosa para un miembro de una cultura dada esta justificado por referencia a lo que de hecho piensa que es correcto[20]. En este sentido, parece confundirse con el subjetivismo en alguna de sus versiones, en concreto con aquella que afirma que los juicios morales enuncian las actitudes de quien los profiere. Y no se puede decir que la opinión o sentimiento moral de un individuo es más correcto que el de los demás. Personas diferentes tienen diferentes sentimientos, y esto es lo máximo que se puede decir de sus juicios morales[21]. Por último, el relativismo metaético se encuadra en el estudio teórico-conceptual. Esta modalidad de relativismo puede adoptar dos versiones: el subjetivismo y el nodescriptivismo. Desde el subjetivismo (metafísico) se afirma que los juicios morales describen actitudes

---

[20] Esto supone que nadie debe dirigir juicios morales a otros individuos que tengan valores sustancialmente diferentes, o intentar conformarlo a los valores que uno sustenta. Wong, David: «Relativism» en Singer, Peter (ed.): *A Companion to Ethies*. Blackwell. Oxford, 1993, pág. 443.

[21] Rachels, James: «Subjectivism» en Singer, Peter (ed.): A *Companion to Ethics*. Blackwell. Oxford, 1993, pag. 432.

del hablante. Como señala Williams, los enunciados morales del subjetivismo tales como «Mi actitud hacia esto es...», serían simplemente observaciones autobiográficas[22]. Sostiene la validez de la tesis empírica del relativismo cultural y añade que los juicios morales contrapuestas acerca del mismo acto son igualmente válidos. No puede haber juicios de valor que sean verdaderos u objetivamente justificables independientemente de la cultura específica.

Una vez expuesta las diferentes variantes de relativismo se está en disposición de analizar con mayor precisión la posición relativista del Tribunal. En primer lugar, no cabe duda de que el Tribunal manifiesta una postura coincidente con la tesis central del relativismo cultural: admite la diversidad cultural como origen de las diferentes valoraciones que muestran las distintas sociedades en cuestiones de índole moral (inexistencia de una moral europea uniforme). Las creencias mayoritariamente compartidas por los integrantes de una sociedad son las que dan significado (y por tanto, definen) a los derechos que aceptan los Estados. El corolario de esta concepción es que cada Estado miembro del Convenio puede modificar y restringir las pretensiones universalistas de los derechos humanos según sean las particularidades de su sociedad respecto a determinadas cuestiones de índole moral.

Por otro lado, el Tribunal también asume el postulado básico del relativismo normativo: afirma que la corrección de un acto depende de lo que en esa sociedad se decida como tal. En otras palabras, la constatación de la diversidad cultural y de creencias éticas parece razón suficiente para justificar que las autoridades convaliden dichas creencias. Cada sociedad se caracteriza por mantener criterios, creencias y principios morales propios, siendo los órganos estatales los más adecuados para juzgarlos. La justificación última de esta tesis relativista es que no hay una noción europea de moral, y además estas diferentes morales sociales son igualmente válidas.

La moral, tal y como la entiende el Tribunal, es un concepto cuyo significado puede descomponerse mediante un análisis empírico, en creencias y principios compartidos por la mayoría de miembros de la sociedad. Por otro lado, esas creencias y principios suelen cambiar según el transcurso del tiempo. Por ello, el Tribunal juzga que las medidas de protección de la moral vigentes en otros países no pueden extenderse justificadamente a otras sociedades. Lo que se considera adecuado o necesario en una sociedad puede no serlo en otra, y no parece legítima la imposición de unos criterios sobre otros. La aceptación por parte del legislador europeo y del Tribunal de la clausula limitativa de los derechos humanos «protección de la

[22] Williams, Bernard: *Introducción a la ética.* Cátedra, Madrid, 1987 [1972]. Trad. M. Jiménez Redondo, pág. 29.

moral» y del relativismo que lleva implícita, presenta algunos problemas. El examen de estos último puede realizarse en dos niveles: uno filosófico (crítica del relativismo en sus diversas variantes), y otro basado en las consecuencias prácticas que genera el uso de la «protección de la moral». En cuanto al primer punto será suficiente remitirse a las conocidas críticas que se han dirigido contra el relativismo en sus diversas variantes[23].

Respecto a las consecuencias del relativismo defendido por el Tribunal es conveniente destacar los siguientes puntos. En primer lugar, la aplicación de la cláusula limitativa por parte de las autoridades tiene como resultado que no todos los ciudadanos de los Estados miembros de la Convención tienen los mismos derechos. Ésta es una implicación bastante obvia puesto que el ejercicio de la cláusula es una potestad que depende de los Estados y tiene validez únicamente para los sujetos miembros de su Derecho nacional. El contenido de la limitación a los derechos humanos no es idéntico en todos los Estados miembros de la Convención, sino que varía según la percepción de las respectivas autoridades.

En segundo lugar, se origina la existencia de situaciones contradictorias dentro del conjunto de normas que componen la Convención: ciertas situaciones de hecho serán permitidas en determinados Estados (en relación a lo establecido en las normas que recogen los derechos humanos), mientras que en otros Estados, las mismas situaciones de hecho pueden ser calificadas de prohibidas según la cláusula limitativa de la protección de la moral. Este resultado se refleja, por ejemplo, en la sentencia del caso Handyside de la que se extrae la conclusión de que en algunos países la publicación del Red book está permitida (Bélgica, Irlanda, etc.), pero en otros está prohibida, como es el caso del Reino Unido.

En tercer y último lugar, la interpretación que el propio Tribunal ha realizado de la cláusula «protección de la moral» conduce en último extremo a dejarle sin su función principal: dictar sentencias sobre casos conflictivos según unas disposiciones que configuran un pretendido «orden común europeo», es decir, las normas de derechos humanos. Pero estas normas reducen su ámbito de aplicación por la vigencia de aquella cláusula limitativa, cuyo significado y alcance queda en manos de la interpretación de las autoridades de cada Estado Parte del Convenio. La tarea del Tribunal se limita entonces a convalidar las decisiones apreciativas de dichas autoridades acerca de la moral positiva de su sociedad.

---

[23] Ver Rabossi, Eduardo: *Estudios éticos. Cuestiones conceptuales y metodológicas.* Universidad de Carabobo, Carabobo, 1971. Williams, Bernard: *Introducción a la ética, op. cit.*. Nino, Carlos: *Ética y derechos humanos, op. cit.*

IV. La justificación de la protección de la moral a través del Derecho

El segundo interrogante que plantea la expresión «protección de la moral» como límite de los derechos humanos tiene que ver con la justificación del castigo jurídico a aquellas conductas que son inmorales. En otras palabras, ¿está facultada la sociedad para imponer, mediante el Derecho, una moral?, ¿qué tipo de legitimidad puede alegar una autoridad jurídica que utiliza la coacción para restablecer una regla moral que ha sido transgredida?

Estos interrogantes han sido abordados por el Tribunal en alguna de las sentencias anteriormente aludidas: en el caso Dudgeon las autoridades norirlandesas hicieron uso de la legislación penal para sancionar, no la conducta o acción, sino únicamente, la inclinación sexual del Sr. Dudgeon. La justificación de la que se valieron señalaba que la homosexualidad atentaba contra las costumbres y la moral de la sociedad norirlandesa, y que su tolerancia produciría un resquebrajamiento irreversible del tejido social. Argumentos similares hicieron aparición en los casos Handyside y Müller.

El problema con que se enfrento el Tribunal en estas sentencias tenía ya una larga historia de debate en la filosofía moral. Los utilitaristas clásicos, J. Bentham y J. Stuart Mill, sostuvieron que el uso del Derecho como instrumento represivo sólo estaba justificado cuando un tercero había sido lesionado efectivamente. Carecía de justificación cuando el delito afectaba el código moral de la comunidad. A mediados de este siglo reapareció el problema con la crítica de Devlin[24] al informe «Wolfenden» (1957) sobre la regulación jurídica inglesa de la prostitución y la homosexualidad, cuyas tesis principales coincidieron con las ideas de los utilitaristas. El punto fundamental que se discutió en el informe fue el problema de la relación entre Derecho y moral, o en otras palabras, entre delito y pecado. Se trataba de responder a la pregunta de hasta dónde debe intervenir la coacción penal: ¿debe castigar las infracciones de la moral? La idea principal que defendía Devlin era que el Derecho debería castigar la inmoralidad. El interés por este tipo de tesis ha vuelto a aparecer después de un tiempo en el que han estado aletargadas. En efecto, como señalaba Nino, de nuevo el espectro de Hegel planea sobre el liberalismo kantiano. Los argumentos de Devlin han sido retomados por el comunitarismo, pero también han tenido su reflejo en algunas decisiones estatales y del propio TEDH.

---

[24] Devlin, Patrick: *The Enforcement of Morals*. Oxford University Press, London-New York-Toronto, 1965, pág. 11.

Así pues, los argumentos de Devlin pueden descomponerse en las siguientes consideraciones[25]. En primer lugar, en una sociedad existen patrones morales que la mayoría de la población excluye de la tolerancia y que impone a quienes disienten de ellos, como por ejemplo, la práctica de la monogamia. Una sociedad no puede sobrevivir a menos que algunos de sus patrones morales sean de ese tipo, porque para su vida es esencial cierto tipo de consenso moral. Las pautas morales constituyen una especie de cemento social que debe ser reforzado con la sanción jurídica oficial. Si el gobierno no impone el código moral imperante sobreviene un colapso de los frenos sociales y de las costumbres basadas en la convención compartida.

El orden y la cohesión sociales sufren un deterioro. Esto es lo que llama la «tesis de la desintegración». Toda sociedad tiene derecho a preservar su propia existencia y, por consiguiente, derecho a reclamar alguna forma de conformidad.

En segundo lugar, si la sociedad tiene un derecho como el que se acaba de aludir, entonces tiene la facultad de usar las instituciones y sanciones de su Derecho Penal para imponer ese derecho:

> «la sociedad puede utilizar el derecho para preservar la moralidad de la misma manera que lo usa para preservar cualquier otra cosa, si es esencial para su existencia».

La justificación de la autodefensa jurídica de la sociedad frente a conductas erosionadoras o dañosas del entramado moral, también ha sido recogida por el TEDH:

> «En particular, las actitudes éticas hacia la conducta homosexual masculina en Irlanda del Norte y la preocupación de que cualquier relajación en el derecho tendería a erosionar los standards morales existentes...».

Este tipo de opiniones son recogidas con mayor énfasis por algunos de los votos particulares. Por ejemplo, el juez Zelcia manifiesta en el voto particular de la sentencia citada que:

> «La mayoría en una sociedad democrática está también facultada, de acuerdo con los artículos 8, 9 y 10 del Convenio

[25] Dworkin, Ronald: «Libertad y moralismo» en *Los derechos en serio.* Ariel, Barcelona, 1989. Antes publicado bajo el título «Lord Devlin's Enforcernent of morals» en Yale Law Journal, 75, 1966, pág. 352.

[26] Devlin, Patrick: *The Enforcement of Morals, op. cit.,* pág. 11

[27] Caso Dudgeon (sentencia 22 de octubre de 1981). Considerando 61. B.JC, pág. 745.

y el artículo 2 del Protocolo, número 1, para que se respeten sus creencias religiosas y morales y, por tanto, en condición de enseñar y llevar a la mentalidad de sus hijos las convicciones concordantes con sus principios religiosos y morales»[28].

Ahora bien, el problema consiste en determinar qué clase de actividad inmoral debería ser prohibida por el Derecho. En este punto, Lord Devlin y el Tribunal vuelven a coincidir. Según el jurista inglés, el criterio que debe ser utilizado es el del «hombre razonable» («the man on the Clapham omnibus»):

> «La inmoralidad..., para los propósitos del Derecho, es lo que cualquier persona razonable considera inmoral»

Por su parte el Tribunal reconoce que el criterio para definir la moralidad vigente de la población de una sociedad dada debe remitir también al «hombre razonable»:

> «las concepciones de la moral sexual han cambiado estos últimos años. No obstante, después de examinar los cuadros objeto del litigio, cree que no les faltaron razones a los tribunales competentes para considerarlos "de naturaleza susceptible de herir brutalmente", por el realce dado a la sexualidad en alguna de sus formas más crudas, "la decencia sexual de las personas de sensibilidad normal"[29]».

Devlin sostiene que cuando los legisladores deben decidir si una conducta es inmoral, y por tanto, punible, deben hacerlo según las pautas del consenso que haya alcanzado la comunidad. Esto es lo que exige el principio democrático. Nada alejado de esta concepción se encuentra el Tribunal cuando justifica que el gobierno del Reino Unido omitiera la modificación de legislación penal antihomosexual sobre la base de un

> «sentimiento fuertemente arraigado en Irlanda del Norte contra el cambio propuesto y, en particular, por el vigor de la opinión de que sería enormemente peligroso para el entramado moral de la sociedad de Irlanda del Norte»[31].

---

[28] Caso Dudgeon (sentencia 22 de octubre de 1981). Voto particular del juez Zekia. BJC, pág. 747.
[29] Devlin, Patrick: *The Enforcement of Morals, op.cit.,* pág. 15.
[30] Caso Müller y otros, (sentencia 24 de mayo de 1988), Considerando 36. BJC, pág. 1513.
[31] Caso Dudgeon (sentencia 22 de octubre de 1981). Considerando 61. BJC. pág. 743.

Según Devlin, la sociedad tiene un derecho ilimitado a legislar contra la inmoralidad y su justificación es bien clara: la pervivencia de la propia sociedad. No es extraño por ello, que acabe comparando el castigo del vicio con el castigo de la traición. Esto se advierte con claridad en el siguiente párrafo, a pesar de su extensión:

> «La sociedad tiene derecho a protegerse a través de sus leyes de los peligros, bien procedan de dentro, bien desde fuera. Aquí pienso de nuevo que el paralelo con la política es legítimo. La ley de la traición está dirigida directamente contra la prestación de ayuda a los enemigos del rey y contra la sedición desde el interior. La justificación de esto reside en que es necesario un gobierno establecido para la existencia de la sociedad, y por tanto se debe proteger la seguridad de aquel de ataques violentos. Una moral establecida es tan necesaria como un buen gobierno para el bienestar de la sociedad. La desintegración sobrevendrá cuando no se observe moralidad compartida alguna, y la historia enseña que la perdida de los lazos morales es, en muchas ocasiones, el primer paso hacia la desintegración, de manera, que la sociedad está justificada para tomar las medidas con el fin de proteger su código moral, de la misma forma que lo hace para preservar su gobierno y otras instituciones esenciales. La supresión del vicio es asunto del Derecho, tanto como lo es la supresión de las actividades subversivas. No es más posible definir una esfera de moralidad privada que definir una esfera de actividad subversiva privada. No hay límites teóricos al poder del Estado para legislar contra la traición y la sedición, como creo que tampoco pueden haber límites teóricos a la legislación contra la inmoralidad»[32].

Las tesis de Lord Devlin provocaron multitud de réplicas entre las que destacaron las del profesor H. L. A. Hart, y que parecían clausurar el debate. Sin embargo, en la década de los ochenta surgen de nuevo con fuerza los planteamientos favorables al castigo jurídico de las conductas inmorales. Tales planteamientos no sólo han sido acogidos por algunos filósofos (los comunitaristas), sino también por las autoridades estatales de algunos países. Quizá el caso más famoso es *Bowers vs. Harvick* (1986) en el que el Tribunal Supremo estadounidense se manifestó favorable al mantenimiento de la ley penal de Georgia que tipifica el delito de sodomía[33]. Pero también en

---

[32] Devlin, Patrick: *The Enforcement of Morals, op. cit.,* págs. 134.
[33] El debate sobre esta cuestión fue el motivo del monográfico de la *Californian*

Europa existen ejemplos de este tipo de postura. Así en el asunto Norris (6/1987) el TEDH examinó la legislación irlandesa («Offences against the Person Act», 1861) que penalizaba ciertos actos homosexuales realizados consentidamente en privado entre adultos[34].

Los argumentos presentados por Hart todavía son válidos. El autor inglés pone en cuestión la tesis central de esta corriente de pensamiento: la preservación de la moralidad social constituye algo bueno en sí mismo. En relación a esta cuestión, Hart presenta los siguientes contrargumentos:

a) No parece nada claro cuál puede ser el valor de obtener conformidad con la moral, no a través del convencimiento sino de la compulsión. Según Hart, la atribución de valor a la conducta conforme, con independencia de los motivos y las consecuencias que la motivan, pertenece no a la moral sino al tabú[35].

b) Esta corriente de pensamiento presupone que hay un consenso moral en la sociedad, lo cual parece bastante objetable en las sociedades modernas donde se produce una diversidad considerable de ideas, costumbres y de creencias. Precisamente uno de los argumentos fuertes del liberalismo parte de la base de este dato fáctico frente al que hay que oponer el principio de neutralidad como mecanismo de resolución de los conflictos entre las distintas concepciones del bien. Aunque con la salvedad de que lo correcto es un prerrequisito de la concepción del bien que se realice.

c) La moral vigente en una sociedad puede ser considerada aberrante, por lo que sería difícil justificar que su protección es una dato valioso[36].

d) La dificultad conceptual para aceptar el criterio de identificación de lo que es inmoral basado en lo que la gente

---

Law Review de 1989 (77), en el que discutían la justificación de dicha resolución autores como Dworkin y Sandel.

[34] Otros recientes casos en los que el Tribunal examina la legitimidad de legislaciones y decisiones estatales basadas en la protección de la moral son las siguientes: *Affaire Open Door et Dublin Well Woman c. Irlanda* en la que las demandantes cuestionan la orden del Tribunal Supremo irlandés que prohibía a dichas sociedades aconsejar e informar a las mujeres embarazadas sobre las posibilidades de abortar en el extranjero. Según el Gobierno irlandés su legislación tenía por objetivo la protección de los derechos del nasciturus, pero también, la protección de la moral.

[35] Hart, H. L. A.: *Law, Liberty and Morality.* Oxford University Press, London, 1963, pág. 57.

[36] Hart, H. L. A.: *Law, Liberty and Morality, op. cit.,* pág. 19.

«siente» como peligroso. «Lo sentido como peligroso» no necesariamente tiene que coincidir con aquello que es efectivamente peligroso para la preservación de la sociedad. El sentimiento puede suministrar datos que permitan describir el estado de creencias y actitudes morales de una sociedad, pero no puede servir de criterio para distinguir transgresiones morales peligrosas y no peligrosas. En este sentido, es factible pensar casos en los que el sentimiento de repugnancia e indignación se basan en el prejuicio o en la inercia provocada por una tradición ancestral nunca cuestionada críticamente.

e) Devlin no presenta pruebas empíricas que demuestren que las modificaciones en los hábitos morales de la gente haya conducido a la desintegración de alguna sociedad[37].

f) Este tipo de posiciones encubren una confusión entre democracia y «populismo moral», es decir, la doctrina de que la mayoría debe determinar no quiénes deben gobernar sino cómo los demás deben vivir[38].

Abundando en este último punto es necesario clarificar el significado que Lord Devlin, los comunitaristas y el propio Tribunal atribuyen al término «moral». Cuando se habla de moral se puede hacer referencia a dos cosas distintas: la moral positiva y la moral crítica[39].

1. La moralidad positiva

Es aquella que es aceptada y compartida por la mayoría de un determinado grupo social. El elemento básico de la moral compartida o aceptada por un grupo social consiste en reglas primarias de obligación, es decir, reglas que se sustentan en una seria presión social y por el considerable sacrificio de interés o inclinación individual que su cumplimiento trae aparejado.

Hart señala que las reglas que componen la moral social pueden ser distinguidas y clasificadas de maneras diferentes. Por un lado, algunas tienen un ámbito de aplicación restringido que se refiere a una esfera particular de conducta, como por ejemplo, el vestir,

---

[37] Hart, H. L. A.: *Law, Liberty and Morality, op. cit.,* pág. 50.

[38] Hart, H. L. A.: *Law, Liberty and Morality, op. cit.* pág. 77 y ss., y también, Nino, C. S.: *Introducción al análisis del Derecho.* Ariel, Barcelona, 1984, págs. 425-6.

[39] Hart, H. L. A.: Law, Liberty and Morality, *op. cit.,* pág. 20. Ronald Dworkin esboza otra distinción similar en torno a lo que el denomina «posición moral antropológica» y la «posición moral discriminatoria». Dworkin, Ronald: «Libertad y moralismo», *op. cit.,* pág. 358.

o a actividades para las cuales sólo hay oportunidades discontinuas (ceremonias y juegos). En otros casos, las reglas se aplican sólo a subgrupos sociales, mientras que en otros, al grupo completo. Desde otro punto de vista algunas reglas morales, cuando son transgredidas pueden dar lugar a una simple advertencia, y en otras, a un reproche, a una exclusión o a un desprecio colectivo[40].

Sin embargo, y esto es lo que importa destacar, dentro del nombre genérico de «moral» se incluyen reglas que se consideran de alguna importancia, y que se aplican a lo que debe hacerse o no hacerse en circunstancias que se suceden con reiteración en la vida social cotidiana. Exigen determinadas y específicas conductas u omisiones, cuya transgresión genera una censura seria.

Las obligaciones y deberes que surgen de esta moral positiva pueden variar de una sociedad a otra, o incluso dentro de la propia sociedad, y también en el transcurso del tiempo. Generalmente, esta variedad viene motivada por las distintas necesidades sentidas en cada sociedad.

Los juicios que se refieren a la moral positiva describen hechos, por lo que no expresan juicios justificatorios en sentido estricto, de acciones o decisiones. Como señala Nino, la moral social es tomada en consideración por el individuo no como razón justificatoria última de sus acciones, sino como razón prudencial para evitar consecuencias que considera desagradables:

> «la moral positiva sólo concierne al *razonamiento* práctico del hombre "prudente", quien está principalmente preocupado por las reacciones sociales que pueden provocar sus actos»[41].

2. La moral crítica

Se refiere a los principios generales obtenidos reflexivamente por los individuos y que sirven para criticar sus propias acciones como las instituciones sociales y la propia moral positiva[42].

---

[40] Hart, H. L. A.: *El concepto de Derecho, op. cit.,* pág. 211.

[41] Nino, C. S.: *Ética y derechos humanos, op. cit.,* pág. 93.

[42] Hart, H. L. A.: *Law, Liberty and Morality, op. cit.,* pág. 20. La defensa de la moral crítica no involucra necesariamente un compromiso con una moral objetiva, absoluta y universal. Puede ser vista como un conjunto de valores y principios que surgen de un proceso reflexivo y justificatorio llevado a cabo por los individuos bajo unos requisitos procedimentales dados: igualdad en el discurso, imparcialidad, universabilidad de los juicios, etc. Por otro lado, estos valores y principios pueden ser comunicados y generar un consenso ideal acerca de su justificación. Ver Pére Luño, A. E.: *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución.* Tecnos, Madrid, 1984, pág. 162.

En contraposición a la moral positiva, la moral crítica corresponde al razonamiento práctico del hombre «moral», es decir, aquel que no se guía por las reacciones sociales de sus juicios éticos, sino por la fuerza justificatoria que está detrás de los actos y decisiones; es decir, su punto de referencia es la moral ideal.

La principal diferencia entre estos dos conceptos de moral estriba en que los juicios de la moral ideal se consideran válidos según ciertas reglas procedimentales y los de la moral positiva aceptados socialmente. No obstante, la relación entre ambos juicios no es excluyente, hay juicios válidos desde el punto de vista de una moral ideal que son vigentes socialmente. Es más, una total asimetría entre los juicios morales ideales es inviable: una moral social se mantiene en la medida en que converge con los juicios morales críticos que la gente está dispuesta a formular[43].

Esta distinción entre moral positiva y moral ideal tiene importantes consecuencias en la discusión justificatoria según el punto de vista que se sostenga. Así, el liberalismo introduce esta distinción como uno de los elementos centrales de su discurso. La moral ideal es vista como

> «un momento de distancia frente a las normas dadas para poder establecer su validez; es necesaria una distancia para establecer la crítica que posibilita el punto de vista moral»[44].

En cambio, el comunitarismo trata de diluir esta distinción crítica acentuando que toda crítica debe partir y terminar en los valores compartidos de la población: toda crítica moral es interna. Tal posición hace difícil la explicación del cambio en los valores sociales, como también condena toda disidencia y diferencias que vayan en contra de la moral social.

Puede afirmarse que el uso del término «moral» que han utilizado Lord Devlin y el Tribunal Europeo corresponde al sentido «social» o «positivo». La moral que debe ser protegida es aquella que manifiestan los individuos que forman la sociedad, es decir, sus convicciones y actitudes frente a las acciones de sus congéneres. La opinión que debe ser tomada en cuenta es aquella del hombre razonable.

La adopción del Tribunal Europeo de este sentido antropológico de la noción «moral» plantea graves inconvenientes como punto de apoyo justificatorio de sus decisiones. Como señala Dworkin, aunque sea cierto que una comunidad manifieste un tremendo aborreci-

---

[43] Nino, C. S.: *Ética y derechos humanos, op. cit.,* pág. 93.

[44] Thiebaut, Carlos: *Los límites de la comunidad.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 159.

miento a la homosexualidad, también puede ser que dicha opinión no se sustente en ningún argumento racional, sino todo lo contrario, que sea un conglomerado de prejuicios (por ejemplo, que los homosexuales son moralmente inferiores) y de aversiones personales no reflexionadas. En estos casos, es improbable que el «hombre razonable» pueda ofrecer razones autónomas y críticas al respecto.

En estos supuestos, la adhesión únicamente al principio de la mayoría como criterio de resolución de cuestiones morales se presenta como problemático. Los prejuicios y las aversiones personales inherentes en la moralidad positiva no justifican la limitación de ciertos derechos. En la misma línea, el legislador o el juez que debe resolver un problema, y para ello debe percatarse y tener en cuenta la práctica moral generalmente observada, no esta justificado para adherirse a ella acríticamente.

Este punto es especialmente significativo cuando los elementos que se ponen en la balanza son por un lado, la moral positiva, y por el otro lado, los derechos humanos, entendidos como integrantes de la moral crítica. Esta contraposición se ha planteado en varias ocasiones en la jurisprudencia del Tribunal. La solución a todos los casos no ha sido uniforme, sino que su opinión se ha flexibilizado en atención a las circunstancias en juego. Sin embargo, de lo expuesto en las páginas anteriores se extrae como conclusión que es injustificado que las consideraciones basadas en la moral social se antepongan frente a la moral crítica (derechos humanos). Y aquí vale citar la expresión de Dworkin: los derechos humanos son «triunfos» que no ceden frente a razones basadas en criterios numéricos o de utilidad social.

En conclusión, el CEDH parte de una descripción correcta acerca de la falta de homogeneidad moral de las diferentes sociedades que lo componen; es decir, dichas sociedades no sostienen valoraciones y concepciones idénticas de lo bueno. Precisamente el liberalismo es una concepción que trata de solucionar los problemas en que se encuentra una sociedad que da cobijo a diferentes concepciones del bien. El liberalismo supone un reconocimiento de la pluralidad de las creencias y de las concepciones del bien, cuya coexistencia puede lograrse a través de una teoría procedimental de la justicia,

> «… y en particular, la primacía de la justicia entre los ideales morales y políticos. Su tesis central puede ser expresada como sigue: la sociedad, en el sentido de que es un compuesto de una pluralidad de personas con intereses, pretensiones y concepciones del bien diferentes, se organiza mejor cuando está gobernada por principios que no presuponen *ellos mismos* ninguna concepción del bien; lo que justifica estos principios

regulativos no es la maximización del bienestar social o la promoción del bien, sino más bien que se conforman al concepto de *correcto,* una categoría moral prioritaria e independiente del bien»[45].

A pesar de la retirada que han experimentado algunos teóricos del liberalismo a favor de algunas tesis comunitaristas, es preciso mostrar los peligros de la renuncia a la universalidad del discurso moral. El reconocimiento realizado por Rawls del particularismo occidental de su teoría de la justicia no es más que el primer paso hacia el reconocimiento de que el discurso moral sólo se entiende en una sociedad determinada[46]. Pero no hay razón alguna para detener ahí este proceso: alguien podría señalar que en una sociedad coexisten varios grupos sociales con diferentes concepciones y prácticas morales que solo se pueden entender internamente, y así se podría continuar casi indefinidamente.

De hecho esto puede ejemplificarse con la práctica seguida por el TEDH y su concepción de la moral. En principio, los derechos humanos recogidos en el CEDH constituyen el reflejo de la idea liberal de justicia para una comunidad atravesada por diferentes concepciones morales; los derechos humanos son la expresión de un esperanto moral. Pueden concebirse como la concesión mínima que realizan los individuos o los Estados para garantizar la evaluación neutral e imparcial en la esfera pública del desarrollo privado de las respectivas concepciones de lo bueno.

Pero la retirada liberal supone que ante la inexistencia de un concepto o práctica moral europea, el TEDH ha de rebajarse a considerar lo que es moral en cada Estado. Y esto ya esta muy cerca de la «moralidad del patriotismo» de MacIntyre y del riesgo de disolución de la crítica de las prácticas sociales de una comunidad. En definitiva, implica una renuncia a establecer un «orden común de derechos humanos».

Frente a esa tendencia una tarea importante es señalar cuáles son las consecuencias ulteriores de la retirada del universalismo de los derechos humanos. Estas consecuencias se diferencian mucho de los atractivos iniciales que presenta la teoría particularista. De hecho, esta no es una corriente nueva sino que enlaza con la tesis conserva-

---

[45] Sandel, Michael: *Liberalism and the Limits of Justice.* Cambridge University Press, Cambridge, 1982, pág. 1.

[46] Rawls, John: «La idea de un consenso por superposición»; en *Derecho y Moral. Ensayos analíticos.* Betegon, J.-Páramo, J. R. de (eds.). Ariel, Barcelona, 1990. Trad. Juan Carlos Bayón. Pág. 65 [Oxford Journal of Legal Studies, 7 n.º 1, 1987].

doras. Por ello, y para finalizar este trabajo, es oportuno citar a Brian Barry, quien resume acertadamente las raíces conservadoras del pensamiento comunitarista y sus consecuencias respecto a los derechos humanos:

«La situación actual de los derechos humanos es un tanto irónica. Por un lado vemos que se exige su reconocimiento y puesta en práctica en países como China y Rusia que carecen de una tradición institucional liberal. Por otro, en las democracias liberales, durante los últimos años los filósofos políticos han ido abandonando cada vez más los esfuerzos para apoyar tales demandas, y de hecho han sugerido que cualquier alusión a presuntos principios es inútil y errónea. Comunitaristas como Michael Walzer y Alasdair MacIntyre o pragmatistas como Richard Rorty han llegado desde diferentes ópticas a conclusiones de orden práctico muy similares a las de conservadores en la línea de Burke o Michael Oakeshott: en vez de apelar a principios abstractos debemos apelar al espíritu de las instituciones consolidadas en nuestra propia sociedad.

Los estudiantes de Pekín o los manifestantes de Moscú recibirían malas noticias si fuera verdad que el único argumento válido fuera el recurso a las prácticas propias de cada sociedad. Las peticiones de reforma podrían zanjarse taxativamente con la respuesta siguiente: "el reconocimiento de los derechos humanos no es la practica habitual aquí y nunca lo ha sido"... La tortura, los escuadrones de la muerte o el genocidio nunca pueden justificarse diciendo: "así es como hacemos las cosas aquí"»[47].

[47] Barry, Brian: «Derechos humanos, individualismo y escepticismo», DOXA, 11, 1992, pág. 220.

SOBRE EL DERECHO COMO «TÉCNICA» O «TECNOLOGÍA»

Apostillas a una polémica entre dos visiones cientificistas sobre las posibilidades del discurso jurídico

En un número anterior de DOXA presenté un estudio donde, entre otras cosas, me referí en forma crítica a las observaciones que acerca de Kirchmann formula M. Atienza en su Introducción al Derecho[1]. La tesis de Atienza es que, si se tiene en cuenta -como a su juicio, es lo correcto- que «la jurisprudencia es una técnica [no una *ciencia*], los argumentos de von Kirchmann se vuelven, sencillamente, impertinentes» *(op. cit.,* pág. 281 -cursiva mía, E.P.H.-). Sólo después de tener ya completamente redactada la versión original de dicho estudio mío llegué a advertir que, además de lo señalado por Atienza en ese libro, él había efectuado ulteriormente algunas aclaraciones al respecto; las formuló ante críticas que le dirigió, precisamente en cuanto a la diferencia entre «ciencia» y «técnica» jurídicas. R. J. Vernengo[2]. Aun sin entrar en todos los detalles de este intercambio de ideas entre Atienza y Vernengo, deseo referirme a ciertas cosas que allí se señalan, pues tienen relación muy directa con lo examinado por mí.

Ante todo, me importa subrayar que nada de lo expuesto por Atienza en su *Respuesta* a Vernengo le hace perder justificación a las puntualizaciones que efectué en mi estudio. Aunque en general estoy

---

[1] Enrique P. Haba, «Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor!» Vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual Teoría del Derecho», en *Doxa*-14 (1993), págs. 269-317. El comentario sobre lo que dice Atienza se encuentra entre las notas 10 y 13*;* cf. también las notas 27, 33, 38 y 50. Manuel Atienza, *Introducción al Derecho,* Barcanova, Barcelona 1985; cf. allí esp. las págs. 279-282.

[2] Roberto J. Vernengo, «Ciencia jurídica o técnica política: ¿Es posible una ciencia del Derecho?», en *Doxa*-3 (1986), págs. 289-295. Manuel Atienza: «Sobre la Jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo», en *Ibid.,* págs. 297-311. Roberto J. Vernengo: «Réplica a la respuesta de M. Atienza», en *Ibid.,* págs. 313-314.

de acuerdo con lo que aquel destaca en sus aclaraciones, donde incluso recurre al mismo libro de Bunge utilizado en mi propia crítica[3], pienso que estas en modo alguno invalidan los dos reparos principales que le hice: a) que lo señalado por Kirchmann NO es «impertinente», sino todo lo contrario, para el *centro* mismo de la discusión acerca de lo que el derecho pueda ser como «técnica» o «tecnología»; b) que la distinción entre «técnica» y «tecnología» constituye una presentación mucho menos nítida que aquella de Bunge, entre «tecnología» y «seudotecnología», máxime si es cuestión de advertir sobre las insuficiencias *teoréticas* que caracterizan al discurso normal de los juristas[4]. Ahora paso a ocuparme de algunos aspectos de la polémica Vernengo-Atienza.

***

Vernengo llama la atención sobre la diferencia entre las técnicas *científicas* y «otro tipo de técnicas, como las primitivas utilizadas en prácticas religiosas, en las artes y artesanías o, inclusive, en la vida cotidiana» (pág. 293); a partir de ahí, concluye que si la jurisprudencia fuera una técnica, lo sería precisamente del primer tipo *(ibid.)*. Es correcto, desde luego, distinguir en general, como pide Vernengo, entre esos dos tipos de «técnicas». Y si el derecho perteneciera en efecto al primero de ellos, no daría lugar a ninguna confusión importante llamarle «ciencia». Pero toda la cuestión es justamente *esa:* ¿constituye el discurso de los juristas, en realidad, un procedimiento de *tal* tipo? Como se ve, Vernengo cree que sí, aunque no deja de reconocer que también hay allí de lo otro, pues «muchas de las técnicas utilizadas por los juristas no tienen el carácter de una técnica científica, manteniéndose al nivel de prácticas más primitivas» (pág. 295; cf. también pág. 314: «no dudo que hay cosas producidas por los juristas que ni siquiera alcanzan el nivel de aquellos libros de cocina...»). En cuanto a la naturaleza de dicha «ciencia», termina afirmando: «algunas de las cosas que hace el jurista lo asemejan al político; otras, lo acercan al ingeniero, al médico, al psicólogo. ¿Por qué poner todo bajo un único rasero?» (pág. 295; cf. también pág. 314).

Pienso que, planteadas las cosas de esa manera, el asunto prácticamente se diluye. Tiene razón Vernengo al decir que no hay por qué «poner todo bajo un único rasero»... Bueno, ¿pero qué es lo que estamos discutiendo entonces? Si de lo que se trata es de ver, frente

[3] Mario Bunge, *Seudociencia e ideología,* Alianza Editorial (AU 440), Madrid, 1985. Mi referencia a Bunge, en «Kirchmann...» (*supra* nota 1), se encuentra allí a la altura de la nota 11.

[4] Cf. «Kirchmann...» (*supra* nota 1): apartado II. B y *passim.*

a cada discurso jurídico *en particular* o a un grupo de ellos, si *éste* es más bien de sello «político» que «ingenieril» o acaso «médico», «psicológico», etc., ¿qué sentido tiene sostener que la jurisprudencia es *en general* «científica», o negarlo? Tenemos que basarnos en algún concepto *general* de ciencia al examinar dicha pregunta, para que en función de él podamos «medir» la naturaleza de unas u otras actividades jurídicas (aun sin necesidad de negar que existen diferencias entre estas). Sólo con base a tal concepto se puede llegar a alguna conclusión sobre si el Derecho, todo él o en su mayor parte, es o no es ciencia. Mas no está claro cuál sea tal concepto en la posición de Vemengo, y mucho menos qué pruebas hay de que la experiencia jurídica *real* se adecúe a él.

Las debilidades, o por lo menos las faltas de precisión, del punto de vista de Vernengo han sido bien advertidas por Atienza. Éste comienza por aclarar que, aunque hallemos una «estrecha interconexión existente entre la ciencia y la técnica... ello no significa que haya que renunciar a diferenciar la una de la otra» (pág. 299)[5].

Después pone el dedo en la llaga, señala el punto clave, aquello de lo que Vernengo prefiere apartar la vista: «La dogmática jurídica mantiene *pocas,* y *poco profundas,* relaciones con la ciencia, y desde luego, no me parece que pueda decirse que se basa en alguna(s) ciencia(s) en particular, sino más bien en una combinación de experiencia, sentido común, conocimiento ordinario, etc.» (pág. 307 -subrayados míos, E. R H.-)[6]. Aun admitiendo que algo de «ciencia» -algún «parecido de familia» (Wingenstein), dije yo[7]- puede contagiársele a la jurisprudencia, Atienza acota que a él (y también a mí) le «gustaría saber *cuáles* son esas actividades presuntamente científicas [a que se refiere Vemengo] y qué *peso* tienen en el conjunto de la dogmática» (pág. 309 -subrayados míos, E. P. H.-). La carga de esta prueba debe recaer, naturalmente, en aquellos que como Vernengo, afirman la existencia de semejante carácter «científico» en el discurso jurídico. Salvo que se prefiera evadir esa responsabilidad inmunizándose contra ella mediante alguna definición estipulativa que sea tan amplia como para abarcar *de antemano,* por la vía de una petición de principio, hasta razonamientos como los que suelen tener curso en la actividad profesional de los juristas. Ni

---

[5] Para un esclarecedor análisis de esas diferencias, cf, Atienza (*supra* nota 2); págs. 300-307. Pero téngase también en cuenta la observación de Michael Mulkay transcrita en «Kirchmann...» (*supra* nota 1): nora 11 *in fine.*

[6] No me canso de mencionar la insuperable caracterización efectuada por Radbruch: «una indisoluble mezcolanza de elementos teoréticos y prácticos, cognoscitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos» (Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie:* cap. 15 *in limine).*

[7] Cf. «Kirchmann...» (*supra* nota 1): apartado III. 2.

Vernengo ni otros autores ofrecen las pruebas pedidas, sino unos juegos de implícitas redefiniciones (persuasivas) del concepto «ciencia» que permiten exonerarse de presentar pruebas.

***

Mucha razón asimismo tiene Atienza en recalcar cuál es, al fin de cuentas, el motivo de fondo de estas discusiones: «la respuesta -cualquiera que ésta sea- carece de relevancia teórica y quizás no tenga tampoco mucha importancia práctica, pues no es de esperar -como indica Vernengo al comienzo de su comentario- que los dogmáticos vayan a modificar, por el simple hecho de que su actividad se considere o no "científica", la forma de cultivar su disciplina.

Semejante debate no parece cumplir más que una función ideológica (que, de todas formas, tampoco conviene olvidar): la de descalificar o justificar, según los casos, el saber jurídico tradicional, pero sin que nuestro conocimiento sobre el mismo se vea aumentado por ello» (pág. 307)[8]. Atienza tiene la honestidad de reconocer que, por ende, la discrepancia entre él y Vernengo «es más un desacuerdo en cuanto a nuestras respectivas *actitudes* frente a la dogmática que un desacuerdo de *creencias* sobre lo que sea la actividad dogmática... Me parece que esa diversa actitud podría expresarse así: Vernengo tiene una actitud más positiva que la mía (aunque la suya no implique una aceptación sin reservas ni la mía una crítica radical) acerca del modo de proceder del jurista dogmático» (pág. 310).

Habiéndome permitido terciar en esta polémica, debo reconocer que también mi propia posición, más escéptica (¿«crítica radical»?) que la de Atienza, responde en última instancia a una *actitud*. A una que, sobre todo, implica gran desconfianza hacia los mitos que conlleva *toda* ilusión racionalista respecto a las «construcciones» (Berger/Luckmann) del pensamiento social (cf. Freud, Frank, Schumpeter, Debray, etc.). Sin embargo, aun estando advertido de que el *impulso* para tomar tal o cual posición es en sí mismo *extra*-científico, básicamente existencial, «actitud», etc., no creo que de ello se siga que tanto da -*¡teóricamente* hablando!- que se diga una cosa como cualquier otra. Más allá de los motivos personales que a cada quien lo llevan a decir lo que dice, *eso* que él dice puede ser más cierto o menos cierto, más transparente o más disimulador, etcétera. [Supongo que tanto Vernengo como Atienza y yo mismo estamos de acuerdo, por lo menos, en que hay diferencia entre verdad y falsedad; si no presupusiéramos tal cosa, no estaríamos discutiendo.]

---

[8] Cf. también «Kirchmann... (*supra* nota 1): a la altura de la nota 27 y esa misma nota (la cual contiene otras palabras de Atienza sobre el asunto).

Pues bien, la diferencia esencial entre una posición como la de Vernengo, por un lado, y la de Atienza o la mía, por el otro, es que nosotros dos nos callamos (sea por los motivos que fuere) algo que Vernengo, en cambio, prefiere (sea por los motivos que fuere) remitir al campo del «mejor es no meneallo...». Eso que Vernengo echa a un lado de la palestra, lo que él NO considera digno de una atención principal a la hora de categorizar el discurso de los juristas, sin embargo es, nos guste o no nos guste, una verdad *de hecho*. Más aún, ella es decisiva para comprender de qué se trata ahí *realmente.* Y esto, en sí mismo, para nada depende de nuestras respectivas *actitudes,* ni de que le pongamos o no el rótulo de «ciencia» al pensamiento jurídico. Me estoy refiriendo ni más ni menos que a una comprobación tan notoria como la siguiente: al HECHO de que el discurso *corriente* de los juristas -¡el real!- deja de lado conocimientos pertinentes y ciertas bases generales de razonamiento aceptados en la generalidad de las otras disciplinas a las que se llama ciencias. Hasta cabe afirmar que ese discurso SE OPONE propiamente a los paradigmas comunes, de precisión empírica y de orientación antirretórica, que caracterizan a la generalidad de éstas[9]. Tal diferencia esencial puede, claro está, ser valorada como cada quien guste hacerlo, consiguiendo así justificarla o criticarla. Y se puede, también, utilizar (persuasivamente) uno u otro de los muchos significados del término prestigioso «ciencia» para expresar la valoración por la que se optó. No obstante, por más contingentes que sean todas esas valoraciones, y por más convencionales que sean todas las definiciones de ese término, no es lo mismo, en el plano TEÓRICO, decidirse a *reconocer* dicha diferencia que apartar la vista de ella. Y tampoco esta será ni mayor ni menor, en sí misma, por que la actitud de unos u otros les lleve a recalcarla o a silenciarla. Diferencia *objetiva,* pues, aunque en efecto sean subjetivas las inclinaciones (actitudes) que a cada teórico lo inciten personalmente a advertirla o pasarla por alto, a confesarla o callarla, a aplaudirla o lamentarla.

Puede decirse, recurriendo al estribillo de Luhmann, que el pensamiento jurídico normal opera mediante una «reducción de la complejidad» del mundo social, en el discurso respectivo. Éste se ocupa precisamente, entre otras cosas, de ponerle una *valla* -¡peculiar «reducción»!- a la posibilidad de que, para resolver conflictos, se tengan en cuenta unos saberes sustantivos o los métodos de investigación de las ciencias sociales en general (y ni que hablar en cuanto a los de disciplinas científicas más lejanas). O sea, que los «saberes» jurídicos se dirigen, esencialmente, a *des*-conocer aspectos esenciales de lo que otras ciencias han logrado saber sobre la conducta

[9] Cf. el lugar señalado *supra* en la nota 7.

humana, tanto respecto a la de los grupos sociales como a los verdaderos condicionantes de actuaciones individuales[10]. Esos «saberes» consisten en acudir, para aprehender intelectualmente las cuestiones y para resolverlas, a unos discursos que se elaboran con prescindencia de los más elementales conocimientos sobre las «celadas» (Wingenstein) que nos tiende el lenguaje común, plano al que pertenece en su mayor parte cuanto dicen los juristas. Por lo demás, estos ignoran todo, o casi todo, respecto a las bases teoréticas de la construcción de los lenguajes científicos en general.

De la ciencia de los juristas, por eso, lo menos que puede decirse es que ella es algo *muy* distinto de cualquier otra disciplina científica, aun si la comparamos con las demás ciencias llamadas «blandas». Ninguna definición persuasiva, o no persuasiva (si las hay), de la palabra «ciencia» puede hacer que no existan tales diferencias EN LOS HECHOS, o hacer que la existencia misma de estas dependa de si la actitud de los locutores es favorable a reconocerlas o no. Diferencias que, por tanto, no es exagerado reconocer como plenamente *objetivas* -si se admite que tiene sentido usar el término «objetividad» para calificar (y distinguir entre) discursos, y sobre todo respecto a los de tipo teorético-[11].

***

Por otro lado, quiérase o no, asimismo es de orden *teorético* -vale decir: no simplemente diferencia de actitudes (la hay), sino también de *creencias*- una discrepancia, aunque sea menor, entre las conclusiones a que llega Atienza y las mías. Pues si bien las consideraciones *descriptivas* que Atienza formula sobre el discurso actual de los juristas, creo que en el fondo no difieren mucho, detalles terminológicos aparte, de lo que también pienso yo al respecto, empero él comparte -¡yo no!- la ilusión cientifista de que sería posible cambiar sustancialmente ese discurso. Según él, en efecto, existiría «la posibilidad de modificar la forma habitual de la elaboración dogmática...» (pág. 309), Y agrega: «frecuentemente, no alcanza (el proceder dogmático) los niveles de racionalidad a que cabría aspirar dado el estado de desarrollo actual de las ciencias y de las tecnologías. Precisamente por eso considero inte-

[10] Cf. «Kirchmann...» (supra nota 1): notas 9 y 14, y apartado II. B.

[11] Cf. también, análogamente, las precisiones sobre la *objetividad* de lo racional efectuadas al final del Excurso en mi estudio «Racionalidad y método; ¿es eso posible?». [Una versión ampliada de dicho estudio, el cual se publicó originalmente en *Doxa* 7 y 8 (1990), apareció en la *Revista de Ciencias Jurídicas* de la Universidad de Costa Rica, n.os 66 y 67; el mencionado Excurso está sólo en ésta, págs. 127-133 del n.º 66].

resante y pertinente proponer *modelos alternativos* al paradigma de la dogmática actualmente vigente» (pág. 310 -subrayado mío, E.P.H.-). Yo pienso, más bien, que tales «modelos alternativos» tienen su destino confinado a los congresos de Teoría del Derecho, a revistas y libros de la materia, o a los proyectos de investigación cuyo financiamiento requiere conjurar en las autoridades la ilusión tecnocrática de que así se puede contribuir a hacer más «científico» el derecho[12].

Para esos «modelos alternativos», sea cual fuere su contenido, es demasiado magra, por no decir nula, la posibilidad que tienen de llegar a ser conocidos, y mucho menos adoptados, por los juristas corrientes. Claro que esta afirmación mía, un pronóstico, no es algo que se pueda comprobar ni refutar sino en el futuro (mejor dicho: comprobada no podrá ser nunca, ya que el futuro siempre permanece abierto). No diré, pues, que es *absolutamente* imposible que unos «modelos alternativos» lleguen alguna vez a ser adoptados en la actividad jurídica normal. Así y todo, no veo en qué pueda basarse Atienza para creer, si es que lo cree, que tal cosa sea verdaderamente *probable,* habida cuenta de todas las experiencias históricas disponibles, con las cuales sigue concordando en la actualidad el pensamiento y la conducta de los juristas prácticos. También habría que discutir -pero es otro asunto- si semejante ciencia, supuesto que se consiga elaborarla y además ponerla en práctica normalmente, tendría consecuencias sociales más deseables que el discurso jurídico actual: ¡*remember* los mundos de Orwell y Huxley!

Me parece, dicho con todos los respetos, que los afanes cientificistas respecto al derecho -y en esto Atienza no está muy lejos de Vernengo y de la gran mayoría de los iusmetodológicos actuales responden básicamente a un *wishful thinking* suscitado por la función que en nuestras sociedades tiene la fe en la ciencia, como relevo o complemento de las cosmovisiones religiosas[13]. Si digo «fe» en la ciencia, ahí *no* me estoy refiriendo, por supuesto, a la confianza, justificada, en los resultados empíricamente acreditados de unas u otras disciplinas científicas, o a la eventualidad de llegar a obtener nuevos resultados de tipo similar en las mismas esferas. A lo que me refiero es a la actitud mitologizante de imaginarse que la ciencia, sus métodos, son un cúralo *todo:* que estos sirven hasta para arreglar cuestio-

---

[12] Cf. también «Kirchmann...» (*supra* nota 1): lo relativo a Atienza, en la nota 50.

[13] Se trata, específicamente, de una mitología del tipo *tecnomorfo:* la ilusión, en este caso, de que la realidad social está conformada, o puede llegar a ser conformada, a la manera de lo que hace un «técnico» -artesanos, ingenieros, etc.- al fabricar los objetos de su especialidad, esto es, elaborarlos de acuerdo con sus propios planes. Cf. Ernst Topitsch, *Erkenntnis und Ilusion.* J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1988.

nes de la conducta (convivencia) humana que ningún discurso científico ha podido jamás solucionar en general -ni siquiera aproximadamente- *en la práctica*. Tampoco la ciencia contemporánea está en condiciones de ofrecer, ni hay perspectivas de que pueda llegar a ello, unas técnicas (o tecnologías) *realistas* para resolver normalmente estos asuntos, vale decir, lo esencial de las cuestiones sociales y los problemas psicológicos-existenciales de la vida personal de cada quien. Pero distintas especies de «fe» (no sólo la religiosa) proveen, contra la angustia que provocan ciertas inseguridades inevitables y los problemas insolubles de la vida, un asidero en nuestra imaginación para permitimos creer que esas inseguridades y esos problemas son obviables mediante alguna solución milagrosa: por ejemplo, con la ciencia de la computación o la «racionalidad» del derecho.

Cuando semejantes milagros se esperan de la metodología científica, estamos ante un tipo propio de mitos, muy en boga en el campo de las ciencias sociales[14]. Y el gremio de los juristas no es menos sensible a estas mitologías que cualquier hijo de vecino... ¡ni que los hombres de ciencia en general!. Cabe reconocer, no obstante, que respecto a la actividad jurídica en sí misma, esos mitos resultan algo más inofensivos que en otras esferas. Cuando se predican en relación con el pensamiento jurídico, simplemente proporcionan tema para la conversación entre iusmetodólogos. Y si hay legos interesados en ello, podrán confortarse pensando que por ahí, en medio de esos discursos raros, debe de estar oculta la varita mágica capaz de transformar en inmaculadas computadoras para *diskettes* sociales a los egresados de la Facultad de Derecho. A Kirchmann o Frank, o al propio Kelsen, no hubiera resultado tan sencillo, claro está, hacerles paladear estos anzuelos. Ni siquiera, estoy seguro, por más que vinieran empanados con unos adobes bien «científicos».

---

[14] De este mito como ideología profesional de los científicos sociales me ocupo en un estudio mío todavía inédito: *«Imposibilidades para las ciencias de lo humano.* Sobre la concepción "misionera" de las ciencias sociales como (auto)justificación profesional».

[15] Véase, por ejemplo, la nefasta influencia de tales ingenuidades en la programación del régimen para cursos universitarios: cf. Enrique P. Haba, *«De la fantasía curricular,* y sobre algunas de sus precomprensiones tecnocráticas», en *Revista de Ciencias Jurídicas* n.º 56 (mayo-agosto 1986, págs. 11-48, Universidad de Costa Rica. He escrito también una continuación de ese estudio, inédita: *«Tres discursos para la Escuela de Ciencias Políticas.* De la fantasía curricular (II): la retórica de los "objetivos"».

DE CIERTAS INSUFICIENCIAS DE UN CIERTO LIBERALISMO (SEGUNDA RESPUESTA FEMINISTA A JORGE MALEM)*

Al final de mi artículo en el número 13 de *Doxa*[1] se celebraba la posibilidad de un diálogo entre personas que discuten desde posiciones ideológicas diferentes pero que comparten un sustrato común emancipatorio, lo cual obviamente se traduce en acuerdos pero también en desacuerdos. Con Malem comparto la aceptación del marco democrático-liberal en el que se desenvuelven nuestros sistemas políticos, pero no considero a ese marco, como supongo que él tampoco, ni constituido de una vez para siempre ni capaz por sí mismo de lograr la emancipación plena de los seres humanos que en él se integran. A efectos emancipatorios, lo más importante de los principios y de las doctrinas son los individuos y los colectivos que los formulan, los viven, los critican, los transforman y los profundizan en el sentido de una radicalización de la democracia y mayores cotas de participación. Con frecuencia, esto último es resultado de la confrontación política, económica, social y cultural de grupos que compiten entre sí para cambiar la condición y el lugar que la sociedad les ha asignado y con los que se encuentran disconformes. Si el mismo nacimiento de los estados liberales y su evolución es un producto sociohistórico, en el marco de las libertades básicas formales en que nos movemos tienen cabida desde la Nueva Derecha norteamericana de los años ochenta o los regímenes socialdemócratas de los países nórdicos europeos hasta la experiencia democrático-revolucionaria fallida (en parte por las maniobras de los «liberales» del Norte) de

* Los artículos de Malem a que aquí se alude son los siguientes: «Pornografía y feminismo radical» (*Doxa* n.º 12) y «Feminismo radical, pornografía y liberalismo» (*Doxa* n.º 13). Para saber a cuál de ellos nos estamos refiriendo, a la página citada le añadiremos las letras A y B respectivamente.

[1] Raquel Osborne, «Liberalismo y feminismo: ¿Un dilema para las mujeres? Respuesta a Jorge Malem», *Doxa,* 13, 1993.

un Salvador Allende en el Chile de comienzos de los setenta. Es decir, los principios se entenderán y funcionarán de manera muy diferente según la interpretación que les otorguen los sectores en liza.

La existencia de los movimientos sociales, posible en este contexto de libertades democráticas, resalta algunas de las insuficiencias de los regímenes democrático-liberales. Los principios de igualdad y libertad no son nada si no se les dota de contenido -cualquier dictador habla sin empacho de libertad y la igualdad adquiere un significado extravagante en el contexto de una política económica ultraliberal-. El ecologismo ha visto que el sistema económico nacido de la revolución industrial destruye el medio ambiente; desde el pacifismo se ha llegado a la conclusión de que se debe luchar por la paz si se pretende que el mundo sobreviva a causa de la potencia autodestructiva generada por el ser humano; los movimientos homosexuales han luchado por legitimar sus opciones sexuales cuestionando los modelos heterosexuales dominantes; las mujeres se han organizado en el movimiento feminista para lograr, no sólo unos derechos formales y su aplicación real, sino la transformación del sistema patriarcal que jerarquiza y segrega a los géneros, creando desigualdad social donde sólo hay diferencia sexual.

El feminismo ha nacido, pues, de la contradicción entre la proclamación formal de unos principios y su negación en la práctica para las mujeres. El sufragio no se ha constituido como un derecho universal hasta el siglo veinte, tras largas e intensas luchas por parte de las feministas de la primera ola, las sufragistas. A partir de los años sesenta, por motivos que no hace al caso mencionar aquí, surge de nuevo en primer plano la contradicción mencionada y aparece el movimiento feminista contemporáneo, Como la discusión entre Malem y yo se ciñe fundamentalmente a polémicas y hechos acaecidos en los EE.UU., referiré a aquel país los datos que a continuación expongo. No trataré en esta segunda respuesta todos los aspectos que podrían ser susceptibles de comentarios por mi parte porque entonces la discusión sería interminable; creo que las/os lectoras/es me lo agradecerán. Algunas cuestiones de fondo servirán para el propósito de la discusión.

Malem se queja de que yo rechazo su utilización de la expresión «feminismo radical» pero que no menciono su caracterización de lo que denota ese término. Tiene razón, pero mi omisión obedece a que me ha resultado imposible colegir de su primer texto qué entendía por feminismo radical, como no fuera el movimiento antipornografía. Lo más aproximado a una caracterización por su parte han sido retazos como los siguientes: «El feminismo radical es, sin duda, un declarado enemigo de la pornografía» (pág. 177A); «... las feministas radicales -autoproclamadas de izquierdas-... (págs. 177-78A)»; «En

realidad, bajo el epígrafe "feminismo radical" se hace referencia a un conjunto de grupos que si bien participan de un cierto aire de familia mantienen algunas diferencias entre sí (nota 4 pág. 180A)».

Por mi parte, pienso que si se reprocha con tanto ardor al interlocutor que no ha acotado con precisión el ámbito del debate, conviene ser consecuente con las propias exigencias y tratar de situar histórica e ideológicamente el movimiento que decimos que vamos a criticar. Dado que Malem no se siente muy inclinado a hacerlo, suministraré brevemente a las/os lectoras/es algunas pinceladas sobre este feminismo a fin de que, de una vez por todas, sepan de qué estamos hablando. Dado que considero imprescindible contextualizar algo más la polémica, me serviré de la nomenclatura que me parece más precisa para la designación de los diversos grupos que deben ser mencionados, abandonando mi anterior dicotomía «feminismo pro censura/feminismo anticensura», quizás en exceso simplificadora y en definitiva susceptible de mayores matizaciones si se me permite ampliar el cuadro de mi análisis.

Como muestra del «estado de indigencia teórica que padece el feminismo radical» (pág. 186A), habría que mencionar que dentro de lo que se denominó «el movimiento de liberación de las mujeres», surgido en los EE.UU. a mediados de los años sesenta, se distinguieron nítidamente tres corrientes feministas: *feminismo liberal, feminismo radical* y *feminismo socialista*. El feminismo radical se diferenciaba del feminismo socialista porque no consideraba al capitalismo como la principal fuente de opresión de las mujeres y no confiaba en el advenimiento del socialismo para luchar por su emancipación, discrepando a su vez de la solución propuesta por el feminismo liberal, consistente simplemente en la integración de las mujeres en la esfera de lo público. Para las radicales, la contradicción principal radicaba en el género antes que en la clase social, y las relaciones entre las mujeres y los hombres necesitaban ser redefinidas en términos políticos. Desvelaron que la igualdad formal era insuficiente en una sociedad marcada por el racismo y la estratificación social y resaltaron que la desigualdad entre las mujeres y los hombres en la esfera de lo público se hallaba relacionada con la subordinación femenina en la familia[2].

Según Ellen Willis, «las feministas radicales acuñaron los términos de "sexismo" y "política sexual"... para expresar la idea de que la sexualidad, la vida familiar y las relaciones entre hombres y mujeres no eran simplemente el resultado de una elección individual, o incluso de la costumbre, sino que incluían el ejercicio del poder per-

[2] Alice Echols, *Daring to Be Bad. (Radical Feminism in America 1967-1975),* Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989, pág. 3.

sonal e institucional y suscitaban cuestiones vitales de política pública»[3]. El sexismo no era la expresión natural de las diferencias sexuales «sino un sistema social incrustado en el derecho, la tradición, la economía, la educación, la religión organizada, la ciencia, el lenguaje, los medios de comunicación, la moralidad sexual, la crianza de los niños, la división doméstica del trabajo y la interacción social cotidiana, cuya intención y efecto era dar poder a los hombres sobre las mujeres»[4].

Hacia 1975 el movimiento feminista radical desapareció como tal. Su sentido político originario fue oscurecido por lo que Alice Echols denominó con fortuna el *feminismo cultural,* cuya visión representó un *alejamiento tan fundamental respecto* de la óptica primera *del feminismo radical* que pareció aconsejable diferenciar a uno de otro. Ella usa el término «feminismo radical» para describir los primeros pasos del movimiento[5], mientras que a esta versión más reciente de aquel feminismo prefiere caracterizarla como «feminismo cultural». Según Echols[6], el feminismo radical fue un movimiento dirigido a la eliminación del sistema de dominación patriarcal, mientras que el feminismo cultural identifica la liberación de la mujer con el desarrollo y preservación de la cultura femenina, a base de ensalzar y primar los «valores femeninos» y exorcizar y devaluar los «valores masculinos». En otras palabras, el feminismo radical partía de un enfoque social constructivista que aspiraba a convertir al género en una categoría irrelevante mientras que las feministas culturales se decantaban por un esencialismo que se complacía en la celebración de «lo femenino». Para decirlo con una terminología más habitual en España, las primeras movilizarían a las mujeres sobre la base de su semejanza con los varones y las segundas lo harían insistiendo en el principio de la diferencia femenina.

Como sostengo en mi libro *La construcción sexual de la realidad*[7], las elaboraciones del feminismo cultural, que toman cuerpo en unos años de creciente reacción conservadora en los USA, contribuyeron en buena medida al clima de ideas que a finales de los setenta cristalizaron, entre otras cosas, en el *feminismo antipornografía,* el feminismo que se organizó en grupos dedicados exclusivamente a la lucha contra el fenómeno de la pornografía.

---

[3] Ellen Willis, «Foreword», en Alice Echols, ibíd., pág. VII.

[4] Ibíd., págs. VII y VIII.

[5] Alice Echols, «The New Feminism of Yin and Yang», en Ann Snitow, Christine Stansell y Sharon Thompson, eds., *Powers of Desire. The Politics of Sexuality,* Nueva York: Monthly Review Press, 1983, págs. 439-59.

[6] Alice Echols, *Daring.... op. cit.,* pág. 6.

[7] Raquel Osborne, *La construcción sexual de la realidad,* Madrid: Cátedra, 1993.

Ya en 1969 el feminismo radical concebía a la pornografía como problemática para las mujeres, pero las diferencias entre sus planteamientos originarios y los del (feminismo cultural convertido en) movimiento antipornografía en la segunda década de los setenta son notables. En los comienzos, en efecto, se combatía la pornografía pero conjuntamente con otras representaciones de las mujeres en los medios de comunicación: la pornografía no era central para el análisis de la dominación masculina ni constituía el meollo de la opresión de las mujeres. En el análisis posterior, por contra, dicha opresión se hizo descansar en una visión altamente dicotomizada de la sexualidad masculina -fundamentalmente un instrumento de dominación sobre las mujeres- y la femenina -proclive a la reciprocidad y a la intimidad en sus relaciones sexuales-, lo cual delataba una caracterización de las categorías de lo femenino y lo masculino como cosificadas e inmutables que, según esta óptica, se vería no sólo re-creada por sino fundamentada en la pornografía. Por lo demás, desde el movimiento feminista radical se favorecían los boicots y las protestas en contra de las representaciones sexistas en los *media* en vez del uso de la maquinaria legal del Estado para limitar o eliminar la pornografía.

En resumen, contamos con los siguientes datos: el movimiento feminista radical conserva una notable fuerza dentro del panorama del feminismo norteamericano hasta la primera mitad de los años setenta, en que los grupos que lo integraban desaparecen y muchas de sus ideas fueron notablemente transformadas por un conjunto de autoras feministas, pasándose a planteamientos esencialistas acerca de la concepción de los géneros. Este fenómeno ha sido estudiado en profundidad y el nuevo conjunto de ideas recibió la denominación de feminismo cultural. Dichas ideas cristalizan, en su forma más categórica, en el movimiento feminista en contra de la pornografía, conjunto de grupos que, con el ideario del feminismo cultural, se constituye con aquel nombre para luchar contra lo que en su creencia constituye el principal motivo productor-inductor de la opresión de la mujer: la pornografía.

Algunas de las mujeres que lo abanderan provienen de las filas del feminismo radical pero han desarrollado las ideas del feminismo cultural. Otras simplemente han adoptado este último ideario y lo han aplicado al tema de la sexualidad y la pornografía.

Otra corriente feminista, heterodenominada *pro-sexo,* o también *anti-censura,* incluye mujeres que asimismo provienen del movimiento feminista radical, y que han permanecido fieles a un ideario no esencialista y de no intervencionismo legislativo. Se nutre igualmente de mujeres procedentes de los otros dos feminismos identificados más arriba -liberal y socialista- o que simplemente han reco-

gido -y elaborado- las ideas del movimiento feminista radical, dado que uno de los rasgos de este último es el de su desaparición física pero no la evaporación de su legado, que ya forma parte -con todas las elaboraciones y críticas necesarias, repito- del acervo feminista general. A la larga, el principal logro de estas ideas ha sido «la destrucción de los parámetros tradicionales acerca de las relaciones entre mujeres y hombres»[8]. Esta corriente ha liderado en la sociedad norteamericana la confrontación de ideas y acciones con el feminismo antipornografía, organizándose incluso durante un tiempo bajo las siglas de FACT -Organización feminista contra la censura- para, en alianza con la ACLU (Sindicato a favor de las libertades civiles) y gremios de libreros y editores entre otros, contrarrestar las iniciativas pro-censura de Catharine MacKinnon y Andrea Dworkin y de sus aliados conservadores.

Como, a pesar de lo que opina Malem, hay quienes piensan que la herencia teórica del feminismo radical es considerablemente rica, es posible que algunas de las feministas antipornografía se autodenominen feministas radicales, tratando así de capitalizar en provecho propio aquel caudal. Pero para quien dice estudiar con profundidad un fenómeno y proclama la necesaria acotación del objeto de estudio, todas las anteriores especificaciones han de tenerse muy en cuenta so pena de correr el riesgo de falsear la realidad. Si desde el propio movimiento feminista se ha estudiado en profundidad los avatares del movimiento feminista radical -el libro de Alice Echols, ya citado, fue su tesis doctoral-, ¿cómo pasar por alto el fruto de sus análisis? Según éstos, las heterodenominadas feministas prosexo o anticensura serían las más fieles herederas del ideario original del feminismo radical por las razones que acabo de exponer en los párrafos anteriores. Y como resulta ya meridianamente claro a estas alturas, nadie antes que ellas, ni tan extensamente como ellas, ni desde dentro como ellas, han criticado al feminismo antipornografía, así en sus presupuestos ideológicos como en su práctica política de intenciones represoras. Es decir, la crítica de la inequívoca proclividad hacia posturas conservadoras de un cierto sector del movimiento socio-político de inspiración feminista ha sido liderada por sus propias compañeras de movimiento.

Malem, pues, se halla legitimado para comentar desfavorablemente la actuación de un subsector del movimiento feminista como es el feminismo específicamente organizado para luchar contra la pornografía, pero haría bien en delimitar el blanco de sus críticas en lugar de atrapar al vuelo la primera etiqueta que aparece por ahí y disparar como quien descubre la pólvora contra objetivos que ya lo

[8] Willis, *op. cit.,* pág. X.

eran de las auténticas herederas del feminismo radical, que ni siquiera necesitan seguirse etiquetando de tales a estas alturas, puesto que el movimiento en sí hace tiempo que ha desaparecido. En cuanto a la crítica propiamente feminista de aquellos objetivos, no ha procedido solamente en el plano teórico, de las ideas, sino en el de la militancia, en el terreno de la praxis, organizándose para combatir iniciativas de corte proteccionista-represivo. Puesto que acusa de indigencia teórica al feminismo radical -y lo hace, según vemos, sin saber muy bien de qué está hablando-, Malem debería tomar nota de todo lo antedicho por dos razones cuando menos, además de la de zafarse del calificativo de indigente a esos efectos: la primera porque las principales ideas manejadas por el así denominado feminismo prosexo provienen del ideario del movimiento feminista radical -con la evolución lógica que marca el paso del tiempo- aplicado al objeto que nos ocupa, y la segunda, concatenada con la anterior, porque el grueso de la argumentación de nuestro filósofo del derecho tanto en contra de la censura como en contra de los postulados ideológico morales del feminismo antipornografía, sean cuales fueren las fuentes que maneje, ya había sido desarrollado en los escritos de las feministas prosexo. Cronología obliga.

En mi anterior trabajo se formulaba la hipótesis de que la postura sostenida por Malem podía degenerar, «queremos pensar que inconscientemente, en antifeminista»[9]. Pues bien, creo que en el intervalo entre el primero y el segundo artículo de Malem se ha producido un acelerado proceso de «degeneración» y su posición se ha tornado meridianamente diáfana, cosa por otra parte muy de agradecer. Dada su confusión acerca de lo que entiende como feminismo radical, no le puedo reprochar que se manifieste «en contra de los presupuestos teóricos, de ciertas actitudes políticas y de la posición moral» (pág. 314B) de lo por mí entendido como feminismo antipornografía. Pero a continuación amplía su comentario a los «diversos feminismos»: «Se puede incluso estar en contra de la mayor parte de los aspectos teóricos de los diversos feminismos, y sin embargo, estar a favor de los derechos que como seres humanos corresponden a las mujeres. Feminismo y mujeres no son términos sinónimos, ni coextensivos. Ni las feministas tienen el patrimonio de la defensa de los derechos de las mujeres» *(ibíd.)*. No, claro, ahora va a resultar que dicho patrimonio les está encomendado a varones como Malem que sí saben cuáles son los verdaderos derechos humanos que nos corresponden y proceden a contárnoslo a las feministas que, a causa de nuestra indigencia teórica, no acabamos de entrever en qué consisten nuestros genuinos intereses. Lo mismo ocurre, por supuesto,

[9] Osborne, «Liberalismo...», *op. cit.,* pág. 289.

con otros sectores oprimidos: los blancos le tienen que decir a los negros cuáles son sus verdaderos derechos, los heterosexuales a los homosexuales, y así sucesivamente.

«Un ataque a los presupuestos teóricos del feminismo (a secas, de nuevo) -en sus diversas vertientes- en modo alguno implica un ataque a las mujeres» *(ibíd.).* Si el sistema de sexo-género, o el sistema patriarcal, establece unas relaciones de dominación y subordinación entre hombres y mujeres, estas últimas habrán de organizarse para modificarlas, y eso es lo que el feminismo ha hecho: crear un movimiento para que las mujeres se dieran cuenta colectivamente de su situación y pensaran en salir de ella. El sistema, como ya hemos señalado, se incardina en todas las instituciones: «en el derecho, la tradición, la economía, la educación, la religión organizada, la ciencia, el lenguaje, los medios de comunicación, la moralidad sexual, la crianza de los niños, la división doméstica del trabajo y la interacción social cotidiana», cuya intención y efecto es «dar poder a los hombres sobre las mujeres»[10]. Por ello hay que desasirse del yugo masculino y, por la misma razón, los varones no son los más indicados para decirnos lo que debemos hacer. Los varones tendrían que compartir la lucha feminista por la emancipación de las mujeres para recibir otra consideración, *la de aliados,* que pueden ser aliados críticos pero no «atacantes» -pág. 314B- que ignoran los matices en liza -omisión de mencionar al feminismo pro-sexo o anticensura- y que cuando «atacan» piensan que su interlocutora u oponente les ve a ellos como enemigos -pág. 301B- (¿Lapsus freudiano? Debe ser que Malem está en guerra con las feministas pero yo no me había enterado). Por eso sí merece la pena entrar en una discusión por «una mera cuestión de nombres», porque lo que se desvela es que las divergencias son de fondo y conviene ponerlas en primer plano para no dejarlas difuminarse tras cortinas de humo.

Siguiendo en esta tónica de resaltar las divergencias de fondo, los «ataques» de Malem me han hecho cavilar durante todo este tiempo en las razones que le moverían a ello. Yo no pretendo «la eliminación del Estado democrático» ni comparto la mayoría de las posiciones de alguien como Catharine MacKinnon en su caracterización de la pornografía ni en su forma de limitar los posibles efectos negativos de esta última. Mi divergencia con las posturas de MacKinnon no es meramente metodológica o siquiera teórica, sino que me produce particular desazón que alguien que se proclama participante de un movimiento que pretende la emancipación de las mujeres sostenga ideas y promulgue políticas en mi opinión contraproducentes a esa emancipación. ¿Por qué no trata Malem de enfatizar lo que nos

[10] Willis, *op. cit.,* págs. IX y X.

une y no de subrayar lo que nos separa, o por qué trata repetidas veces de meterme en el mismo -o parecido- saco que a MacKinnon? Creo que la única respuesta plausible es la de porque le interesa resaltar lo que nos une a ambas y que a él le distancia de nosotras: nuestro feminismo y su antifeminismo.

Pero Malem comete en este sentido un craso error con mi análisis de la situación y es que yo no estoy pretendiendo utilizar el derecho del Estado de Derecho para combatir la mayoritaria pornografía al uso producida y consumida por y para varones en esta sociedad. MacKinnon sí, y por eso incurre en esa contradicción que yo ya resaltaba -estar en contra del Estado liberal-democrático pero intentar utilizar sus herramientas legales para sus fines- y que la hace tan vulnerable a críticas filosófico-legalistas. Desde la posición que yo mantengo no se pretende establecer ninguna nueva definición legal para limitar o erradicar lo que quiera que entonces se considerara pornografía. Se estaría en desacuerdo con la consideración dominante, en cuanto que reflejada en las leyes, de que la explicitación sexual de algunos materiales los convierte en «obscenos» y por ello son susceptibles de control legal. Pero esta crítica no va dirigida hoy por hoy a un cambio del modelo legal, como intenta MacKinnon, sino que se manifiesta como una crítica de la cultura, de la mentalidad, de las ideas que conciben de esta manera la obscenidad. A quienes observan estos criterios no les importa la manipulación y exhibición de los cuerpos femeninos en un contexto que los pone al servicio de un modelo de sexualidad hecho para el disfrute de los varones y que apela fundamentalmente a sus fantasías. Al moverse en este terreno, no hay por qué ceñirse al estricto marco del daño al que nos veríamos obligadas por el Estado de Derecho si se exige una intervención legal restrictiva. Y se pueden destacar los daños, los perjuicios, las consecuencias negativas para las mujeres que parezcan más oportunas porque se está tratando de influir en el terreno de las ideas, de las mentes. Se intentará persuadir y convencer con todos los argumentos posibles, pero no habrá que ajustar las afirmaciones a ningún marco legal. Por eso resulta legítimo tachar algunos materiales de sexistas, o degradantes, y definir sexismo y degradación como mejor parezca para cumplir los fines deseados: el intento de ser comprendidos, y de ahí que las explicaciones se afanen en lograrlo. En consecuencia, los intentos de Malem de asimilar esta postura a la de MacKinnon o criticar la noción de daño en los términos expuestos se convierte en una impostura porque nos estamos situando en otro plano diferente del legal, cosa que no parece haber entendido Malem, quizás por su formación jurídica, pero conviene resaltar a fin de que se sepa que hay otras cosas en esta sociedad además de las leyes o el derecho.

En este sentido no sé a qué viene la alusión al principio del daño en conexión con el «coto vedado» y la lección acerca de que no son necesarios «nuevos y vagos principios... ni un nuevo Estado diferente del democrático y social basado en la igualdad y la libertad...» (pág. 309B). Ésta es la amalgama en la que Malem quiere aunar a muy diversas feministas para así descalificar al movimiento en su conjunto. Es como cuando se afirma que «todos los negros son iguales» o «a los judíos se les reconoce por su nariz ganchuda». ¿Es que todas las feministas atacamos el derecho a la libertad de expresión en la línea expresada por MacKinnon? Ciertamente no, e incluso muchas se han manifestado activamente en contra de semejante postura. Con todo, el binomio igualdad-libertad no siempre se halla en perfecta consonancia en cuanto a la situación de las mujeres se refiere, y, en el caso que nos ocupa, los contenidos de la libertad no siempre se distinguen por su inclinación a la igualdad entre los sexos, puesto que el modelo sexual al uso por el que se guía la pornografía no es precisamente un modelo igualitario. La pornografía mayoritaria presenta los cuerpos de las mujeres siempre disponibles y expuestos a la mirada y fantasía masculinas, y esto responde a, y redunda en, un modelo de sexualidad que prima la iniciativa y la cantidad -para los varones- mientras que a las mujeres se nos exige esta perpetua disponibilidad al tiempo que se nos castiga con el apelativo de putas si acaso nos manifestamos como iniciadoras o promiscuas.

Como ya señalaba en mi artículo, esta mentalidad de servicio es común a todos los discursos científicos y culturales de los últimos cien años en tomo a la sexualidad, con la peculiaridad de que en el caso de la pornografía este servicio se presenta como exclusivamente sexual. Es decir, la crítica a la pornografía se insertaría, desde esta perspectiva, en el marco de una crítica feminista de la cultura, y la pornografía sería un elemento más de esa cultura, no, como cree MacKinnon, el centro principal, desde donde irradia nuestra subordinación. Por lo tanto es perfectamente válida la crítica a aquello que desde esta óptica se evalúa como el sexismo de muchas de las representaciones femeninas en la pornografía al uso, sin que produzca entusiasmo la forma en que se utiliza la libertad de expresión para comercializar el sexo de esa manera -como un medio para la satisfacción masculina y no como una vía para crear sujetos autónomos-, pero se sobreentiende que la libertad de expresión es muy cara a las mujeres y no se desea prescindir de ella. Desde el feminismo, pues, se cuestiona ese supuesto e idílico estado de igualdad y libertad para las mujeres en relación con los hombres en esta sociedad, pero mientras hay quienes, como MacKinnon, pretenden disminuir las competencias del coto vedado por entender que sólo sirve para apuntalar la

libertad de algunos en detrimento de la igualdad de todos, otras prefieren «ensanchar el recinto de aquel coto» a fin de poder modificar y dar cabida a todas las ideas que desde el feminismo disienten de las predominantes, para decirlo al modo de Javier Muguerza[11].

En cuanto al eslogan de que *lo personal es político,* ya he comentado en parte su sentido al comienzo de este trabajo, pero convendría quizás detallar algo más sus implicaciones para evitar malentendidos como los que parecen afectar a Malem. Con estos conceptos se trata de establecer los *términos de una relación,* señalar que existe conexión entre los dominios de lo público y lo privado en la vida social y destacar que no son compartimentos estancos sin nada que ver el uno con el otro. De esta forma se puede evitar la caída en una postura individualista a ultranza que sólo tiene en cuenta la sexualidad como si ésta se diera en un vacío social, postura tras la que se ocultan las diferencias de poder. En el otro extremo se situaría una posición totalitaria de la sexualidad que la ve como determinada absolutamente por el todo social, sin margen posible para la autonomía o la decisión individual[12].

En el caso de la pornografía, y si nos referimos por ejemplo a las mujeres que trabajan en ella, una visión totalitaria a lo MacKinnon viene a sostener que en una sociedad como la actual, en la que se objetualiza sexualmente a la mujer, ninguna mujer puede «escoger» voluntariamente «ser» un objeto sexual, y que por tanto la distinción entre *trabajo por consentimiento o a la fuerza* deviene irrelevante. La mejor respuesta a esto es la que dan las propias implicadas en estas tareas cuando proclaman su decisión individual de trabajar en la industria del sexo como la mejor opción a su alcance, afirmando, eso sí, su «derecho a ser sujeto de derechos»[13], que les son sustraídos por la estigmatización a que se ven sometidas sobre todo las mujeres que trabajan en aquella industria. Pero la posición feminista no deja de reconocer, por citar algunos aspectos de la cuestión, que en dicha industria las mujeres suelen carecer de poder alguno tanto en la producción como en la distribución del producto, no teniendo, en consecuencia, poder para controlar las relaciones laborales ni el producto final; que las mujeres en esta sociedad cuentan con muchas menos y peores opciones laborales que los varones, lo que comporta que su

---

[11] Javier Muguerza, «Primado de la autonomía: ¿Quiénes trazan las lindes del "coto vedado"?», en Jorge Malem, comp., *Homenaje a Ernesto Garzón Valdés* (en prensa), pág. 20.

[12] Mariana Valverde, «Beyond Gender Dangers and Private Pleasures: Theory and Ethics in the Sex Debates», *Feminist Studies,* vol. 15, n.º 2, verano de 1989, págs. 237-254, esp. pág. 250.

[13] Muguerza, *op. cit.,* pág. 20.

margen de elección se vea mucho más reducido que el de éstos; y que una mujer puede verse estigmatizada por efectuar este trabajo, mucho más de lo que los hombres implicados en el mismo puedan serlo a causa de la manera en que la diferente y jerarquizada consideración social entre hombres y mujeres influye cuando lo hacen, como se comenta en mi ya citado libro *La construcción sexual de la realidad*[14]. Entender por tanto que ambos aspectos de lo público y lo privado se hallan implicados mutuamente no hace sino enriquecer el análisis, favoreciendo matizaciones que permitan respetar la libertad personal de los individuos pero que al mismo tiempo pongan de manifiesto que entre mujeres y varones no reinan sin más la libertad y la igualdad.

MacKinnon, a su vez, rechaza que cualquier noción de privacidad sea positiva para las mujeres. Malem, al efectuar reiteradamente la maniobra de alinearme con sus posiciones para tratar de descalificarme, no matiza nuestras diferencias cuando insiste en que desde el feminismo se critica la noción de privacidad esgrimida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos para garantizar y/o restringir, según los momentos, *el acceso al aborto* en aquel entorno. Pero no tiene en cuenta que MacKinnon aprovecha esta instancia para *atacar frontalmente al liberalismo* y negarle toda validez para las mujeres, mientras que desde otras posturas se analizan *las insuficiencias del liberalismo,* pero no se cuestiona el marco liberal democrático en el que nos desenvolvemos. Es una diferencia clave dentro del feminismo -y no sólo dentro de éste- y que sin embargo Malem pasa por alto en este caso como en tantos otros.

Las sentencias Roe v. Wade (1973) y Harris v. McRae (1981) se mueven en direcciones opuestas en cuanto a la expansión -la primera- o constricción -la segunda- del «coto vedado», entendido en esta ocasión como el derecho al aborto. Yo no he pretendido en ningún momento establecer una conexión causal entre una u otra sentencia, como Malem me atribuye, pero sí hacer constar que, según quien interprete ciertos principios o nociones, los mismos pueden, en determinados contextos y encapsulados en ciertas estructuras, ser utilizados a favor o en contra de las mujeres. Desde un punto de vista feminista, Roe v. Wade, a pesar de ser ampliamente celebrada por las mujeres como una victoria, no se correspondía exactamente con sus planteamientos. Me servirá de guía la argumentación de Rosalind Petchevsky en su exhaustivo análisis de las relaciones entre el Estado, la sexualidad y la libertad reproductiva[15].

---

[14] Osborne, *La construcción.... op. cit.,* págs. 199-200.

[15] Rosalind Pollack Petchesky, *Abortion and Woman's Choice. (The State, Sexuality, and Reproduction),* Boston: Northeastern University Press, 1985.

En ningún momento, ni siquiera en el caso de Roe v. Wade, la despenalización del derecho al aborto se hizo en el marco de las nociones feministas de *un derecho y una necesidad social para todas las mujeres.* En su lugar, fue conceptualizado como una *prerrogativa médica* o como un abstracto derecho a la privacidad que, en la práctica, ha excluido a las demasiado pobres o demasiado jóvenes para poder ejercer dicho derecho sin la ayuda pública. No era el aborto a petición de las mujeres *(abortion on demand)* lo que ahí se reconocía, ni tan siquiera en el primer trimestre del embarazo, sino más bien que «la decisión del aborto, en todos sus aspectos, es inherente y primordialmente una decisión médica, y la responsabilidad básica sobre ello debe recaer en el médico». El mismo concepto de aborto terapéutico implica que los abortos fuera de ese estricto marco médico no son necesarios, oscureciendo la idea de que los motivos familiares, económicos, sociales o sexuales, que a su vez se hallan relacionados con aspectos médicos, constituyen una justificación suficiente para abortar. Estos comentarios no desconocen que el marco normativo establecido en Roe v. Wade, que ponía el criterio de la salud de las mujeres, en su más amplio sentido, por encima de un abstracto moralismo o de los derechos del feto, constituía seguramente la vía más práctica para convertir en viable la concreción del derecho al aborto en el contexto del sistema sanitario tal y como se halla estructurado. Pero la sentencia abría igualmente las puertas a la intervención estatal (en sentido restrictivo, como sucedería posteriormente) cuando afirmaba que «la mujer embarazada no puede ser aislada en su privacidad. Porta en sí misma un embrión y, posteriormente, un feto... Su situación es, por tanto, inherentemente diferente de la intimidad marital, o de la posesión de material obsceno en el dormitorio, o del matrimonio, o de la procreación...»[16].

Al definir el aborto como un abstracto derecho a la privacidad individual no se tenían en cuenta las situaciones reales en que muchas mujeres no podían alcanzar dicho derecho, aunque las leyes así lo reconocieran formalmente. La cláusula de conciencia es un ejemplo por todas/os conocido, que comporta (tanto allá como aquí) grandes disparidades en cuanto a la accesibilidad al aborto en distintas partes del país. La invocación del derecho a la privacidad como la máxima justificación del derecho al aborto puede resultar equívoca puesto que se presta a interpretaciones que favorecen las demandas profesionales y empresariales de los médicos -Roe v. Wade confirmaba legalmente el modelo de confidencialidad médico-paciente ya existente en la práctica clínica de las mujeres de clase media, pero no afirmaba nada acerca del *derecho* de las mujeres a recibir este

[16] Roe versus Wade, pág. 159, *apud.,* pág. 292.

tipo de atención médica-. Del mismo modo, la apelación a la privacidad resalta el carácter personal e individual del aborto dejando de lado la idea de que el derecho al aborto corresponde a todas las mujeres en tanto colectivo, y que no entenderlo así supone un perjuicio para dicho colectivo. Por añadidura, la negación de una base social que justifique el aborto como una necesidad o un derecho de las mujeres, el entenderlo como una «elección privada» antes que como un prerrequisito para una vida decente, contribuye a perpetuar las divisiones de clase entre las mujeres. En una sociedad dividida por clases sociales, dejar a las personas sujetas a sus propios recursos económicos implica privar a muchas del acceso a ciertos derechos.

Cuando hacia 1977 el péndulo de la política se había inclinado hacia la derecha y el Congreso se hallaba discutiendo las provisiones de la Enmienda Flyde para restringir la financiación pública de los abortos, el Tribunal Supremo respondió en el mismo sentido y una serie de sentencias culminaron en Harris v. McRae. Por medio de esta última se consagraban las intenciones de la citada enmienda de no proporcionar los medios materiales necesarios para ejercitar su libertad de elección a aquellas mujeres que lo necesitaran; el Estado no se hacía responsable de las desigualdades económicas puesto que se afirmaba que la justicia social no corresponde a los tribunales, sino a los intereses que compiten a la hora de determinar la política social. En consecuencia, el derecho al aborto no quedaba determinado por la decisión de la mujer sino por su acceso a los recursos privados. Si el aborto hubiera sido despenalizado como un derecho derivado de las necesidades de las mujeres y no como un derecho a la privacidad susceptible de variopintas interpretaciones, el Tribunal Supremo habría tenido que crear esta doctrina *ex novo* y no, como sucedió, aprovechar los pasos previamente dados para dejar lo más vacío posible de contenido un derecho de las mujeres.

Éste, y no otro, sería el sentido de algunas críticas feministas a los criterios que orientaron inicialmente la despenalización del aborto, que según estos argumentos, abría las puertas para que no se tuviera suficientemente en cuenta las necesidades reales de las mujeres. MacKinnon, cuando se da cuenta de esas insuficiencias, reniega del liberalismo, mientras que desde posiciones a las que me siento más próxima se apunta más bien a un libertarismo en el sentido muguerziano del término, es decir, de radicalización de la democracia, según vendría a desprenderse de mi anterior respuesta.

E N T R E V I S T A

ENTREVISTA A BRUCE ACKERMAN

1 *Me gustaría conocer qué factores influyeron en su decisión de estudiar derecho, y por qué se interesó por la Teoría Constitucional y la Filosofía Política.*

Mis memorias más tempranas, fuera de las familiares, tienen que ver con el derecho, la justicia y la política de los primeros años de la década de los 50: la cruzada anticomunista de McCarthy y los primeros esfuerzos de integración racial por parte del Tribunal Supremo de Estados Unidos. ¿Qué significaba todo ello? Mis años de estudiante en Harvard durante la década de los 60 no me dieron una respuesta a este interrogante. Casi sin excepción, los cursos de filosofía política en los que me concentré estaban orientados históricamente, y no hacían ningún esfuerzo por confrontar las realidades contemporáneas. En retrospectiva, estoy agradecido por la excelente formación académica que recibí. Pero durante aquel tiempo debo confesar que me aburría bastante.

Excepciones. Judith Shklar era brillante. John Rawls acababa de llegar a Cambridge, aunque pude tomar unos cursos con él antes de que dejase Harvard para ir a la Yale Law School en 1964. Yale era un lugar extraordinario. Lleno de gente activa de distintas tendencias, con mentes muy incisivas: Ronald Dworkin, Charles Reich, Guido Calabresi, Alexander Bickel o Robert Bork, por nombrar sólo a unos pocos. El mundo también estaba lleno de movimientos en los que yo de alguna manera participaba (aunque no como líder): los derechos civiles, las protestas anti-Vietnam... Si la vida política en Estados Unidos hubiese evolucionado en la dirección de la socialdemocracia, no sé si yo hubiese optado por la academia. Pero no evolucionó en esa dirección y opté por la academia.

2. ¿Cómo caracterizaría la atmósfera intelectual hoy en día en las facultades de Derecho de Estados Unidos?

Éste es un gran momento para ser un profesor en Estados Unidos. No ha habido muchos períodos y lugares en la historia donde uno pueda encontrar una discusión jurídica de comparable dinamismo y creatividad.

3. Recientemente Vd. llegó de Alemania. ¿Qué razones le llevaron allí?

El derecho americano y la filosofía estadounidense son, por supuesto, increíblemente insulares y auto-satisfactorios. Por ello, a comienzos de los 80 me pregunté: ¿dónde está sucediendo algo interesante en relación con la filosofía?; ¿dónde tenemos una cultura jurídica rica que haya confrontado cuestiones básicas? Pensé que Alemania era mejor que Francia en ambos aspectos. Pero eso era una mala noticia para mí, pues hablaba francés pero no alemán. Lamentablemente, me llevó diez años aprender a escribir y hablar alemán con facilidad. Sólo entonces pude aceptar una oferta para pasar un año en la Wissenschaftskolleg de Berlín.

La Wissenschaftskolleg es realmente una institución hermosa. Sin embargo, me deprimieron bastante las condiciones de trabajo de los profesores alemanes, y de los profesores europeos en general. Francamente, no estaba preparado para una experiencia tan profundamente desmoralizante. Sabía, por supuesto, que los europeos estaban sobrecargados de estudiantes y de obligaciones burocráticas y, además, sabía que les pagaban poco, especialmente fuera de Alemania; pero encontré algo más preocupante. La gente no parece estar preparada para pensar por sí misma, para valerse de lo que tiene. Parecen más cómodos jugando el rol de comentadores, escondiendo sus propias ideas detrás de un gran nombre del pasado, Kelsen o Schmitt (para aquellos que se animan a vivir más cerca del peligro).

Esto es trágico, y aún más cuando es obvio que los académicos debemos teorizar acerca de nuevas realidades. Desde el punto de vista práctico, ahora existe la Comunidad Europea, que ya ha cambiado masivamente las relaciones entre los tribunales y los legislativos. Pero en un nivel más fundamental, el claro fracaso del marxismo en la teoría y en la práctica requiere una sistemática reconceptualización de la teoría jurídica y política, especialmente para todos aquellos que, como yo, seguimos comprometidos con la búsqueda de la justicia social en el Estado liberal frente a la tendencia de los partidarios de Hayek, que quieren convertir el «liberalismo» en una fe oscurantista en la «mano invisible» del mercado.

4. Viniendo de Alemania, tengo una pregunta que resulta obligada. ¿Cómo ve usted su trabajo en comparación con el de Jürgen Habermas?

Habermas y yo empezamos de tradiciones filosóficas del siglo XIX bien diferentes. Él empezó a partir del marxismo. Yo empecé a partir del liberalismo. Creo que es muy significativo que ambos hayamos usado la misma idea básica, el diálogo, para responder a las dificultades que confrontábamos cuando intentábamos darle sentido actual a nuestras diferentes tradiciones filosóficas. Por supuesto, hay mucho que decir acerca de mi relación con Habermas. Por ejemplo, es sorprendente que Habermas nunca haya intentado escribir los diálogos que podrían suceder en su «situación ideal de diálogo». Esto es precisamente lo que yo intenté hacer en «Social Justice in the Liberal State»[1]. Según yo entiendo a Habermas, nada en su teoría impide que haga este esfuerzo de imaginación política. Pero hasta que lo haga es difícil decir cuáles son nuestros desacuerdos. Puede que algunas de nuestras diferencias se deban meramente a diferencias en nuestros respectivos idiomas filosóficos, mi preferencia anglosajona por la claridad y llaneza y su germánico deseo de erudición y profundidad.

5. Lo que siempre me impresionó es su versatilidad para trabajar en Teoría Constitucional y en Filosofía Política con la misma profundidad. Pero siempre encontré un resquicio de contradicción entre la ontología que usted maneja en su Teoría Constitucional y la que maneja en su Filosofía Política. La primera me parece una ontología de la especie «liberal-individualista» mientras que la segunda parece de la especie «histórica-supraindividual». ¿Cómo explica usted esta impresión?

Me tomó alrededor de 10 años escribir «Social Justice in the Liberal State». Yo tenía 37 años cuando fue publicado y me prometí no pasarme el resto de mi vida defendiendo las ideas del libro. En cambio, traté de trabajar nuevas ideas, sin preocuparme demasiado de la relación que estas nuevas ideas tenían con mis ideas más antiguas. Justo ahora, con la publicación del primer volumen de «We the People» y «Future of Liberal Revolution» he empezado a confrontar las cuestiones fundamentales que se me presentan al yuxtaponer al joven Bruce con el Bruce de mediana edad.

Quizá la tensión a la que usted se refiere no es tan fundamental como parece a primera vista. Yo, por ejemplo, en lugar de contrastar

---

[1] Véase la versión castellana de este libro: *La justicia social en el Estado liberal,* introducción y traducción de Carlos Rosenkrantz, Centro Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, 418 págs.

la ontología liberal-individualista de «Social Justice» con la ontología «histórica-supraindividual» de «We the People», señalaría los temas comunes de ambos trabajos. En este sentido, la necesidad del diálogo requiere una exploración de las formas de cultura política disponibles en occidente, incluyendo la tradición del liberalismo occidental y la tradición del constitucionalismo, que por cierto no son la misma tradición. Sólo si nos situamos en nuestra cambiante cultura podemos empezar a entender qué es lo que realmente somos en tanto seres políticos en una sociedad liberal.

6. En relación con su trabajo filosófico, su idea de la Neutralidad es una representación, una teatralización diría yo, de la idea de que el liberalismo no está basado en juicios controvertibles acerca del valor intrínseco de diferentes formas de vida. De todos modos, si lo entiendo correctamente, usted no niega que el liberalismo implica valores acerca de la mejor sociedad y la mejor forma de organizar el conflicto social. ¿Piensa usted que estos valores pueden defenderse desde un punto de vista Neutral? En otras palabras, ¿existe una defensa Neutral del valor de la autonomía?

El diálogo político es Neutral desde el momento en que sus participantes se oponen a justificar el uso del poder coercitivo sobre la base de que ellos tienen una especial información acerca de los misterios morales del universo. Dada esta visión, es un error categorial pensar que puede existir una defensa Neutral del Diálogo Neutral. Por el contrario, el Diálogo Neutral es él mismo un valor fundamental.

Existen muchas formas diferentes de defender este valor. Algunas son neo-kantianas, basadas en la idea de autonomía. Algunas son religiosas, basadas en el sacrilegio en el que incurren los políticos, o cualquier persona, que sostiene que tiene una visión superior acerca de la naturaleza de la vida buena o valiosa. Algunas son pragmáticas, basadas en la corrupción del poder y la facilidad con que las afirmaciones de una superior visión acerca de la naturaleza de la vida buena o valiosa pueden justificar la perpetración de inefables formas de opresión. Estas son razones muy fuertes en apoyo del Diálogo Neutral; creo que es una trivialización llamarlas «preferencias».

Aunque todas estas razones son muy significativas para mí, yo pongo otras consideraciones en el centro de toda mi obra: el esfuerzo humano de encontrar su lugar mediante la conversación interpersonal con otros y el imperativo de diseñar una clase de conversación que no sofoque el espacio vital de la cultura de cada individuo, es decir, sus propios esfuerzos para crear una forma de pensamiento y de práctica que a él, o ella, le desvelen los misterios del universo.

Este último párrafo, ¿sugiere un «ideal sustancial del bien»? Ésta es una frase que ha tomado muchos sentidos técnico-filosóficos distintos, y deberíamos conversar durante mucho tiempo para encontrar cuál de estas formas técnicas representa algo importante.

9. Con respecto a su teoría constitucional, ¿considera que su teoría es una teoría normativa acerca de la forma en que una «polis» moderna debe organizarse o es sólo un ejercicio de autoentendimiento?

En el centro de mi teoría constitucional de la democracia dualista existe la siguiente pregunta: ¿Qué es realista esperar de ciudadanos comunes que viven en una sociedad moderna y diferenciadora caracterizada por la división del trabajo? Obviamente, es totalmente irrealista esperar la clase de compromiso cívico que esperaba encontrar Rousseau. Pero, ¿quiere decir ello que debemos preparamos para el «corsé de hierro» de la burocracia envuelta en el formalismo del voto?

No creo que ésta sea una pregunta únicamente para los estadounidenses, por lo que creo que mi teoría constitucional debe tener un atractivo más amplio, aunque reconozco que existen peculiaridades en la versión estadounidense de la democracia dualista que no garantizan la emulación.

10. Su teoría constitucional no dice mucho acerca de la ingeniería constitucional, esto es, acerca de la forma institucional de garantizar los resultados recomendados por la teoría. Me gustaría que usted hablase un poco sobre lo que debería hacerse en una convención constituyente de un país que, como los de Latinoamérica o los del Este europeo, ha decidido romper con el pasado. ¿Cuáles son las normas que deben incorporarse a esa constitución, qué es lo que debe dejarse para lo que usted denomina «la política en los tiempos normales o corrientes»?

Mi reciente libro «The Future of Liberal Revolution» sugiere la posible relevancia de mi teoría para la presente situación en Europa. El artículo que escribimos juntos y que publicamos en la Revista del Centro de Estudios Constitucionales, empieza a explorar la relación de la teoría dualista en la Argentina. Pero, obviamente, existe mucho más trabajo por hacer.

11. Me parece que alguien podría pensar que desde su perspectiva no debería dudarse de la legitimidad del gobierno de Fujimori en el Perú, sobre la base de que ha sido apoyado por la mayoría de

la gente en un «momento constitucional», esto aun cuando Fujimori disolvió un congreso elegido popularmente. Pero existe un sentimiento de que lo que Fujimori hizo está mal o es incorrecto. ¿Es este sentimiento una prueba de que su teoría está equivocada, es que bajo la debida reflexión debemos abandonar este sentimiento o, finalmente, es que hay una mala interpretación de su teoría?

Mi teoría no apoya los «golpes» del tipo del de Fujimori. Ello es así, pues antes de que el Pueblo pueda hablar con la voz de los «momentos constitucionales», debe existir un movimiento político que durante muchos años construya el apoyo y movilice el consentimiento de crecientes proporciones de la población, hasta el punto de que pueda decirse *creíblemente* que habla la voz del juicio de la mayoría de la población.

12. Por último, ¿me podría decir algo acerca de los proyectos en los que está trabajando en el presente y qué es lo que usted espera de ellos?

En este preciso momento, estoy terminando el segundo volumen de «We the People». En un año o dos, espero estar en condiciones de empezar algunos proyectos genuinamente nuevos.