DOXA

19

CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

SeminariodeFilosofía
delDerechodela
Universidadde
Alicante

CentrodeEstudiosConstitucionales

Alicante,1996

Índice

- Presentación
- Carlos E. Alchourrón
  - Roberto J. Vernengo - Carlos E. Alchourrón (1931-1996)
- Hans Kelsen, poeta
  - Ulises Schmill Ordoñez - Un poema de Hans Kelsen
  - Hans Kelsen - Poema
- Igualdad y discriminación inversa
  - Alfonso Ruiz Miguel - La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional
  - Ricardo A. Guibourg - Igualdad y discriminación
  - Maria Vittoria Ballestreros - Acciones positivas. Punto y aparte
  - Manuel Atienza - Un comentario al caso Kalanke
  - Alfonso Ruiz Miguel - La discriminación inversa y el caso Kalanke
- Razones y Reglas
  - Juan Carlos Bayón - Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas
  - Paolo Comanducci - Sobre las reglas como razones excluyentes. Un comentario al trabajo de Juan Carlos Bayón
  - Juan Carlos Bayón - Respuestas de Comanducci
- ArtículosEntrevista
  - Newton C.A. da Costa y Roberto J. Vernengo - Sobre algunas lógicas paraclásicas y el análisis del razonamiento jurídico
  - Tecla Mazzarese - Lógica borrosa y decisiones judiciales: el peligro de una falacia racionalista
  - Ulises Schmill Ordóñez - La derogación y la anulación como modalidades del ámbito temporal de validez de las normas jurídicas
  - Ernesto Garzón Valdés - El enunciado de responsabilidad
  - Liborio L. Hierro - El imperio de la ley y la crisis de la ley
  - Félix Ovejero Lucas - Teorías de la democracia y fundamentaciones de la democracia
  - Roberto Gargarella - Derechos de los más débiles. El liberalismo igualitario frente a los problemas de la minoridad
- Notas
  - Timothy Endicott - Ronald Dworkin y las consecuencias de la vaguedad
  - Enrique P. Haba - Una discusión: ¿Quiénes son los «irracionalistas» en la teoría del Derecho?
  - Marcelo Neves - De la autopoiesis a la alapoiesis del Derecho
  - Mark Van Hoecke - El uso de los principios jurídicos no escritos por los tribunales
- Entrevistas
  - Ricardo A. Guibourg - Entrevista a Roberto J. Vernengo

P R E S E N T A C I Ó N

Este número 19 de DOXA, en que la revista vuelve a editarse como anuario, quiere ser un homenaje a la memoria de Carlos E. Alchourrón, el gran lógico y filósofo del Derecho argentino, muerto en Buenos Aires a comienzos de 1996. Quienes conocimos a Carlos y fuimos sus amigos guardaremos siempre de él el recuerdo de su poderosa inteligencia, de su pasión y honestidad intelectual, pero también de los rasgos de bondad, ingenuidad y afabilidad que le caracterizaron como persona. En la sección Carlos E. Alchourrón*, que abre nuestro número, Roberto J. Vernengo destaca «aspectos de la personalidad y de la obra de Alchourrón que explican la gravedad de una muerte prematura que lamentamos».*

La pasión intelectual fue también, sin duda, característica sobresaliente de la personalidad de Hans Kelsen: «a mi pregunta de la razón por la que tenía el retrato de Freud en su escritorio -escribe Ulises Schmill en su nota sobre una visita a Kelsen en 1967- contestó diciendo que era "por la forma tan completa como Freud se había identificado con su propia teoría"». No deja de ser, sin embargo, reconfortante comprobar -el breve poema de Kelsen que publicamos, «Carpe diem», así lo atestigua- que el autor de la teoría pura del Derecho era también perfectamente capaz de sentir otras pasiones, aparte de las puramente intelectuales.

El conjunto de artículos que agrupamos bajo el epígrafe de Igualdad y discriminación inversa *se puede dividir en dos subapartados: al primero pertenece el trabajo inicial de Ruiz Miguel y el de Guibourg, y se centra, por así decirlo, en el primero de los conceptos, el de «igualdad»; mientras que los tres trabajos restantes -de Ballestrero, Atienza y, de nuevo, Ruiz Miguel- giran más bien en torno a la noción de «discriminación inversa», tomando como base del análisis un caso fallado recientemente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: el caso Kalanke.*

En La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Alfonso Ruiz Miguel efectúa un amplio y detallado análisis de la interpretación constitucional de la igualdad que, aun teniendo como base el Derecho español, va sin embargo mucho más allá de lo que sería un estudio en términos de dogmática constitucional estándar. En su exposición parte de la «gran división» entre igualdad ante la ley e igualdad sustancial pero presta atención, fundamentalmente, a la primera de esas nociones. Dentro de esa igualdad ante la ley distingue, a su vez, entre la igualdad* en *la ley y, la igualdad* en la aplicación *de la ley y, dentro ya de la igualdad en la ley, entre el principio genérico de igualdad y el mandato antidiscriminatorio. Ruiz Miguel efectúa un balance globalmente positivo de la interpretación del Tribunal Constitucional español sobre el principio de igualdad y termina recordando los límites de la misma, ínsitos a su posición de «legislador negativo»: «realizar positivamente una mayor igualdad sustantiva es la característica labor política que en un sistema democrático se ha de confiar a la decisión mayoritaria tras una adecuada discusión por la sociedad».*

Ricardo Guibourg (Igualdad y discriminación) *presenta un análisis en que se relacionan los dos conceptos de igualdad y de discriminación, con la finalidad de sugerir que la igualdad, como ideal político o como principio ético o jurídico, no constituye una guía inequívoca para las actitudes, ni tampoco un tema respecto del cual pueda plantearse una controversia excesivamente útil. «El contexto de la igualdad -concluye Guibourg- puede (...) entenderse como un complejo sistema de criterios, cada uno de los cuales sujeta cierto trato (previamente definido) a un determinado conjunto de condiciones». Ahora bien, la validez de ese criterio, de acuerdo con Guibourg, sería considerablemente limitada, no sólo porque valdría únicamente para el tipo de trato que el criterio busque distribuir, sino también porque se basa en juicios axiológicos con un importante componente de emotividad.*

En octubre de 1995, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -en el ya famoso «caso Kalanke»- resolvió que era contrario al Derecho comunitario -al principio de igualdad o de no discriminación- una ley del Estado de Bremen que establecía que cuando existieran varios candidatos con «igual calificación» para acceder a un puesto vacante (en la administración estatal) y las mujeres estuvieran subrepresentadas en ese sector, debería dársele prioridad al candidato femenino. La cuestión de la legitimidad o no de la «discriminación inversa» (dicho en términos más crudos) o de las «acciones positivas o afirmativas» (si se quiere emplear un lenguaje más eufemístico) es el tema discutido por los tres autores antes mencionados, en sus respectivos análisis del caso en cuestión. Aunque no deje de haber entre ellos puntos de acuerdo (los tres son críticos con respecto a la fundamentación del Tribunal de Luxemburgo), las conclusiones a que llegan no son coincidentes.

Para Maria Vittoria Ballestrero (Acciones positivas. Punto y aparte)*, el Tribunal Europeo (al igual que el Tribunal Constitucional italiano que por las mismas fechas había declarado la ilegitimidad de todas las disposiciones legislativas que aseguraban a los candidatos de cada sexo al menos un tercio de las candidaturas en las listas electorales) habría operado con una noción injustificadamente reduccionista de acción positiva; de ahí, la decepción de su reflexión final: «será casualidad, pero cada vez que las mujeres se ven atribuidas una ventaja se alza un coro de voces que pide la remoción de esa ventaja, en nombre del "otro bien" del que las mujeres tendrían necesidad». Manuel Atienza* (Un comentario al caso Kalanke) *entiende, por el contrario, que es posible interpretar la* ratio decidendi *del fallo de manera que la sentencia del Tribunal pueda verse como «una decisión jurídica y moralmente correcta que, además, no resulta incompatible con una política de discriminación inversa (o de acción afirmativa) en favor de la mujer y ni siquiera con todo sistema de cuotas». Y, finalmente, Alfonso Ruiz Miguel* (La discriminación inversa y el caso Kalanke)*, aun reconociendo que la discriminación inversa «es un tipo de medida que tiene sus límites», critica tanto la sentencia del Tribunal de Luxemburgo como los criterios que la fundamentan. Para él, la ley de Bremen suponía una modesta y limitada política de cuotas que en absoluto se oponía al principio de no discriminación. Lo que Ruiz Miguel considera como el «núcleo duro» de su tesis es la afirmación de que «puede haber distinciones justificadas aunque tomen rasgos sospechosos como criterio».*

El papel de las reglas dictadas por la autoridad en los razonamientos prácticos es el tema en torno al que gira la polémica entre Juan Carlos Bayón y Paolo Comanducci que se recoge en la sección Razones y reglas. *En* Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas*, Bayón presenta una crítica a las concepciones de Raz y de Schauer que considera como «los dos hitos fundamentales» en la literatura sobre ese problema. La conclusión de Bayón es que el modelo que mejor describe cómo se desarrolla el razonamiento jurídico (y el único racionalmente defendible) es el «particularismo sensible a las normas» (uno de los modelos examinados por Schauer) en el que «quien toma la decisión sobre el caso concreto añade a las razones subyacentes a las reglas las razones para tener esas reglas, componiendo con ambas un balance más sofisticado que en el modelo particularista puro». El comentario de Comanducci* (Sobre las reglas como razones excluyentes) *se centra en la afirmación de Bayón de que «un agente racional no puede en ningún caso aceptar reglas como razones excluyentes»; Comanducci muestra cuáles son los problemas que, en su opinión, plantea la tesis de Bayón, y sugiere también «un uso alternativo de la intuición de Raz» consistente en ver las reglas como razones excluyentes. En su* Respuesta a Comanducci*, Bayón defiende su tesis en los tres terrenos de la* explicación *del razonamiento jurídico, la* justificación *de una conclusión en un razonamiento jurídico y la teoría de la* decisión racional *en el ámbito jurídico.*

La sección de artículos de tema libre se inicia con un trabajo de Newton da Costa y Roberto J. Vernengo (Sobre algunas lógicas paraclásicas y el análisis del razonamiento jurídico) *en el que presentan un sistema de lógica en el que se ha cambiado el concepto de deducción de la lógica clásica con el fin de manejar mejor teorías o sistemas proposicionales que incluyen contradicciones; en particular los autores se ocupan del discurso normativo en general, «cuyo problema fundamental pareciera ser el siguiente: dado un cierto código normativo (...), cómo obtener alguna lógica que permita justificar deducciones e inferencias a partir de él, sin incurrir en trivialidad, aun cuando el código sea inconsistente». Un objetivo parecido tiene el trabajo que le sigue* (Lógica borrosa y decisiones judiciales: el peligro de una falacia racionalista)*, en el que Tecla Mazzarese aborda el problema de hasta qué punto la lógica borrosa permite o no una reconstrucción racional de las decisiones judiciales; la conclusión de la autora es que los cálculos borrosos, si se conciben como medios para asegurar la racionalidad de las decisiones judiciales, son susceptibles de las mismas críticas dirigidas a la teoría tradicional del silogismo judicial, pero «si la atención se centra en un análisis explicativo de las decisiones judiciales (...) pueden ser un medio adecuado para mostrar que el razonamiento judicial es un razonamiento aproximado en virtud de algunas propiedades destacadas del lenguaje».*

Ulises Schmill (La derogación y la anulación como modalidades del ámbito temporal de validez de las normas jurídicas) *divide en tres apartados su estudio sobre la problemática de la derogación y anulación de las normas jurídicas: en el primero expone sus tesis fundamentales al respecto; luego sintetiza y comenta las tesis de Kelsen en «Derogation»; y finalmente analiza críticamente la posición de Alchourrón y Bulygin.*

En El enunciado de responsabilidad*, Ernesto Garzón Valdés aborda el problema de la responsabilidad desde una perspectiva muy general. La conclusión más importante a la que llega es que los enunciados de responsabilidad personales (aquellos en los que se supone la intervención de un agente humano) requieren una doble presunción: la de la causalidad y la del indeterminismo.*

Liborio Hierro (El imperio de la ley y la crisis de la ley) *distingue cuatro tipos de motivos teóricos y prácticos que llevan a considerar problemático el concepto clásico de «imperio de la ley»: la diversificación de la ley y la competencia entre los diversos tipos de leyes, la aparición de normas no legales de carácter paralegal en los procesos de integración regional de los Estados, la expansión de la fuerza normativa de las constituciones, y la expansión de la fuerza normativa de los principios. Sin embargo, a su juicio, esos problemas «no conducen necesariamente a desechar el imperio de la ley y el consecuente principio de legalidad, aunque sí exigen su reformulación».*

Las tesis fundamentales que Félix Ovejero Lucas defiende en su artículo Teorías de la democracia y fundamentaciones de la democracia *pueden resumirse así: las estrategias de fundamentación manejan diferentes ideas de democracia y diferentes ideas acerca de lo que se entiende por una correcta fundamentación; hay básicamente tres maneras de abordar la fundamentación (instrumental, histórica y epistémica), cada una de ellas asociada a diferentes teorías de la democracia (competitiva, comunitaria y republicana); tan sólo la perspectiva epistémica establece una relación fuerte entre democracia y moralidad, con lo que «se puede decir que la fundamentación epistémica se muestra como la única fundamentación genuina».*

Finalmente, Roberto Gargarella (Derechos de los más débiles. El liberalismo igualitario frente a los problemas de la minoridad) *estudia la problemática de los menores de edad desde dos perspectivas distintas: por un lado, analiza las respuestas que la justicia constitucional (especialmente de la Corte Suprema de Estados Unidos) ha dado a diferentes materias que conciernen a los derechos de los menores; y, por otro lado, presenta una crítica de las mismas a partir de la ideología del liberalismo igualitarista.*

La sección de Notas *es, en este número, considerablemente heterogénea. En la que abre la sección, Timothy Endicott* (Ronald Dworkin y las consecuencias de la vaguedad) *analiza la tesis dworkiniana de la única respuesta correcta desde la perspectiva de la vaguedad de las normas. Enrique R Haba continúa con una temática ya tratada por él en anteriores números de Doxa, la de la racionalidad de los discursos jurídicos* (Una discusión: ¿Quiénes son los «irracionalistas» en la teoría del Derecho?). *Marcelo Neves muestra los límites de la concepción luhmanniana del Derecho* (De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho). *Y Mark van Hoecke estudia el papel de los principios jurídicos implícitos en los sistemas de Derecho continental* (El uso de los principios jurídicos no escritos por los tribunales).

El número se cierra con una entrevista que Ricardo Guibourg realiza a Roberto Vernengo, en la que este último contesta por extenso a diversas cuestiones concernientes a su biografía intelectual y a su producción iusfilosófica. Entre muchas otras cosas, Vernengo ofrece lo que podría considerarse como la clave principal para comprender su obra: «Creo (...) que mi preocupación central, en el terreno de la filosofía del derecho y de la filosofía tout court*, es el asunto de la racionalidad y de su núcleo tradicional: la razón (...) En rigor guardo siempre la esperanza de que, frente a intratables problemas políticos y sociales, encontremos recursos teóricos suficientes para esclarecerlos. La razón ha sido, en la filosofía moderna, el terreno en que afloran los viejos problemas metafísicos de la verdad y de la ontología».*

Por último, la habitual sección de resúmenes de bibliografía iusfilosófica española ha sido coordinada en esta ocasión (correspondiente al año 1995) por Juan Antonio Cruz Parcero. Al igual que en el número anterior -y así seguirá haciéndose en números posteriores-, este suplemento se publica

en el diskette *informático adjunto (en* Word Perfect *5.1), y podrá consultarse también a través de Internet, en la página Web de DOXA (http://www.ua.es/fd-dip/filodere/doxa/).*

CARLOS E. ALCHOURRÓN

CARLOS E. ALCHOURRÓN
(1931 - 1996)

El 13 de enero del presente año murió en Buenos Aires, donde había nacido y donde transcurrió buena parte de su vida académica, Carlos Eduardo Alchourrón. Su desaparición constituye, para la filosofía argentina, en especial, y para la teoría del derecho y la lógica, una pérdida muy grave. Desde que sus ideas sobre los problemas de los sistemas normativos se divulgaron por el mundo científico, a partir de la década del 70, su obra ha tenido una repercusión grande y profunda. Quienes hemos sido sus amigos, sus colegas y sus asociados en tantas actividades desplegadas, desde los años 50, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, sabemos bien la importancia de su pérdida. Para estudiosos de la lógica, la filosofía y el derecho de otras latitudes, estas líneas pretenden destacar aspectos de la personalidad y de la obra de Alchourrón que explican la gravedad de una muerte prematura que lamentamos.

Alchourrón, pese a su fama como lógico y como filósofo, fue jurista: estudió derecho. Corresponde explicar esa vocación, al parecer lejana a los intereses abstractos de los lógicos, y apuntar a ciertos rasgos, presentes típicamente en Alchourrón, que hacen a la historia de la filosofía del derecho en Buenos Aires. Cuando Carlos ingresa en la Universidad de Buenos Aires, en la década del 50, todavía la vida académica se encontraba en la sombra del oscurantismo ideológico que había difundido el gobierno de Perón. En el terreno de la filosofía -siguiendo el modelo español de ese entonces- predominaba la vieja y gastada retahíla del neotomismo y del iusnaturalismo. La lógica moderna -desde Frege en adelante- era ignorada en los manuales que debían recorrer los alumnos. Y en derecho continuaba prosperando -con notorias excepciones- una dogmática reiterativa y machacona. Pero por una suerte de milagro, en el terreno de la filosofía del derecho aparecieron dos figuras que marcaron su época y establecieron escuela, en el tradicional sentido de promover una pléyade de discípulos con vocación de investigación y trabajo. Por un lado, Carlos Cossio, que luego de crear un grupo inicial de discípulos en la Universidad de La Plata (entre los cuales,

G. R. Carrió y J. Cueto Rúa), profesaba en la disciplina entonces llamada filosofía del derecho en Buenos Aires. Cossio había introducido, en el pensamiento jurídico, a H. Kelsen, a quien consideraba, en ese campo, «el filósofo del siglo». Desde entonces -mediados de los años 30-, el conocimiento efectivo de la obra kelseniana ha sido una característica no sólo de los iusfilósofos porteños, sino de todos los abogados salidos de la Universidad de Buenos Aires. Por el otro, en un intento de trascender su formación predominantemente neo-kantiana, Cossio había hecho una lectura interesante de las obras iniciales de E. Husserl y, luego, de la de M. Heidegger. Quien estudiaba filosofía del derecho, en los años 40 y 50 con Cossio, debía conocer con alguna precisión no sólo la «Teoría Pura del Derecho» y la propia teoría egológica (el libro se llama nada menos que «La Teoría Egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad», publicado en Buenos Aires en 1944), sino las «Logische Untersuchungen» y «Sein und Zeit». Se trataba de una postura insólita en el campo de los estudios jurídicos, pero, vista por quienes tenían intereses filosóficos, mucho más interesante que la enseñanza tradicional de la llamada filosofía del derecho en la Universidad de Buenos Aires (donde, por cierto, habían dejado su rastro personalidades como J. Ortega y Gasset, R. Mondolfo, F. Romero y otros pensadores europeos). Entre los discípulos más cercanos de Cossio, se encontraba Ambrosio Gioja, que ya ocupara cátedra en la disciplina en La Plata. Gioja provenía de otra tradición: a partir de una inicial formación escolástica, pronto se interesó por el pensamiento kantiano y, sobre todo, por la fenomenología husserliana. Ateniéndose a la postura kelseniana en lo que hace al derecho y su teorización, Gioja se preocupó por aquellos años en compatibilizar el rigor requerido por Husserl con las ideas lógicamente menos elaboradas de H. Kelsen.

Pues Cossio, desde sus primeras obras, había propuesto una interpretación logicista de la teoría kelseniana. La Teoría Pura era considerada la lógica propia del conocimiento jurídico, cuyo objeto se constituía, en el marco de una ontología regional, en los enunciados de la ciencia del derecho. Se trataba con todo «de una lógica trascendental», como gustaba de repetir Husserl utilizando el prestigioso vocablo kantiano. Gioja -quien inicialmente trata de reinterpretar la Teoría Pura conforme al modelo de «Formale und traszendentale Logik»- se encuentra en la situación de que la supuesta ontología formal postulada no se ajustaba a las lógicas formales conocidas y, en especial, a la lógica normativa que G. von Wright propone desde 1951. El ensayo sobre «Deontic Logic», aparecido por entonces en Mind, fue objeto de seminarios y discusiones en la cátedra de Cossio y en los seminarios de Gioja, desde su aparición. Alchourrón encuentra, pues, al ingresar en la Facultad de Derecho, un ambiente donde la curiosidad por los problemas lógicos era intenso y, por cierto, muy diferente a la atonía frente a esos novedosos desarrollos que manifestaban los iusfilósofos tradicionales. Hay que agregar que, tanto Cossio como Gioja, siempre estuvieron atraídos

por la filosofía jurídica norteamericana (de Pound en adelante) y escandinava (sobre todo, la de Ross). Cabe tener presente estas circunstancias, para comprender el ambiente donde Alchourrón se inicia y se desarrolla en el campo de la filosofía: se estudiaba derecho a la luz de Kelsen, pero con la mirada puesta en una fenomenología formal o en una lógica formal por entonces en ciernes. Para quien tenía vocación por el pensamiento especulativo, el alternativo de hierro residía en profundizar los conocimientos lógicos que, a los juristas, parecían puramente marginales. A ello se agregaba, ya en la década del 50, la frustrante experiencia de las obras póstumas de Husserl y el callejón sin salida a que parecían llevar los distintos «realismos» entonces en boga. Y así como en la década anterior los alumnos de introducción al derecho debían recorrer, además del necesario Kelsen, las páginas de Husserl y de Heidegger, ahora Wittgenstein, Austin y von Wright se habían convertido en tema de estudio cotidiano. M. Atienza, en su libro sobre la filosofía del derecho argentina, pintó un cuadro muy preciso del extraño desarrollo de la filosofía del derecho en Buenos Aires, extraño entonces para un español, y enteramente insólito para un latinoamericano, como F. Miró Quesada que, según manifiesta en el prólogo de ese libro, pensaba impropio de un país latinoamericano la dedicación a orientaciones analíticas.

Alchourrón se destacó desde un principio en el terreno de la lógica aplicada al derecho, a lo que posteriormente se denominarían lógicas normativas o deónticas. Su terreno de partida fue el estudio de las lógicas modales que, por aquel entonces, comenzaban a difundirse y prosperar. Ya en 1958, el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas le otorgó una beca para investigar el tema de la lógica normativa y, los conceptos fundamentales del derecho, asunto que se refleja, años después, en su tesis doctoral: «Clarificación lógica de algunos conceptos normativos», que permanece inédita y que tuvo un cariz polémico frente a los desarrollos en el mismo campo de H. Neri Castañeda y de G. Kalinowski. Su primera obra publicada -fuera de un curso sobre lógica dictado en la Facultad de Derecho- fue el ensayo sobre «Los argumentos jurídicos a fortiori y a pari», de 1961, que destaca una característica original de su obra posterior, los problemas puramente formales en el campo de las lógicas y los problemas especulativos de la filosofía moral y de la epistemología aparecen trabajados a partir de problemas característicos de la jurisprudencia.

En 1969 publica «Logic of norms and logic of normative propositions», donde aborda el viejo problema kelseniano de la distinción entre normas y enunciados sobre normas, que había constituido, veinte años antes, el tema de una difundida polémica entre Kelsen y Cossio; y, en 1972, «The intuitive background of normative legal discourse». Por ese entonces, culminaba la redacción del libro sobre sistemas normativos escrito, durante la década del 60, en colaboración con E. Bulygin. El origen de este libro es memorable: en 1960, Gioja propuso para el seminario colectivo del Departamento de Filosofía del Derecho, la discusión de la norma fundamental kelseniana,

la famosa *Grundnorm* que tanta tinta ha hecho correr. Lo cierto es que la misma -objeto de la tesis doctoral del propio Gioja- ofrecía, una vez que los aspectos lógico-sistemáticos se planteaban con mayor rigor, serios reparos. Me correspondió iniciar dicho seminario con un trabajo -poco después publicado en la Revista Jurídica de Buenos Aires- sobre la función sistemática de la norma fundamental. Mis conclusiones eran decididamente escépticas: ponía en duda la función «arquitectónica» que se atribuía generosamente a la *Grundnorm* de marras, y declaraba imposible la ontología formal sobre la que se pretendía erigir una teoría del derecho estricta. Alchourrón y Bulygin iniciaron de inmediato un prolongado seminario -se extendió durante casi una década- sobre el problema sistemático en contextos normativos. El mismo culminó con el libro sobre «Normative systems», aparecido en 1971, en versión inglesa, pero cuyo original castellano se publicó posteriormente en Buenos Aires, en 1973, bajo el título un tanto desprevenido de «Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales». El libro significó, entiendo, una verdadera novedad paradigmática en el pensamiento de la teoría general del derecho.

La investigación parte nuevamente de un problema tradicional de la teoría del derecho: la cuestión de las lagunas en los derechos positivos. El tema revestía una importancia grande en la Argentina, pues tanto la doctrina kelseniana como, expresamente, la teoría cossiana hacían hincapié en el asunto. Para Cossio, inclusive, la negativa a admitir lagunas en los ordenamientos jurídicos revestía importancia ontológica, dada la interpretación «trascendental» que se daba al principio «todo lo que no está prohibido está permitido». Este principio se encontraba enunciado en la constitución argentina entonces vigente, dictada en 1833, y había sido analizado, desde un punto de vista formal, en una monografía reciente de A. Gioja. Para llevar a cabo el análisis Alchourrón y Bulygin comienzan por establecer de una manera precisa nociones que, hasta entonces, se utilizaban de manera prácticamente metafórica en la teoría del derecho: sistema, coherencia, completitud, clausura, etc. E inician el análisis recurriendo a una vieja polémica interpretativa en la doctrina civil argentina. Todos quienes han leído el libro se sorprenden por la riqueza y profundidad del análisis, sin precedentes en la literatura iusfilosófica, y por el rigor de la exposición. Corona el libro un ensayo de formalización, redactado por Alchourrón, de las nociones básicas introducidas, nociones que desde entonces han sido tratadas a la luz de lo expuesto en «Normative systems» (para llamar al libro por su título inglés). Cabe apuntar que muchas de las tesis allí expuestas fueron nuevamente discutidas y desarrolladas en una serie de ensayos que publicaron sus autores durante esos años. Alchourrón trató, por ejemplo, algunas de estas cuestiones en «Sobre el concepto de orden jurídico» (1977) y en «Unvollständigkeit, Widerspruchlichkeit und Umbestimmheit der Normen» (1977).

También durante la década del 60 se inició la actividad académica de Alchourrón fuera de la Argentina. Como profesor visitante y luego como titular

de la beca Guggenheim, recorrió universidades de los Estados Unidos (Harvard, Columbia, Indiana, Berkeley, Miami, etc.), europeas (España, Italia, Finlandia y Noruega, donde dictó su último curso en 1993) y latinoamericanas (México, Perú), y universidades argentinas. Había alcanzado el rango de profesor titular (equivalente al catedrático español) en la asignatura de introducción al derecho. Posteriormente, logró por concurso no sólo una de las cátedras de filosofía del derecho en la Facultad de Derecho, sino también la cátedra de lógica en la Facultad de Filosofía. Le correspondió dirigir durante un periodo el Departamento de Filosofía del Derecho, lugar que concentraba a las investigaciones y a los investigadores de teoría del derecho (cabe apuntar que ese Departamento llegó a contar con casi un centenar de investigadores y docentes).

Los ordenamientos jurídicos positivos son cambiantes: son, lo que Kelsen denominaba, sistemas dinámicos. Vale decir: su constitución -las normas y demás elementos que los integran- se modifica históricamente. La noción tradicional de «sistema», en el caso clásico de la geometría euclidiana, se refiere a conjuntos definidos: es claro que un enunciado nuevo simplemente constituye un conjunto distinto del sistema primitivamente establecido. Ello es lo común en los derechos positivos y los juristas asumen normalmente ese carácter dinámico. ¿Cómo reconstruir teóricamente ese tipo de sistemas dinámicos, una vez analizadas las características de los sistemas axiomáticos clásicos (tarskianos) en el discurso normativo, como se había realizado en el libro de 1971? Nuevamente un problema tradicional -y poco estudiado- en jurisprudencia permitió una explicación novedosa de fenómenos jurídicos insólitos: la tesis de que se trataba de un sistema lógicamente erigido donde, sin embargo, como es experiencia corriente de todo jurista, reina un grado elevado de incertidumbre. Así como un orden normativo es modificado por la introducción de nuevas normas, mediante actos de promulgación un derecho positivo es alterado por la eliminación de normas previamente existentes en el mismo. Se trata de fenómenos que los juristas encaran con la más variada nomenclatura: «derogación», «rescisión», «revocación», quizás hasta «revolución». Lo extraño es que los juristas, pese a que el conjunto normativo que estudian se modifique permanentemente, tienen criterios para considerar que ese conjunto inestable es un mismo derecho. Por la misma época, J. Raz apuntaba a la noción de familias de normas, temporalmente articuladas, para explicar la noción de orden jurídico. Pero el análisis lógico de estos fenómenos de eliminación de normas -digamos, como Alchourrón y Bulygin propusieron, actos de derogación- llevó a poner en claro que la introducción de normas en un ordenamiento tiene características distintas de la supresión de normas. Dado que la eliminación de una norma puede suprimir una premisa necesaria en la derivación de normas inferidas, normas que son consecuencias del conjunto admitido, resulta que, por el complejo entramado en que una norma puede ser derivada, la derogación de una norma puede producir la eliminación de normas derivadas cuya

desaparición no había sido querida por el legislador. Este análisis del fenómeno derogatorio se inicia en el artículo «Sobre el concepto de orden jurídico» publicado en México en 1976, y continuado en trabajos como «Un modello per la dinamica dei sistemi normativi» (Florencia, 1978).

Pero, fuera del interés intrínseco que la derogación ofrece en la teoría del derecho, el problema llevó a Alchourrón -en trabajos publicados conjuntamente con E. Bulygin- a interrogarse por la naturaleza de las normas, asunto ya encarado en «Sobre la existencia de las normas jurídicas» (Venezuela, 1980). En efecto, las normas podían ser vistas, como era tradición en la teoría del derecho, como entidades ideales del tipo de las proposiciones de la lógica clásica, aunque carecieran de valor de verdad, o bien como actos lingüísticos en que se manifestaba la voluntad del emisor del mensaje normativo, generalmente para motivar conductas. En la obra de Kelsen esta ambigüedad -normas como *Sätze* y normas como expresión de actos volitivos- fue permanente. Alchourrón se preocupó en explicar cómo una u otra concepción implicaba sistemas lógicos distintos, como ya había investigado con respecto de las normas como prescripciones y las normas como enunciados descriptivos en «Logic of norms and logic of normative propositions» (Lovaina, 1969). Se postula así la posibilidad de enfocar las normas como elementos de actos prescriptivos; nuevamente las normas quedan ligadas a la voluntad, como en la clásica concepción del derecho como *vis*. Los aspectos lógicos de estas distinciones son estudiados en «The expressive conception of norms», que aparece en 1981. Pero, por el otro lado, las características de los sistemas normativos cambiantes -como resulta de actos derogatorios y de la modificación histórica de los derechos positivos-, conducen a problemas lógicos inevitables: ¿cómo pensar aquellos conjuntos normativos en que, por introducción de normas, se convierten en inconsistentes y donde, por ende, toda norma sería rigurosamente inferible; cómo pensar un sistema normativo jurídico donde las leyes paradojales del condicional producen efectos lógicamente inevitables pero altamente contraintuitivos? La extensión, por enunciados agregados por conjunción, del antecedente de cualquier condicional, maniobra válida en todo condicional material, implica que los presupuestos expuestos en el antecedente de cualquier hipótesis jurídica podían ser modificados *ad libitum*. Y la aparición de contradicciones en un orden jurídico, que es acontecimiento corriente en todo derecho positivo, no por eso lleva a los juristas a considerar trivial cualquier derivación, como la lógica clásica requeriría.

El problema era más general aún: ¿cómo se analiza el dato corriente de los cambios en cualquier teoría, frente al ideal de sistemas axiomáticos inconmovibles? El trabajo sobre «Change of theories and rational ideals» (1981) y sobre todo, luego del ensayo inicial con D. Makinson sobre «Hierarchies of regulations and their logic» (1981), «On the logic of theory change: contraction functions and their associative revision functions» (publicado en Suecia en 1982), plantearon una problemática inédita en la teoría

de la ciencia. Este problema preocupó durante la década del 80 a Alchourrón, quien junto con D. Makinson y con P. Gardenfors, extendieron el análisis en una serie de trabajos que son, hasta hoy, centrales en el asunto: «Sistematization and change in the science of law» (Helsinki, 1983), «On the logic of theory change: partial meet contraction and revision functions» (publicado en el Journal of Symbolic Logic en 1985), «On the logic of theory change: safe contraction» (publicado en Studia Logica en 1985) y «Maps between some different kinds of contraction function: the finite case» (1986), donde construyeron un sistema de axiomas para analizar el cambio de teorías o de creencias.

Fuera de su interés puramente lógico, esta problemática siempre se mantuvo relacionada con problemas jurídicos: ¿qué recursos racionales utilizan los juristas para circunscribir los efectos lógicos de las contradicciones que normalmente aparecen en el material normativo promulgado? O, con mayor profundidad, ¿cuáles son los sistemas lógicos que sirven al razonamiento decisorio jurídico, decisión que pretende ser conclusión de un proceso racional y no meramente la coda de algún argumento retórico, como estaba de moda invocar? Por de pronto, las normas prescriptivas ofrecen obstáculos a la invocación de la lógica, si por tal se entienden las lógicas clásicas extensionales: en efecto, en su interpretación habitual, las normas prescriptivas carecen de valor de verdad y, por ende, no son susceptibles de un cálculo veritativo. Ello llevó a muchos autores -entre los cuales, insignemente al Kelsen tardío y a G. von Wright- a caracterizar al discurso puramente normativo, como el que utiliza el legislador o el juez cuando toman decisiones, como irracional o alógico. Esta tesis parece grave: en un terreno, como el derecho, donde el jurista considera que reinan patrones racionales controlables, nos encontraríamos con un lenguaje ajeno a pautas lógicas. Esta idea, me parece, repugnaba a la forma de pensar de Alchourrón. Cierto es que las normas no son verdaderas, como puede serlo un enunciado declarativo, pero ello no excluye que las mismas, como desde siempre han pensado los juristas, no estén sujetas a alguna lógica y, por ende, que sean susceptibles de un control racional. Ya en 1982 la cuestión aparece en «Conocimiento normativo y verdad» y en «Pragmatic foundations for a logic of norms» (1984). Cuestiones relativas a la sintaxis y la semántica de las normas habían constituido una inquietud reiterada en el pensamiento de Alchourrón, desde «Razones y prescripciones» (1981), «Negación y tercero excluido» (1981), «El compromiso ontológico de las proposiciones acerca del futuro» (1982), «Definiciones y normas» (1983) y los diversos artículos sobre las nociones de permisión débil y fuerte, a partir de: «Permissive norms and permissions» (1984) y en las polémicas con Opalek, Weinberger y Castañeda. Incluso, Alchourrón tiene que tomar partido sobre este riesgo de irracionalismo en polémica con quienes consideraba sus mentores: H. Kelsen en «Kelsens Beitrag zur Normenlogik und zum logischen Skeptizismus» y «Keisen without the basic norm»; y G. von Wright en «G. H. von Wright y los desarrollos

de la lógica deóntica» -pensador cuyo pensamiento había analizado junto con E. Bulygin en «G. H. von Wright on deontic logic and the philosophy of law», publicado sólo en 1989, pero que se remonta a casi una década antes. Este problema, además, se relacionó con toda la problemática introducida por la computación y los sistemas jurídicos expertos. El recurso a lógicas naturales y la concepción de la lógica como un puro sistema inferencial poniendo de lado el criterio semántico tradicional de verdad, aparece en «Logic without truth», publicado junto con A. Martino en 1990. Pero el enfrentamiento con quienes, desde la inteligencia artificial, postulan lógicas no monotónicas, y la necesidad de rescatar la racionalidad del razonamiento jurídico, llevaron a Alchourrón, en los últimos años de su vida, a encarar temáticamente el problema de las lógicas adecuadas para el derecho. En 1991, publica «Philosophical foundations of deontic logic and the logic of defeasible conditionals»; en 1992, «Revision and defeasible logics»; en 1993, «Defeasible conditionals as general conditionals plus revision theory»; y, ya al final de su vida, «Defeasible, strict and counterfactual conditionals - nonmonotonic inference relations». Como editor del volumen dedicado a la lógica en la Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, en 1992, resume sus ideas sobre la lógica en el trabajo «Concepciones de la lógica». Pocos meses antes de morir, en el congreso de la IVR celebrado en Bologna en 1995, lee un trabajo sobre «On law and logic» que, de alguna manera cierra un pensamiento inspirado desde un principio por el problema acuciante de la racionalidad del derecho.

Se trata -dice- de investigar el papel desempeñado por la lógica en el terreno jurídico: «El papel de la lógica a veces ha sido sobrestimado y otras veces, menospreciado. Hay varias razones que pueden explicar estas concepciones equivocadas. Una proviene de la idea de que la lógica se preocupa por las leyes del pensamiento, intentando describir y guiar las maneras como la gente discute sobre diferentes asuntos. Desde esta perspectiva, la función de la lógica en el derecho consistiría en la descripción de diferentes formas de argumentos desplegados para justificar posiciones jurídicas, con el objetivo de encontrar modos de mejorar esos argumentos. Se trataría de una tarea maravillosa, pero desgraciadamente, la lógica es incapaz de llevarla a cabo. La lógica no nos puede decir cómo mejorar nuestras habilidades argumentativas. Sólo nos puede mostrar cómo nuestras conclusiones están fundadas o las premisas utilizadas en nuestros argumentos y si lo están. La justificación de la conclusión es siempre asunto relativo, pues depende de las premisas tomadas en consideración» (mi traducción).

Esta afirmación -«la justificación de la conclusión es siempre relativa» suena hoy a resignada, cuando prosperan en la especulación ética y jurídica recetas argumentales para arribar a soluciones moralmente justificadas y no hay jurista que no invoque las pautas de alguna moral objetiva que confirme sus prejuicios, buenos o malos. Alchourrón en ese respecto siempre mostró gran prudencia frente a este retorno a una seguridad moral sustentada

en una racionalidad endeble. Dado que no cabe hablar de un conocimiento normativo verdadero, en el sentido tradicional de la noción de verdad, la racionalidad es de otra índole, a saber, lógica. Así lo escribió en 1984 en el ensayo sobre «Verdad y justificación de los imperativos morales» y en «Deontic truth and values» y en «Libertad y autoridad normativa» (1985). Las morales objetivas actualmente propuestas le parecieron infundadas; en el terreno de la ética normativa, su actitud se acercaba al relativismo, con las salvedades que esa denominación suscita en quien propuso una lógica sin verdad. Más bien le interesaba, en salvaguardia de una racionalidad más básica, evitar los «peligros de confusión de niveles en el discurso normativo», título de un trabajo escrito con Bulygin en 1988, en polémica con Opalek. Para evitar tales confusiones y rescatar una racionalidad inteligible, en derecho y en moral, nos deja un numero importante de trabajos que son esenciales para una teoría del derecho acorde con la cultura filosófica contemporánea.

HANS KELSEN, POETA

UN POEMA DE HANS KELSEN

El 21 de abril de 1967 visité a Hans Kelsen en su casa ubicada en Los Angeles Ave. en Berkeley, California. Esta calle está ubicada en un lugar especialmente hermoso, donde se elevan los árboles cargados de lluvia, en un ambiente de verde humedad. Cuando llegué a la puerta de la casa, tuve la visión de la silueta de Kelsen, de pie, trabajando sobre unos documentos, recortada su figura azul sobre el diamante de luz de una gran ventana. Llamaba la atención su estatura, pequeña, que contrastaba fuertemente con su poderosa frente, que como una bóveda, albergaba todos los conocimientos y experiencias por los que se le considera el jurista más importante de este siglo.

La amabilidad y cordialidad austriacas son proverbiales, pero en Kelsen aparecían con una suavidad y naturalidad que podría decirse constituían una segunda naturaleza. En el visitante, esto producía un efecto de sorpresa y admiración, pues se estaba frente a uno de los juristas más importantes de la historia, el creador de la escuela teórica del Derecho más conspicua del siglo XX, el redactor de la Constitución austriaca de 1920, amigo personal de Freud y otros grandes de la época dorada de la decadencia de la Viena del Imperio Austro-Húngaro, que fue la Atenas de este moribundo siglo, manantial de todas las corrientes culturales que lo han alimentado. La cordialidad asomaba su dulzura en cada gesto de Kelsen, la cual no era perturbada por los entusiasmos explosivos que podía producirle una idea interesante o novedosa.

Antes de conversar sobre los temas de la teoría del Derecho que yo había preparado con el objeto de conocer su opinión, me condujo directamente a una pequeña sala, muy modesta, constituida por tres piezas de mobiliario, frente a una chimenea de una extrema sencillez. En este cuarto sólo había una gran ventana, al fondo, por donde entraba la luz de los días brillantes de abril, desde la que podía contemplarse las explosiones florales de los colores de varias rosas y otros especímenes que le gustaba cultivar. Recuerdo que tenía sobre su escritorio y en la pared retratos de Kant, Freud, Einstein

y el de alguna mujer muy bella, que le parecía «arrebatadoramente hermosa». A mi pregunta de la razón por la que tenía el retrato de Freud en su escritorio, contestó diciendo que era «por la forma tan completa como Freud se había identificado con su propia teoría». Le pregunté sobre su amistad con el creador del psicoanálisis y me relató un acontecimiento de un amigo suyo, abogado de profesión, que había caído en una profunda neurosis, en relación con ciertos acontecimientos relacionados con su hijo pequeño de dos años; Freud pudo ayudarle a salir de sus angustias, con una sola entrevista de dos horas, la tarde en que lo recibió en su consultorio. Me dijo, contestando una pregunta, que había sido amigo cercano de Otto Weininger, el cual se había suicidado, como tantos en Viena, por la razón más extraña que cupiera pensar: había llegado a la conclusión, después de muchas consideraciones, de que era un asesino y para evitar realizar su propensión al homicidio, prefirió quitarse la vida. Frente a la chimenea, del otro lado de la habitación, había un librero que contenía la totalidad de las publicaciones de sus obras, en varios idiomas.

Kelsen mismo preparó un exquisito café, muy concentrado; lo sirvió en la taza, le puso azúcar, lo movió y, ya preparado, lo colocó frente a mí. Me ofreció un cigarro, más bien, un pequeño puro, «a very soft cigar», se sirvió su brebaje, tomó una galleta y entera la introdujo en la boca. Con esto, la plática comenzó.

Yo había preparado varios temas de conversación, con objeto de que me aclarara algunas dudas sobre la Teoría Pura del Derecho. Estos temas eran referentes al criterio para determinar el marco de interpretación que constituye toda norma, la dualidad entre la Estática y la Dinámica jurídicas y la posibilidad de construir la Teoría del Derecho prescindiendo de la primera, sobre la coacción como el concepto definitorio del Derecho, sobre la preferencia teórica de aceptar el primado del orden jurídico internacional sobre el nacional y otros temas relacionados con el concepto de la revolución. La conversación duró casi tres horas. Me informó sobre los ensayos que estaba escribiendo sobre «Derecho y Lógica».

Cada intercambio de opiniones le producía un entusiasmo verdaderamente sorprendente, para un hombre de su edad: tenía en sus manos varios hilos teóricos de la historia y, por tanto, su entusiasmo era explosivo, sincero, amistoso y concentrado. Estaba entregado completamente a la elaboración de teorías e ideas iluminadoras de muchas oscuridades de su objeto de conocimiento. Me comentó que era viejo y que ya no le gustaba viajar, pero que no dudaría en ir al otro extremo del mundo para discutir alguna idea novedosa en el campo de sus investigaciones.

La plática se había prolongado, pues tratamos adicionalmente problemas muy difíciles como las posibles relaciones entre la moral y el Derecho, así como el carácter normativo de las normas morales. Me ofreció un segundo cigarro, que fumamos con deleite. En ese momento, manifestó que tenía deseos de citar un verso. Me preguntó sobre mi conocimiento del alemán

y tuve que informarle de mi ignorancia del idioma. Entonces, pareció desistir de su intento, lo que me produjo la sensación de que estaba a punto de perder una joya. Tomé la oportunidad como se presentaba y le pregunté sobre el autor del verso, con la secreta intención de buscarlo con posterioridad y saber, de esa manera, cuáles eran los sentimientos que cruzaban por su pecho. Me dijo que el verso era suyo. Le pedí que me lo tradujera.

Prefirió escribirlo, para que yo lo tradujera posteriormente en México. Se sentó a escribirlo y, en unos cuantos segundos, interrumpió su actividad. Se levantó, fue a sus papeles y sacó una hoja original, escrita de su puño y letra. La firmó y me lo obsequió. Este poema se publica por vez primera y revela una faceta de Kelsen que hasta ahora no era conocida.

Nuevamente, en la despedida, pude comprobar que la sutileza, profundidad y grandeza de su pensamiento tenían una correspondencia exacta en sus sentimientos.

CARPE DIEM

Bald, Ach Bald wirst du erblassen,
Diese schöne Welt verlassen
Und vergessen sein.

Darum sollst du dich nicht sorgen;
Stets ist Heute, me ist Morgen;
Zeit ist Schein.

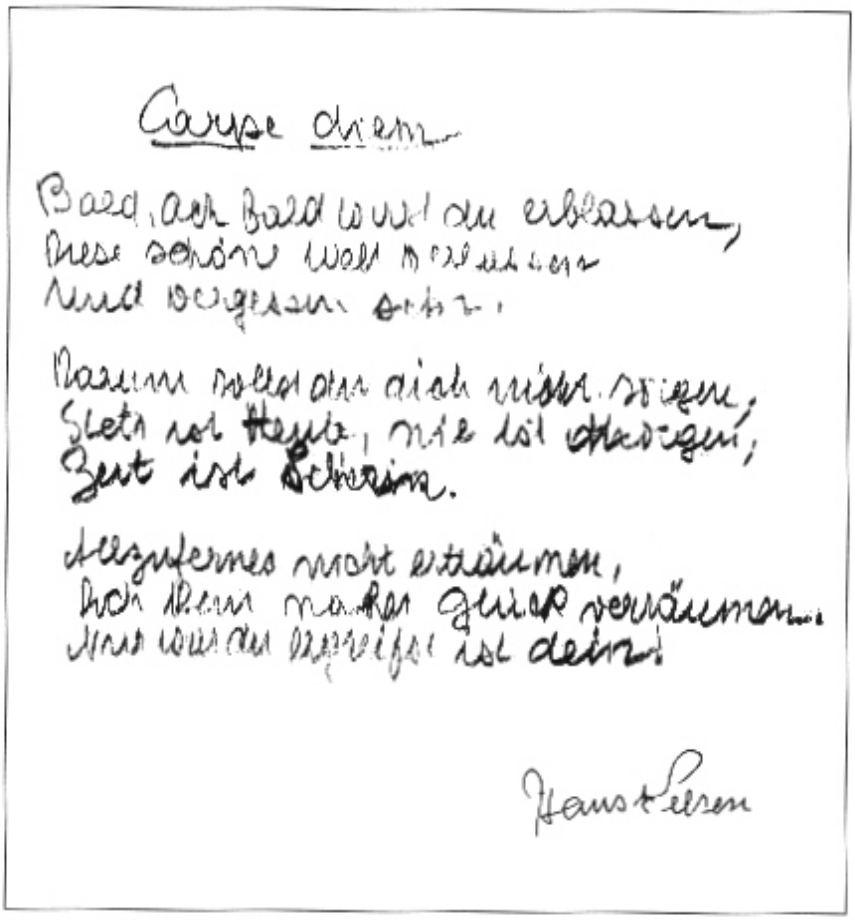
Allzufernes nicht erträumen,
Dich kann naher Glück verräumen.
Nur was du ergreifst ist dein!

CARPE DIEM

Pronto, Oh! pronto tu empalidecerás,
Dejarás este bello mundo
Y serás olvidado.

Por ello no debes preocuparte,
Siempre es hoy, nunca es mañana;
El tiempo es ilusión

No ensueñes lo muy lejano,
Puedes dar lugar a dichas cercanas.
¡Sólo lo que tomas es tuyo!



Carpe diem

Bald, ach bald wird du erblassen,
diese schöne Welt verlassen
und vergessen sein.

Warum sollst du dich nicht sputen,
Stets ist Heute, nie ist Morgen,
Zeit ist Schein.

Deshalb mache träumen,
doch dem mahnen Glück versäumen.
Und wenn du begreifst ist deins!

Hans Leser

IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN INVERSA

LA IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*

La igualdad es un concepto tan abierto y complejo que incluso un estudio que pretenda circunscribirse a su interpretación constitucional no puede limitarse a describir más o menos ordenadamente una serie de tesis o posiciones. Un análisis apropiado exige cierta construcción y la construcción presupone elecciones conceptuales y valorativas que, en particular en este caso, son además inevitablemente complejas y quizá esencialmente debatibles. Confío en que a lo largo de las páginas que siguen los presupuestos conceptuales y valorativos que me guían se irán haciendo suficientemente explícitos. Aquí únicamente será conveniente advertir que la interpretación de la jurisprudencia constitucional que se propone es precisamente eso, una interpretación que se propone o, por decirlo más claramente, una reconstrucción que, dentro de la pretensión de fidelidad a lo dicho por el Tribunal Constitucional, también selecciona y destaca algunos problemas y tendencias, asume como preferibles ciertos criterios y como equivocados otros, señala críticamente ambigüedades, antinomias y quiebras en las distintas líneas que se han desarrollado en tales o cuales puntos y, en suma, esboza un cuadro de la jurisprudencia constitucional -espero que no demasiado abstracto- sin hacer de él una mera fotografía.

El esquema que seguiré parte de unas consideraciones generales sobre la igualdad en la Constitución española que servirán para situar inicialmente la gran división que afecta a ese concepto, entre la igualdad ante la ley y la igualdad sustancial. A esa gran división corresponde la estructura general del resto del estudio, si bien es sobre todo el primer tema, el de la igualdad ante la ley, el que recibirá mucho más amplia atención. Dentro de él se desarrollará la doble distinción entre la igualdad *en* la ley y la igualdad *en la aplicación* de la ley y, especialmente dentro de la primera noción, entre el principio genérico de igualdad y el mandato antidiscriminatorio.

* El presente texto forma parte del proyecto de investigación núm. PB94-0193, del Programa Sectorial de Promoción del Conocimiento de la DGICYT.

1. La igualdad en la Constitución española

En la Constitución, explícita o implícitamente, hay distintas y no siempre claras referencias a la igualdad[1]. Dos grandes pilares, sin embargo, pueden descubrirse en ella, además de la inaugural referencia del art. 1.1 a la igualdad como uno de los cuatro «valores superiores» del ordenamiento jurídico español. En primer lugar, el principio de igualdad reconocido en el art. 14 como frontispicio de todo el capítulo II, dedicado a los «derechos y libertades», que dice:

> «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Ahora bien, aunque es sobre este precepto sobre el que sin duda se ha desarrollado el grueso de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional a propósito de la igualdad[2], hay un segundo pilar de gran importancia cualitativa: el art. 9.2, que no puede dejar de ser relacionado, aun de manera compleja, con el que se acaba de citar:

> «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Teniendo presente esa doble formulación de la igualdad en nuestra Constitución, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre ella se puede analizar a partir de la gran división entre el principio de igualdad ante la ley del art. 14 y el ideal de la igualdad sustancial al que alude el art. 9.2. La igualdad ante la ley es la que se realiza predominantemente en el plano del Derecho, y de los derechos y deberes jurídicos, mientras la igualdad sustancial, de carácter ideal y más difícil de realizar, propone modelos de mayor igualdad en el plano social, económico y cultural. Naturalmente, no existe una total desconexión entre una y otra, pues, por ejemplo, cuando la igualdad de derechos básicos es efectiva constituye una innegable forma

---

[1] He ofrecido una enumeración detallada en Ruiz Miguel 1995a, 109-10; el presente texto, por lo demás, toma pie en ese artículo, del que desarrolla -y en algún punto revisa o matiza- sus principales temas en relación con la jurisprudencia constitucional sobre el tema.

Sobre el tema, aparte de la bibliografía más específicamente citada en el resto de este artículo, es útil consultar los inevitablemente desiguales volúmenes de las XI Jornadas de estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, celebradas en 1989 (vid. *Principio* 1991).

[2] Hasta el punto de que la violación del art. 14 es el segundo motivo más alegado en recursos de amparo, constituyendo el 21,6 por ciento de los presentados desde el comienzo del funcionamiento del Tribunal Constitucional hasta el 31 de julio de 1994, aun así a cierta distancia del primero, la violación del art. 24, alegado por el 67,4 por ciento de los amparos (cf. *Tribunal Constitucional. Estadística desde 15 de julio de 1980 hasta 31 de julio de 1994. Cuadros generales y gráficos*, Gabinete Técnico del Presidente, dactiloescrito, p. 33).

de igualdad sustancial (así, en el voto, o en las prestaciones sanitarias, etc.), pero tampoco hay siempre y necesariamente identidad entre ambas. La igualdad ante la ley, a veces, es formal en el sentido de que exige cambios de actitudes y realidades sociales para las que las normas legales no son suficientes por sí solas, según lo sigue ejemplificando hoy en las sociedades occidentales la dificultad de lograr la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, cuya igualdad en el plano jurídico es prácticamente absoluta: los derechos de igualdad están reconocidos; falta que los hechos correspondan más plenamente con ese ideal.

No obstante, aunque la anterior distinción inevitablemente recoge alguno de los ecos de la clásica pero en buena parte distorsionadora escisión de marxiana memoria entre la igualdad formal y la igualdad real, prefiero prescindir en adelante de esta terminología para no sugerir minusvaloración o desvalorización alguna de la primera como igualdad ficticia, engañosa o innecesaria, según pretendió una cierta tradición marxista (lo cual, como se verá, no impide aceptar, con la tradición socialista más moderada, que la igualdad ante la ley puede ser una forma de igualdad insuficiente). Por ello, en lo que sigue distinguiré simplemente entre la igualdad ante la ley y la igualdad sustancial.

2. La igualdad ante la ley

La igualdad ante la ley, si bien tiene antiguos antecedentes en la idea griega de isonomía, es sobre todo resultado y parte esencial de la ideología liberal desarrollada por la Ilustración y consagrada por vez primera en las declaraciones de derechos de la Revolución Francesa, como obligación tanto para el legislador cuanto para los órganos encargados de aplicar las leyes, esto es, en las dos vertientes más generales en las que se suele distinguir el alcance del principio de igualdad ante la ley: la igualdad *en* la ley y la igualdad *en la aplicación* de la ley. En el primer aspecto, el artículo 6 de la *Déclaration* de 1789 no deja dudas sobre su pretensión de vincular al legislador:

> «La loi [...] doit être la même pour tous, soit qu'elle protége, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents» (La ley [...] debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos);

y, por su parte, en el segundo aspecto, el de la igualdad en la aplicación de la ley, aun limitada a un ámbito específico, el art. 7 añade:

> «Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis» (Ningún

hombre puede ser acusado, detenido ni encarcelado sino en los casos determinados por la ley y según las formas prescritas en ella. Los que solicitan, facilitan, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados).

Como es sabido, sin embargo, el desarrollo jurídico efectivo del principio de igualdad ante la ley en la Europa de las monarquías constitucionales siguió un camino un tanto tortuoso. La igualdad *en* la ley quedó exenta de toda revisión efectiva como una consecuencia más de la supremacía del legislativo y de la consiguiente falta de controles de constitucionalidad externos al Parlamento[3]. Y la igualdad *en la aplicación* de la ley se dirigió a la exclusión de la arbitrariedad del poder ejecutivo hasta coincidir con el control de la legalidad en los reglamentos y actos administrativos[4]. Aparte del camino propio seguido en Estados Unidos[5], sólo en algunas esporádicas decisiones judiciales, como en Suiza a finales de siglo o en Austria a comienzos de los años 30, se admitió la virtualidad del principio de igualdad para controlar el contenido de las leyes, criterio que se generalizaría tras la Segunda Guerra Mundial en los tribunales constitucionales de Austria y de la República Federal Alemana y que, a través del último, influiría en otros sistemas, como el italiano y, con la nueva mediación del Tribunal Europeo de

[3] Sobre ello, vid. Zagrebelsky 1992, caps. II y III, así como, en relación con las doctrinas de Esmein y Carré de Malberg, vid. también Jouanjan 1992, 69-74.

[4] Desde tal punto de vista, que es el de las garantías judiciales que suplementan el mero reconocimiento constitucional, tiene razón la STC 68/1991, de 8 de abril (Rubio Llorente) cuando afirma: «En su sentido originario, del principio de igualdad se ha derivado, en la tradición constitucional europea, un derecho de los ciudadanos a la igualdad ante la Ley, es decir, un derecho a que ésta sea aplicada a todos por igual, sin acepción de personas, o lo que es lo mismo, sin tener en cuenta otros criterios de diferenciación, entre las personas o entre las situaciones, que los contenidos en la misma Ley. Por eso, como tantas veces se ha repetido, el principio de igualdad se identificaba en la práctica con el de legalidad, puesto que cualquier aplicación desigualitaria de la Ley era una violación de la Ley misma. Sólo al término de una evolución secular, y ya en nuestro siglo, se ha derivado del principio de igualdad también un derecho frente al legislador (o más generalmente, frente al autor de la norma) *cuyas decisiones pueden así ser anuladas por la jurisdicción competente* cuando establezcan distinciones basadas en criterios específicamente prohibidos (raza, sexo, etc.), o que no guarden una razonable conexión con la finalidad propia de la norma. Este nuevo significado del principio de igualdad no implica, sin embargo, la eliminación del anterior; no lo sustituye, sino que lo amplía, extendiendo el deber que de él dimana a todos los poderes del Estado y no sólo a los encargados de aplicar las normas» (FJ 4; cursiva mía). Sin embargo, si por «derecho» se entiende el título reconocido aunque no necesariamente garantizado, el derecho a la igualdad frente al legislador -como se ha dicho antes en el texto- estaba *proclamado* ya, tanto en general como respecto de los impuestos y el acceso a las funciones públicas, desde 1789, si bien la garantía judicial de ese derecho fue, como dice esta sentencia, bastante posterior.

[5] En efecto, es allí donde por primera vez se aplica el control judicial del cumplimiento del principio de igualdad por parte de la legislación, ya a finales del siglo pasado, y como consecuencia de la contundente Enmienda XIV, que entró en vigor en 1868, tras la guerra de secesión, como primer hito en aquel país de la lucha contra la discriminación racial: «No state shall [...] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws» (Ningún Estado negará a persona alguna la igual protección de las leyes dentro de su jurisdicción). Así, el primer caso en que el Tribunal Supremo estadounidense anuló una ley en aplicación de esta cláusula es *Strauder v. West Virginia*, de 1879, que declaró inconstitucional

Derechos Humanos, en el español[6]. Junto a ello, y en una reciente evolución exclusiva del Derecho español, la igualdad en la aplicación de la ley ha sido extendida en un mínimo y algo confuso grado a la propia aplicación *judicial* del Derecho.

Veamos más despacio los dos aspectos anteriores en la actual interpretación del Tribunal Constitucional español: en primer lugar, en referencia sobre todo a la igualdad *en* la ley, utilizaré críticamente la ulterior distinción entre el principio genérico de igualdad y la prohibición específica de discriminaciones; en segundo lugar, comentaré, también críticamente, el significado y alcance de la jurisprudencia constitucional en lo que toca a la igualdad *en la aplicación* de la ley.

2.1. El principio genérico de igualdad y la prohibición antidiscriminatoria

Se puede defender que -como ha entendido parte de la doctrina jurídica española[7] y, según veremos en detalle, ha recogido una importante línea de la jurisprudencia constitucional- el art. 14 de la Constitución establece dos preceptos diferentes en cada uno de sus dos incisos: en el primero («Los españoles son iguales ante la ley») se consagraría el clásico principio de que las leyes (y, derivativamente, sus aplicaciones) deben considerar a los ciudadanos como iguales sin hacer entre ellos distinciones arbitrarias o irrazonables;

---

una ley estatal por considerar sólo a los ciudadanos blancos como elegibles para jurados (la sentencia, no obstante, no consideró la exclusión legal de las mujeres); otro caso relevante fue *Buchanan v. Warley*, de 1917, que invalidó una ley de Kentucky que prohibía a los negros comprar casas en barrios blancos. No obstante, el balance de este control fue más bien modesto durante mucho tiempo en la medida en que el Tribunal Supremo fue enormemente «deferente» hacia la legislación, y, con mayor razón, hacia las pautas sociales discriminatorias (cf. Tribe 1988, 1439-43; y Gunther 1991, 602-3). Dos sentencias muy expresivas de ello son, por un lado, la de los *Civil Rights Cases*, de 1883, que declaró inconstitucional el «Civil Rights Act» de 1875 por ilegalizar la interferencia de los particulares por motivos raciales en el derecho de cualquier persona a entrar en hoteles, transportes y teatros (sobre la argumentación del Tribunal cf. Tribe 1988, 1693-5), y, por otro lado, *Plessy v. Ferguson*, de 1896, donde el Tribunal Supremo, bajo el criterio «separados pero iguales», aceptó la segregación racial en los transportes públicos manteniendo la doctrina de que si ambos grupos tenían iguales ventajas no se violaba la cláusula de la igual protección (esta última doctrina no fue revisada hasta casi 60 años después, en *Brown v. Board of Education*, de 1954, donde se mantuvo el principio opuesto de que «las facilidades educativas separadas son inherentemente desiguales»). Por lo demás, en materia de discriminación por razón de sexo, el Tribunal Supremo de Estados Unidos no aplicó la cláusula de la igual protección de las leyes hasta 1971, en el caso *Reed v. Reed*, de 1971, que anuló una ley del Estado de Idaho que, a igualdad de título, prefería a los varones sobre las mujeres en la administración de herencias (cf. Tribe 1988, 1561; y MacKinnon 1991, 1284).

[6] Sobre todo lo anterior, cf. Jouanjan 1992, 24, 80-91 y 97-118 Rodríguez-Piñero y Fernández 1986, 28-31; y Rubio Llorente 1990, 676-8; y 1991, 657 y n. 44.

[7] En especial, cf. Jiménez Campo 1983, 84-5; Alonso García 1984, 206 etc.; Rodríguez-Piñero y Fernández López 1986, 38, 64-78, etc.; Fernández López 1993, 151-7; así como, con un acertado matiz sobre la no contraposición tajante entre los dos principios, Rey Martínez 1995. 18, 39-40, 45ss, etc.

en el segundo inciso, en cambio, se impondría una prohibición mucho más taxativa y perentoria de introducir o aceptar «discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»[8].

Aunque, como se verá, a esta distinción pueden anudarse varios efectos jurídicos diferentes, eso no significa que se proponga como una dicotomía perfecta, que separe criterios absolutamente independientes, sin transición alguna entre ellos, como si no fueran derivables en último término del mismo principio de igualdad ante la ley. Por más que en su formulación deban destacarse las diferencias entre ambos criterios, ha de tenerse en cuenta que si en los casos extremos la distinción es clara y aun tajante, no deja de existir una zona de transición entre ambos, que, naturalmente, es consecuencia de que cada uno de ellos es susceptible de graduación y no de una definición por simple negación del par opuesto.

Prueba indirecta de que, en una zona intermedia al menos, la distinción entre el principio genérico de igualdad y el mandato de no discriminación es más de acento que de contraposición es que no se corresponde con otra distinción que tiene una relevante importancia en el entendimiento del concepto abstracto de igualdad, en cualquiera de sus aplicaciones. Me refiero a la distinción entre las que se podrían denominar reglas de igualdad relativas y no relativas[9]: mientras las segundas establecen los derechos y deberes de varias personas sin referencia a la relación con otras (por ejemplo, «Todos tienen derecho a no ser torturados»), las primeras prescriben un trato igual para una categoría de personas sólo en la medida en que ese trato se otorgue a otra categoría (por ejemplo, «Si la empresa Z recibe una bonificación fiscal tienen derecho a ella todas las empresas similares a Z»). En el primer caso la igualdad aparece como netamente deseable respecto de un determinado trato, mientras que en el segundo, en cambio, su evaluación es neutra, satisfaciéndose con la igualdad sea en el trato sea en su negación. En este último tipo de casos, por tanto, resulta indiferente en términos de justicia (no, naturalmente, en otros posibles, como libertad personal, eficiencia administrativa, ahorro económico, etc.) que la igualdad se restablezca por su presión del privilegio a la persona o categoría a las que se beneficia o por su generalización y conversión en derecho.

[8] En realidad, incluso autores que proponen una lectura unitaria del art. 14, identificando la cláusula general de igualdad con la prohibición de cualquier distinción injusta (esto es, «discriminación» en un sentido amplio del término), aceptan que la expresa mención constitucional de causas discriminatorias específicas establece «una protección reforzada» que, entre otros efectos, la hace directamente aplicable entre particulares (cf. García Morillo 1994, 159, 170 y 175).

[9] Peter Westen (cf. 1990, 73-4) las ha denominado, respectivamente, «comparativas» y «no comparativas», pero prefiero la terminología del texto porque toda relación de igualdad es comparativa en cuanto contiene un criterio de comparación y un objeto de comparación entre al menos dos términos.

Pues bien, esta distinción, que resulta clave en la interpretación de las cláusulas constitucionales de igualdad ante la ley, es independiente de que pensemos en la prohibición discriminatoria específica o en el principio genérico de igualdad. En efecto, en la medida en que las leyes establezcan desigualdades que no afecten a derechos básicos o a derechos, intereses o situaciones que sea inaceptable o absurdo suprimir, la cláusula de la igualdad ante la ley parece ser meramente relativa, tanto si toma como base algún rasgo discriminatorio como si no. De tal modo, en tales casos el restablecimiento de la igualdad puede hacerse tanto denegando la aplicación del trato a los sujetos favorecidos por la ley cuanto ampliando su aplicación a los sujetos excluidos por ella[10].

Es cierto, dicho sea entrando ya en los contenidos de la jurisprudencia constitucional española sobre la igualdad, que en ésta ha dominado la segunda opción, seguramente siguiendo el criterio iniciado por la STC 81/1982, de 21 de diciembre (Díez-Picazo), que resolvió un recurso de amparo de *los* Ayudantes Técnicos Sanitarios de un hospital público de Barcelona en reclamación de igualdad en el criterio aplicado a *las* ATS de considerar el trabajo en domingo como horas extraordinarias: el Tribunal Constitucional, perfectamente consciente del problema de que la igualación en ese caso se podía obtener tanto excluyendo para todos la consideración como extraordinarias de las horas en cuestión cuanto ampliándola para todos, resolvió el asunto en favor de la igualación por elevación. Con independencia del mayor o menor acierto de esta opción[11], en la posibilidad en abstracto de igualar tanto por arriba como por abajo, un caso como éste, claramente de discriminación por razón de sexo, no es diferente de cualquier otro supuesto

[10] Se podría replicar que el fin de la norma analizada en cada caso determina la solución -que, por tanto, podría ser sustituida por el tribunal correspondiente-, bien en favor de la desigualdad de los diferentes incluidos en ella bien en favor de la igualación de los iguales excluidos por ella. Sin embargo, este criterio, por el que el precepto ha de permanecer necesariamente vigente, no tiene en cuenta que, como se verá más adelante en el texto, tanto la existencia de la norma como su finalidad es en principio libre para el legislador, quedando abierto para éste no aprobarla si estuviera obligado a establecer más (o menos) destinatarios. La anterior observación, de carácter conceptual, es naturalmente compatible con la observación de hecho de que, una vez aprobada una norma, las situaciones ya consolidadas o las expectativas creadas por ella tiendan a «obligar» sociológica o políticamente a su mantenimiento.

[11] El poco persuasivo argumento de la sentencia fue que la cláusula del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1) y los principios de igualdad real y efectiva (art.9.2) y de no discriminación en el trabajo (art.35), impiden «privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas» (FJ 3). Al margen de que implícitamente se dé por supuesto que la existencia de una desigualdad inconstitucional, reconocida por la sentencia como «condición privilegiada», no constituye una razón suficiente para su supresión, escasas líneas después la sentencia parece venir a desdecirse de la aparente constitucionalización del principio de consolidación de las conquistas sociales al añadir que la solución así adoptada no prejuzga «que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual, siempre que se respete la igualdad de los trabajadores.» (FJ 3).

excluido por el principio genérico de igualdad, como, por ejemplo, según la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, la exclusión de la acumulación de ingresos en el impuesto sobre la renta de los convivientes casados respecto de la separación de rentas de los convivientes de hecho no casados, desigualdad que también podría haberse resuelto ampliando a ambas categorías el sistema de acumulación de ingresos (vid. SSTC 209/1988, de 10 de noviembre [Truyol], y 45/1989, de 20 de febrero [Rubio LLorente])[12].

2.1.1. El principio genérico de igualdad

Objetividad y razonabilidad de las distinciones normativas

El principio genérico de igualdad, que según la literalidad del art. 14 se refiere no a todos los seres humanos sino únicamente a los españoles, consagra la idea de que el legislador democrático no puede establecer distinciones irrazonables o arbitrarias entre los ciudadanos. Siguiendo la pauta de exigir una «justificación objetiva y razonable» que aparece ya en la sentencia de 23 de julio de 1968 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nuestro Tribunal Constitucional utilizó esa formulación en una de sus primeras sentencias, la 22/1981, de 2 de julio (Begué), para repetirla después de forma habitual en muchas de las ocasiones en las que ha debido pronunciarse sobre el art. 14[13].

Por lo demás, en la discusión de esta cuestión interviene el argumento dogmático tradicional de la limitación de los Tribunales Constitucionales a la función de declarar la inconstitucionalidad -como legisladores negativos, que sólo expulsan pero no incorporan nuevas normas al ordenamiento jurídico-, respecto del que es evidente que mientras la igualación mediante la anulación de una norma discriminatoria no admite reproche alguno, lo opuesto ocurre con la igualación por extensión o generalización de un privilegio (cf., de acuerdo, Rey Martínez 1995, 27-8). En tal sentido, no considero suscribible la observación de Rubio Llorente (1991, 662) de que en materia de igualdad siempre se crea una norma nueva, salvo en el sentido tautológico e irrelevante para una comparación con la opción alternativa según el cual la expulsión de una norma crea otra al someter la situación a una regulación o disciplina distinta a la que venía recibiendo.

[12] A la inversa, también se pueden citar casos en los que la igualación «por arriba», extendiendo el privilegio a todos, es inevitable o, en todo caso, bien razonable, con independencia de que el rasgo sea discriminatorio o no: así lo ejemplifican, respectivamente. de un lado, la STC 116/1987, de 9 de julio (Leguina), que declaró inconstitucional los preceptos de una ley que negaba el reconocimiento de derechos pasivos a los militares de la República ingresados después del 18 de julio de 1936 cuando otras leyes se los habían reconocido también a los funcionarios civiles de la República que habían ingresado durante la guerra civil; y, de otro lado, las varias sentencias en las que, a partir de la STC 7/1983, de 14 de febrero (Tomás y Valiente), el Tribunal Constitucional declaró nula por discriminatoria la reglamentación de la Compañía Telefónica Nacional de España que obligaba a sus trabajadoras, pero no a sus trabajadores, a una excedencia forzosa por razón de matrimonio (vid. también SSTC 8/1983, 13/1983, 15/1983 y 38/1984).

[13] Puede verse una relación en Rodríguez-Piñero y Fernández 1986: 53, n. 70.

La fórmula anterior, además de la vaguedad casi congénita al término «razonabilidad», tampoco carece de ambigüedad, especialmente debido a la utilización de la noción de «objetividad», que en este contexto puede ser empleada al menos en tres sentidos diferentes: la objetividad como exclusión de referencias valorativas por parte de la norma, como (uno de los significados de la) generalidad normativa y, en fin, como justificabilidad de la distinción establecida por la norma.

En el primer significado, cuya desconsideración no merece mayor desarrollo, si la objetividad se refiriera a la descripción en términos fácticos de las categorías utilizadas por la norma, es más que dudoso que tal requisito deba reputarse como exigible, puesto que eso excluiría como contrarias a la igualdad referencias normativas tan usuales como las que en Derecho privado se hacen a la buena fe o a la diligencia exigible en los comerciantes o las que en Derecho público se hacen a la mejor oferta en los concursos de bienes y servicios o a la buena conducta como condición para obtener licencia de armas o para conceder permisos a presos, sin contar las múltiples referencias constitucionales a términos valorativos como «dignidad de la persona», «tratos inhumanos o degradantes» o «derecho al honor», por citar sólo algunas de las más llamativas. Por lo demás, que yo sepa, el Tribunal Constitucional no ha utilizado la noción de objetividad en este sentido, de modo que consideraré los otros dos significados restantes, que merecen una discusión más detallada.

La objetividad como generalidad de las normas

El segundo significado de la idea de objetividad la identifica con la generalidad y abstracción normativas en cuanto ausencia de acepción de personas en los sujetos designados por la norma, de modo que sean designados como clase y sin la finalidad de favorecer o perjudicar a nadie caracterizable *ad personam*. Se trata de un significado que nuestro Tribunal Constitucional ha utilizado en ocasiones, aun a costa de incurrir en cierta incoherencia con su línea principal y dominante de exigir la razonabilidad. Parecería que esta exigencia de objetividad como generalidad no tendría nada de objetable, al menos en principio, si se añadiera a la exigencia de razonabilidad, operando entonces como una condición necesaria pero no suficiente (no obstante, he hecho la salvedad de «en principio» porque, como enseguida se verá, hay razones para aceptar que, en casos excepcionales al menos, no es ni siquiera una condición necesaria). Tal es la interpretación que quedó abierta en la STC 42/1981, de 22 de diciembre (Gómez-Ferrer), cuando apareció por vez primera la exigencia de la generalidad como requisito de la igualdad ante la ley. Aunque no lo diga expresamente, cabe interpretar que esta sentencia -que declaró la inconstitucionalidad de una ley de la Generalidad de Cataluña por violar el requisito de la generalidad de la ley que exigía una titulación obtenida en un centro concreto para acceder a

una función pública- sólo estaba estableciendo una condición necesaria y no forzosamente suficiente del principio de igualdad. Y lo mismo cabe decir de la interesante STC 44/1995, de 13 de febrero (García-Mon), que aceptó un amparo contra un «acuerdo interpretativo» del Parlamento de Cataluña por haber desarrollado un precepto reglamentario en atención a un diputado y una circunstancia concreta.

Ahora bien, una acotada aunque continuada línea de sentencias del Tribunal Constitucional, que suelen remitirse a la citada 42/1981, ha venido a entender la exigencia de la objetividad en cuanto generalidad como una condición suficiente de la igualdad en la ley, ofreciendo así una posición muy restrictivista y deferente hacia el creador de normas en el control de constitucionalidad de ese principio. Así hay que deducirlo del hecho de que tales sentencias, la mayoría relativas a concursos de acceso a la función pública, hayan excluido la inconstitucionalidad de los actos o normas impugnados por razón de la igualdad alegando *únicamente* su carácter general: véanse las SSTC 49/1983, de 1 de junio (Pera Verdaguer), 50/1986, de 23 de abril (Rubio LLorente), 148/1986, de 25 de noviembre (Díaz Eimil), 207/1988, de 8 de noviembre (López Guerra), 20/1991, de 31 de enero (García-Mon), 27/1991, de 14 de febrero (Gimeno), y 189/1991, de 3 de octubre (De la Vega Benayas). Sin embargo, exigir únicamente la generalidad de la norma es compatible con la utilización de un criterio general irrazonable o arbitrario: sin ir más lejos, por ejemplo, las leyes racistas y segregacionistas son perfectamente generales en el sentido de que no hacen acepción particular de personas[14].

Sea como sea, no obstante, la precedente jurisprudencia ha sido precisada en dos sentidos. Por un lado, el Tribunal Constitucional ha aceptado la tesis doctrinal, ciertamente no pacífica, de que la idea de objetividad en cuanto generalidad, es decir, en cuanto exclusión de la referencia a sujetos determinados, no coincide necesariamente con la idea de objetividad en cuanto justificabilidad, es decir, en cuanto exclusión de la arbitrariedad[15]: en

[14] En este sentido, tenía razón Rubio Llorente en su voto particular a la citada STC 189/1991, cuando dijo que «el criterio de diferenciación empleado por el legislador ha de ser "razonable", no simplemente objetivo. Perfectamente objetivo es, para usar un ejemplo célebre en la doctrina, el criterio que diferencia a los vecinos de una misma calle según el número, par o impar, de las casas que habitan pero a ello, nadie, creo, consideraría ajustada al principio de igualdad una norma que obligase a pagar impuestos a los vecinos de casas con número impar, eximiendo de esa obligación a los que habitasen en los pares».

[15] Frente a la clásica pero seguramente envenenada tesis de Carl Schmitt sobre la rígida exigencia del constitucionalismo liberal-burgués de identidad entre generalidad, legalidad e igualdad (cf. 1928, esp. cap. 13), creo más acertada una posición más matizada, que en nuestro país Ignacio de Otto expresó tan sencilla como sintéticamente: «El mandato de igualdad prohíbe la desigualdad injustificada y no hay ningún motivo para suponer que la desigualdad establecida para un solo individuo es imposible de justificar, pues las circunstancias que justifican el trato desigual pueden darse tanto en un grupo como en un individuo singularmente considerado» (1987, 181: cf. también, coincidiendo en este criterio, Jiménez Campo 1983, 75 y 82; así como en favor del criterio opuesto, Serrano 1985, 44-6).

efecto, el Tribunal Constitucional en una de las sentencias del caso Rumasa, la 166/1986, de 19 de diciembre (Díaz Eimil), aceptó la posibilidad de dictar leyes singulares en situaciones excepcionales, si bien sometiéndola a «rigurosos límites», en especial a la exigencia del control de razonabilidad y a la exclusión de su incidencia en los derechos más fundamentales. Por otro lado, el grueso de la jurisprudencia constitucional sobre la igualdad en la ley ha centrado su control en el examen de razonabilidad, sin hacer más referencias que las meramente nominales a la objetividad y, en todo caso, sin insistir especialmente -tal vez, cabe observar, porque en cada caso concreto podía darse por supuesta- en la exigencia de la objetividad como generalidad.

La anterior conclusión viene a remitir como mejor interpretación de la noción de objetividad al tercer significado antes avanzado, como justificabilidad de las distinciones empleadas por las normas, entendida como exclusión de criterios «subjetivos» en el sentido de arbitrarios o, precisamente, no razonables[16]. Lo que ocurre es que en este significado, en realidad, la objetividad como condición *prima facie* exigible viene a converger en el examen de razonabilidad, por lo que si no resulta a fin de cuentas redundante y superfluo es sólo porque, en ciertos sectores normativos, como el de la selección de personal, puede ser visto como una concreción de éste. Por ello mismo, la alusión de muchas sentencias a la noción de objetividad apenas reduce la todavía sin duda excesiva vaguedad que en nuestro sistema mantiene la exigencia de razonabilidad como criterio de la igualdad en la ley[17].

El examen de razonabilidad

En abstracto, el examen de razonabilidad puede descomponerse en dos patrones diferenciados: por un lado, el de la constitucionalidad de la finalidad pretendida por la norma y, por otro lado, el de la adecuación entre la distinción establecida por la norma y la finalidad de ésta. Pues bien, el principio

[16] Tal es, probablemente, el origen de la exigencia de objetividad, procedente de la doctrina de Gerhard Leibholz y de su posterior acogimiento por el Tribunal Constitucional alemán (del que aquél fue magistrado de 1951 a 1971, así como Presidente), según la cual el principio de igualdad consagra la exclusión de la arbitrariedad, entendida como carencia de justificación *objetiva* en el sentido de conforme a la «naturaleza de las cosas» (cf. Jouanjan 1992, 129-36).

[17] En efecto, en nuestra jurisprudencia constitucional no hay apenas rastro de los varios subcriterios y técnicas dirigidos a reducir la vaguedad del criterio de razonabilidad que han ido creando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos o el Tribunal Constitucional alemán, como -además de la distinción que después se comentará entre examen ordinario, estricto e intermedio (cf. *infra*, notas 41-44 y texto correspondiente)- la deferencia hacia las aproximaciones legislativas paso a paso o en materias nuevas y complejas, la permisividad hacia ciertas estandarizaciones por razones de eficiencia o de facilidad de gestión o por su urgencia o su provisionalidad, etc. (cf. Tussman y tenBroek 1949, 348-9; así como Jouanjan 1992, 301-7).

genérico de igualdad, en cuanto afecta al legislador al menos[18], hace prácticamente innecesario el primer tipo de examen, que suele darse por aprobado de modo implícito por dos razones. En primer lugar, aunque en teoría es posible que una ley sea deliberadamente contraria al principio genérico de igualdad, el caso parece máximamente atípico, pues la norma debería tener como pretensión o efecto dominante la realización de la propia desigualdad, lo que resulta particularmente extraño fuera del ámbito de las discriminaciones estrictas, cuyo objetivo ha solido ser la propia desigualdad, con la estigmatización o la minusvaloración usualmente asociada a ella. En segundo lugar, y complementando lo anterior, las leyes no están sometidas a finalidades constitucionales específicas y tasadas, sino que, siempre que no traspasen los límites de los derechos y demás exigencias establecidos en la Constitución, pueden proponer libremente distintas interpretaciones a propósito del interés general, que, en un sistema de democracia pluralista, no es más que el punto de vista específico de la variable mayoría sobre el contenido de tal interés. Dicho en dos palabras, las leyes no son «ejecución» de la Constitución en similar sentido a como los reglamentos son ejecución de las leyes, de modo que el legislador es libre de perseguir cualesquiera finalidades, siempre que sean lícitas en el marco constitucional[19].

[18] En lo que se refiere a la capacidad reglamentaria de la Administración, la cuestión es algo diferente, pues la finalidad de la norma no es en tal caso meramente discrecional, sino que ha de enmarcarse bien dentro de las competencias atribuidas directamente a la Administración por la Constitución, bien dentro de la delegación autorizada por la ley correspondiente. Sin embargo, el examen de que tal poder normativo no se ejercita *ultra vires* es una de las funciones típicas del control judicial ordinario de la legalidad de la actuación administrativa, siendo improcedente en principio el control del Tribunal Constitucional (y, si no estoy equivocado, en la jurisprudencia española al menos no existe ninguna sentencia que emprenda tal examen de razonabilidad en sentido estricto, respecto de la finalidad de la norma, en relación con alguna norma reglamentaria).

[19] Naturalmente, cuando el legislador traspasa tales límites se produce una violación de algún precepto constitucional diferente del principio genérico de igualdad en la ley. Por lo demás, entre los límites constitucionales a las finalidades perseguibles por las leyes no cabe incluir el propio principio genérico de igualdad ante la ley so pena de conferirle un carácter sustantivo y no meramente relacional y, por tanto, de convertirlo en un criterio de justicia material o, al menos, de igualdad real que podría echar al traste cualquier entendimiento mínimamente razonable del alcance de la revisión constitucional de las leyes.

En este sentido, ni siquiera la exigencia de generalidad y abstracción de las normas, esto es, la exclusión de la acepción de personas, debe ser vista como un criterio *sustantivo* incorporado en el principio de igualdad en la ley, sino como una exigencia formal y meramente *prima facie*, en el sentido de excepcionable si hay una buena razón, derivada, una vez más, de la necesidad de adecuación entre las distinciones normativas y la finalidad de la mayoría de las normas, en las que *suele* ser exigible el carácter impersonal. Por el contrario, de entenderse esa exigencia como un criterio absoluto o inexcepcionable, no sólo estaría radicalmente excluida por principio toda ley singular -lo que, como se sugirió, parece una exigencia irrazonable-, sino incluso la autorización legal de nombramientos políticos de libre designación, que son típicamente *ad personam* pero que, sin embargo, están justificados precisamente en función de la finalidad de la norma autorizante de garantizar unas relaciones de confianza en ciertas actividades políticas.

Si lo anterior es cierto, el examen exigido por el principio genérico de igualdad en la ley puede reducirse a la exigencia de adecuación suficiente entre la clasificación empleada y la finalidad de la norma, que es en lo que en realidad ha consistido el análisis jurisprudencial de la «razonabilidad» de las distinciones consideradas. Ahora bien, en realidad, si esta relación entre medios y fines pudiera y debiera ser perfecta, el examen de razonabilidad se convertiría en un ejercicio técnico, básicamente objetivable en los términos de las ciencias sociales y que se podría reducir sin más a una aplicación de lo que Max Weber denominó racionalidad instrumental. Pero si, por un lado, la existencia de una relación de igualdad *relevante* entre dos o más individuos presupone una atribución valorativa y, por otro lado, la adecuación entre fines y medios normativos, particularmente en cuanto afecta al principio genérico de igualdad ante la ley, no siempre necesita ser estricta o exacta para ser calificada como razonable, entonces el examen de razonabilidad no puede reducirse al de racionalidad, dejando abierto el campo a la introducción de juicios de valor en la determinación de la propia relación de adecuación[20]. Veámoslo por partes.

En efecto, por un lado, ninguna relación de igualdad, especialmente en contextos sociales, éticos y jurídico-políticos, es propiamente de identidad, por lo que la determinación de aquélla supone necesariamente la existencia de ciertos rasgos comunes y ciertos rasgos disímiles de los que se destacan los primeros como relevantes en función de un determinado aspecto o trato. Esto significa que la simple predicación de una determinada relación de igualdad entre dos o más personas, incluso en contextos descriptivos, exige evaluar y seleccionar los rasgos que se consideran relevantes en uno u otro aspecto[21]. Además, en las relaciones de igualdad prescriptivas, esto es, cuando la relevancia de la igualdad se determina en función de un determinado trato que se propone como debido o prohibido, la propia conexión entre los rasgos considerados comunes y el trato asociado a su posesión depende a su vez de una valoración de carácter práctico y, en último término, ético. Tal conexión, así pues, no puede comprobarse empíricamente, al modo de la racionalidad instrumental, sino que, en el mejor de los casos, supone un juicio de razonabilidad, en el que se aportan argumentos capaces de recibir mayor o menor adhesión en un determinado contexto histórico-social.

Por otro lado, si la propia utilización de distinciones o clasificaciones de personas y situaciones en cualquier norma es el resultado de un proceso conceptual de generalización y abstracción que no siempre puede cuadrar estricta y exactamente con la finalidad pretendida sería absurdo exigir una

[20] Sobre ello, en general, vid. Atienza 1987 y Rubio Llorente 1991, 659-61; sobre las consecuencias del uso del criterio de razonabilidad en la libertad de configuración normativa del legislador, vid. Jiménez Campo 1983, 100ss.

[21] Sobre la naturaleza de este juicio de *relevancia*, con mayor amplitud, reenvío a Laporta 1985, 15-9.

adecuación perfecta entre fines y medios. Más aún, en rigor, salvo que la norma incorpore criterios abiertos para su aplicador -esto es, salvo que se trate más bien de un principio que de una norma en sentido estricto-, *nunca* cuadrará, potencialmente al menos, dada la posible aparición de casos o circunstancias imprevisibles en el momento de la creación de la norma[22]. Eso significa que las normas pueden ser en alguna medida inexactas o inapropiadas en sus criterios clasificatorios en relación con su fin sin ser propiamente arbitrarias: por ejemplificarlo toscamente, la norma que prohíbe la entrada de perros en bares y restaurantes es doblemente inapropiada porque no incluye a otros animales que pueden ser tanto o más molestos que los perros, como los chimpancés o los leopardos (infrainclusividad), y porque no excepciona la entrada de perros adiestrados y necesarios como los lazarillos (suprainclusividad)[23]. De tal modo, en cuanto cualquier norma utiliza clasificaciones directamente relativas a personas o que indirectamente han de referirse a ellas (así, la prohibición de entrada de perros en realidad se dirige a sus portadores), la tolerancia hacia la inexactitud en la clasificación utilizada como relevante, sea por exceso y/o por defecto, suele y debe ser mayor cuando estamos ante el simple principio genérico de igualdad que cuando aparece un rasgo aludido en el mandato antidiscriminatorio.

Entre los numerosos ejemplos que se podrían dar de la utilización de esta versión del test de razonabilidad por parte de nuestro Tribunal Constitucional, pueden bastar dos muestras, una por activa, declarando la inconstitucionalidad de una norma, y otra por pasiva, denegándola. Por activa, por ejemplo, véase la STC 2/1992, de 13 de enero (Rodríguez Bereijo), que declaró inconstitucional la interpretación de una norma de la Ley General de la Seguridad Social que prohibía la afiliación a la SS del cónyuge porque la imposición de «una diferencia de trato de situaciones aparentemente iguales» entre el cónyuge y el resto de los trabajadores constituye un trato «desproporcionado respecto a la finalidad perseguida por la norma» (FJ 4). Por pasiva, en cambio, puede verse la STC 192/1991, de 14 de octubre (Rodríguez Bereijo), que denegó el amparo contra una norma de un Estatuto de Personal de la Seguridad Social que confería un derecho preferente a ocupar una plaza vacante en una localidad cuando en ella residiera el cónyuge, por considerar que tal distinción «no resulta injustificada, irrazonable o desproporcionada» en función del fin de protección de la familia (FJ 4)[24].

---

[22] Sobre ello, véase Tussman y tenBroek 1949, 346-7, y Schauer 1991, especialmente caps. 2 y 3.

[23] Sobre el tema, es ya clásico Tussman y tenBroek 1949, 347-8, cuya clasificación fundamental puede verse resumida en castellano en Alonso García 1984, 208-9, y en Rey Martínez 1994, 49-51.

[24] No obstante, el Tribunal Constitucional en alguna discutida y discutible sentencia ha aplicado un test muy estricto para distinciones no estrictamente discriminatorias, señaladamente en la citada STC 209/1988, que elevó cuestión de constitucionalidad contra la ley del impuesto sobre la renta estimando que la acumulación de rentas de los cónyuges resultaba desigualitaria

De acuerdo con todo ello, no es una casualidad que algunas sentencias hayan hablado de «proporcionalidad», en vez o indistintamente de «razonabilidad», como prueba de que tales nociones se manifiestan no como criterios técnicos y «objetivos» -sea en el sentido de absolutos o aceptables para todos sea en el de sometibles a prueba empírica-, sino como criterios justificatorios, inevitablemente vagos en sus delimitaciones. Tal es, por lo demás, no sólo el significado usual de la consideración de algo como «razonable», esto es, aceptable supuestas ciertas creencias sociales en un momento histórico dado, sino que es también el significado conscientemente aceptado por nuestro Tribunal Constitucional, como lo reconoció abiertamente la STC 49/1982, de 14 de julio (Díez-Picazo), que, utilizando una expresión luego repetida en otras muchas, identificó la razonabilidad con la conformidad «con criterios y juicios de valor generalmente aceptados» (FJ 2).

2.1.2. El mandato antidiscriminatorio

La discriminación en sentido estricto

La mejor manera de considerar el contraste entre el principio genérico de igualdad y el mandato antidiscriminatorio es detenerse en las razones y efectos de este último, por el momento desde el punto de vista teórico general aquí defendido, que propone como preferible una interpretación más homogénea que la que, como enseguida se verá, cabe entresacar de la jurisprudencia constitucional. Ante todo, se ha de precisar que la distinción en el art. 14 del mandato antidiscriminatorio supone adoptar un concepto restringido de «discriminación» según el cual ésta no equivale a simple desigualdad, incluso injusta, sino a un tipo especial de desigualdad caracterizado por la naturaleza generalmente odiosa del prejuicio social descalificatorio, que tiende a tomar como objeto de persecución un rasgo físico o cuasifísico hasta afectar de manera gravísimamente injusta a la dignidad y, por tanto, a la igualdad más básica de los portadores de tal rasgo.

Hay una enorme cantidad de rasgos y caracteres personales y sociales que se pueden utilizar para establecer distinciones jurídicas y sociales sin afectar a la dignidad de los perjudicados por ellos, aunque en ocasiones, sin embargo, puedan ser injustos, como, por ejemplo, el favorecimiento de la contratación de jóvenes respecto de la de mayores de 45 ó 50 años o la exención

respecto de la legítima finalidad pretendida, de gravar la mayor capacidad económica de la vida en común, al no aplicar el mismo criterio a casos similares, como las uniones de hecho y, en general, todas las personas que viven en común (cf. FFJJ 8-10); no obstante, la también citada STC 45/1989, que resolvió esta cuestión, aunque no dejó de acoger tales argumentos, se apoyó más decisivamente en el argumento de que el «impuesto por grupo» en que consistía la sujeción de la unidad familiar al impuesto sobre la renta violaría los principios constitucionales de igualdad y de capacidad económica (cf. FFJJ 5-7).

del IVA en los honorarios de médicos y abogados. En cambio, las diferenciaciones por rasgos como la raza, el sexo, el nacimiento, la religión o las opiniones históricamente han tendido a afectar no tanto a las acciones de las personas, en cuanto modificables, como a las personas mismas o a su modo de ser, exigiendo de ellas un cambio, a veces incluso física o psicológicamente imposible o muy difícil, pero en todo caso moralmente inaceptable.

No obstante, tampoco una distinción como la anterior debe esencializarse y entenderse rígidamente, más allá de las distintas razones históricas y sociales que la justifican para el presente y el futuro. Así, por un lado, existe una graduación en la gravedad de los supuestos de discriminación. Los más graves históricamente han sido, sin duda, las persecuciones genocidas, donde a la inmodificabilidad material del rasgo discriminatorio se ha solido unir su gran visibilidad, y cerca de ellas hay que situar las persecuciones religiosas, ideológicas y similares, que no dejan más opción de sometimiento que un cambio de modo de vida puramente externo o ficticio y la ocultación del rasgo. En un nivel inferior, en los sistemas democráticos actuales el riesgo más grave reside en las diferenciaciones por prejuicios descalificatorios de carácter estigmatizador o despectivo, tan típicos en la conducta social hacia ciertas minorías raciales, o, simplemente, los de carácter minusvalorador, como tradicionalmente viene ocurriendo con las mujeres, confinadas en roles subordinados. En fin, aunque graves por su afectación a la dignidad humana y por ello merecedores de atención y vigilancia, las distinciones por el nacimiento, la religión o la opinión carecen ya hoy, en los sistemas democráticos al menos, de la honda y dilatada raigambre discriminatoria que todavía pervive socialmente en la raza y el sexo.

Por otro lado, aceptada esa gradualidad de la escala, el paso de las discriminaciones en sentido estricto a las simples desigualdades ante la ley no puede considerarse como un salto cualitativo e inabarcable. En este punto cabe elogiar la previsión jurídica de cláusulas discriminatorias abiertas, que faciliten la especial protección de nuevas formas de grave discriminación, incluyendo en tal apertura el desarrollo de una mayor conciencia social hacia formas de desigualdad que en realidad siempre han sido intolerables, como hacia los discapacitados o hacia las personas con orientaciones sexuales minoritarias. En particular, la interpretación aquí defendida sobre el art. 14 permite entender su cláusula de cierre («o cualquier otra condición o circunstancia personal o social») precisamente como una reserva de tal carácter hacia rasgos similares en gravedad a los expresamente mencionados[25] (en el mismo sentido, cf. Rodríguez-Piñero y Fernández 1986, 66-78).

[25] En efecto, si en el art. 14 no se distinguiera entre el principio genérico y el mandato antidiscriminatorio específico, de modo que la enumeración de rasgos discriminatorios sea una simple ejemplificación del principio de igualdad ante la ley, dicha cláusula de cierre resultaría superflua por redundante, como defendió Ignacio de Otto (cf. 1984, 451; de acuerdo en este diagnóstico y con mi punto de vista, cf. Hierro 1995, 132).

Más aún, que la cláusula antidiscriminatoria no ha de esencializarse tiene una consecuencia decisiva para una adecuada lectura de cada uno de los motivos discriminatorios por separado, cuya utilización no siempre es equivalente ni ambivalente o bidireccional[26]. Por mucho que la tendencia histórica a usar rasgos como la raza, el sexo, la religión, etc. como depósito de prejuicios sociales descalificatorios para la dignidad de sus portadores incline a tener precaución ante su uso, cualquiera que sea su signo, tampoco se ha de olvidar que en la generalidad de la letra de la ley (o, en este caso, de la Constitución) se equiparan en abstracto la desigualdad que perjudica al negro, al gitano o a la mujer con la que perjudica al blanco o al varón. Pero esa bidireccionalidad puede no ser siempre justa ni necesaria, pues a veces una medida que favorece a un colectivo tradicionalmente discriminado y que, por tanto, discrimina al tradicionalmente favorecido, no está basada en un prejuicio descalificatorio de este último ni corre el riesgo de fomentarlo. Y si es cierto que tal prejuicio es una tendencia y no un requisito del concepto de discriminación, no cabe excluir, al menos conceptualmente, que puedan existir discriminaciones justificadas, esto es, desigualdades que toman justificadamente un rasgo generalmente asociado a prejuicios descalificatorios, como los permisos por parto, la elección de actores de una raza para un espectáculo o película que así lo exige y la contratación de modelos de un solo sexo para un desfile de moda o, en fin, en las medidas de discriminación inversa, la reserva para mujeres de ciertos puestos políticos o laborales prestigiosos[27].

En suma, como la contrastante doctrina del Tribunal Supremo de Estados Unidos ha puesto de manifiesto, frente a una interpretación bidireccional de la cláusula constitucional de igualdad, como ciega al color (*color blind*), al sexo, etc. -iniciada por la *dissenting opinion* del juez Harlan frente a la ominosa sentencia *Plessy v. Ferguson*, de 1896, que aceptó la segregación racial en los ferrocarriles-, es más apropiado y refinado el criterio del juez Blackmun en su *concurring opinion* en una sentencia de 1978:

> «Para superar el racismo tenemos que tener en cuenta la raza. No hay otro camino. Y para tratar a algunas personas igualmente tenemos que tratarlas de manera diferente» (Regents of the University of California v. Bakke).

[26] Compartiendo presupuestos conceptuales y valorativos similares a los aquí mantenidos, Fernández López -tal vez siguiendo una alusión de Rodríguez-Piñero (cf. 1991, 1089)- utiliza los términos «bilateral» y «unilateral» (cf. 1993, 160ss), pero este último me parece que tiene una mayor connotación peyorativa que «unidireccional».

[27] Naturalmente, si se conviene en que el significado jurídico-constitucional del término «discriminación» es el de distinción *injusta*, las anteriores observaciones deberían reformularse terminológicamente, asumiendo que caben distinciones por rasgos como la raza o el sexo que no son discriminatorias o que la llamada «discriminación» inversa no es propiamente tal a efectos jurídicos. Más allá de la terminología, lo decisivo es que los contenidos o significados que avalan una determinada posición sean coherentes y estén respaldados por razones.

La rígida jurisprudencia inicial

Pues bien, si se contrasta el anterior marco teórico con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre el art. 14, se debe constatar la existencia de una primera línea jurisprudencial, dominante en una época inicial que llega al menos hasta 1987[28], que, por un lado, utiliza un concepto amplio de «discriminación», como mera desigualdad injustificada o irrazonable, asociado a una lectura indiferenciadora de los dos incisos del citado artículo, y, por otro lado, tiende a interpretar de forma inexorable y bidireccional los rasgos específicamente mencionados -en especial de la discriminación sexual, sobre la que el Tribunal ha tenido más ocasiones de pronunciarse-, una interpretación según la cual la Constitución prohibiría sin posibilidad de excepción el uso de tales rasgos, sean cuales sean su sentido y sus objetivos.

En el primer aspecto, la noción amplia de «discriminación» ha sido expresamente mencionada en diversas sentencias, que, a la vez, han reproducido repetidamente la exigencia -aceptable, como he indicado, sobre todo en relación con el simple principio genérico de igualdad- de que las distinciones normativas tengan una «justificación objetiva y razonable», o, más simplemente, una «justificación razonable». En esta acepción, como dijo la STC 142/1990, de 20 de septiembre (De la Vega Benayas), «[e]xiste la discriminación toda vez que se da un trato diferente ante situaciones de carácter igual» (FJ 3). El alcance de esta doctrina, sin embargo, podría resultar bastante limitado porque en la inmensa mayoría de los casos no estaban en juego rasgos discriminatorios específicamente mencionados, de modo que cabría referir su *ratio decidendi* propiamente dicha únicamente al principio genérico de igualdad ante la ley del primer inciso del art. 14[29]. No obstante, aunque haya sido más bien excepcional[30], también alguna sentencia ha apelado al mero examen de razonabilidad para analizar en el caso concreto discriminaciones en sentido estricto, como la STC 216/1991, de 14 de noviembre

[28] La fecha corresponde a la STC 128/1987, sobre la que se hablará después, que ha sido destacada por varios autores como momento de ruptura entre dos épocas (cf. Rodríguez-Piñero 1993. 20; Fernández López 1993, 162; y Rey Martínez, 1995, 9-10).

[29] Así, en esa circunstancia se encuentran las citadas SSTC 22/1981, 42/1981, 209/1988, así como las SSTC 34/1981, de 10 de noviembre (Gómez-Ferrer), 68/1982, de 22 de noviembre (Díez-Picazo), 75/1983, de 3 de agosto (Escudero), 83/1984, de 24 julio (Rubio LLorente), 8/1986, de 21 de enero (Díez de Velasco), 107/1986, de 24 de julio (López Guerra), 19/1987, de 17 febrero (Díez-Picazo), 29/1987, de 6 de marzo (De la Vega Benayas), 114/1987, de 6 de julio (Leguina), 23/1989, de 2 de febrero (Begué), 6/1991, de 15 de enero (De la Vega Benayas), 14/1992, de 10 de febrero (Leguina), y 84/1992, de 28 de mayo (Gimeno).

[30] Lo común es que en los casos de discriminación propiamente dicha, como por causa del sexo, el Tribunal Constitucional no utilice la categoría de la razonabilidad (vid., por ejemplo, la citada STC 7/198, la 38/1986, de 21 de marzo [Latorre], o la 241/1988, de 19 de diciembre [Begué], que da por «evidente que los presupuestos en que se sustentaba el anterior concepto resultan hoy en día inadmisibles» [FJ 6]).

(De la Vega Benayas), que lo utilizó para aceptar un recurso de amparo frente al retraso legislativo en conferir a las mujeres el derecho a ingresar en las fuerzas armadas.

Dentro de la misma línea jurisprudencial inicialmente dominante, más significativa y trascendente que la anterior doctrina es la que, en el segundo aspecto mencionado, ha propendido a adoptar una interpretación inexorable y bidireccional del mandato antidiscriminatorio, es decir, una interpretación que considera que el art. 14 de la Constitución prohíbe de forma absoluta y en cualquier sentido la utilización normativa de los rasgos allí específicamente mencionados. Esta indiferencia hacia el propósito y dirección de la utilización de los rasgos discriminatorios se manifiesta claramente en varias sentencias que sobre discriminación en contra de los varones se fueron dictando en varias materias durante la primera etapa de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que, con todo, no ha dejado de tener sus secuelas posteriormente[31]. La primera de estas sentencias es la citada 81/1982, que declaró inconstitucional la consideración como horas extraordinarias del trabajo dominical por parte de las enfermeras de un hospital público por ser discriminatoria contra los varones; y de carácter similar fueron la STC 103/1983, de 22 de noviembre (Díez-Picazo), que extendió a los viudos el derecho a pensión antes genéricamente concedido a las viudas de los afiliados a la Seguridad Social[32], y la STC 207/1987, de 22 de diciembre (Latorre), que concedió amparo a los auxiliares de vuelo de Iberia contra el derecho al retiro anticipado reconocido a las azafatas (en este caso, no obstante, la decisión pudo venir también inducida por el carácter discriminatorio contra la mujer de la argumentación de la empresa y de la Magistratura de Trabajo, basada en la necesidad de la «presencia atractiva» que los clientes demandarían particularmente en *las* auxiliares de vuelo).

Hacia la superación del punto de vista formal

Frente a la línea anterior, y ya en la segunda etapa iniciada en 1987, tienen especial fuerza, por relacionarse estrechamente con su *ratio decidendi*, una serie de sentencias que, con independencia de que no siempre hayan diferenciado expresamente entre los dos incisos del art. 14, sin embargo, han hecho una interpretación de los rasgos de nacimiento, raza, sexo, religión, etc., por un lado, no inexorable y, por otro lado, no necesariamente bidireccional. Veámoslo por partes.

La mayoría de las sentencias mencionadas hasta ahora parecen respaldar una lectura meramente facial o formalista, y desde luego rígida, de los

[31] A título de ejemplo, véase la citada STC 142/1990.

[32] La solución de esta sentencia ha sido repetida para casos similares en diversas decisiones del Tribunal Constitucional (SSTC 104/1983, 42/1984, 253/1988, 144/1989, 176/1989, 142/1990, 158/1990 y 5/1992), alguna de ellas, como la 144/1989, redactada por Rubio Llorente, magistrado que presentó un bien argumentado voto particular a la primera de la serie.

rasgos mencionados en el art. 14, para la que *cualquier* utilización sería discriminatoria y estaría prohibida inexorablemente, sin posible excepción alguna[33]. Sin embargo, hay varias e importantes sentencias que, de manera central para su *ratio decidendi*, excluyen una lectura del art. 14 tan inmunizada e injustificada, que, por ejemplo, haría imposible distinguir legalmente por razón del parto. Así ha ocurrido no sólo con el rasgo del sexo -según veremos enseguida, en convergencia con una interpretación no bidireccional-, sino también, y desde momentos mucho más tempranos del Tribunal Constitucional, con los rasgos del nacimiento, la ideología e, incluso, la raza y la religión. Precisamente porque no se hizo una interpretación meramente facial, o formalista, se han podido admitir como conformes a la Constitución los siguientes supuestos: (a) la exigencia de «casar con persona notoriamente noble» para suceder en un título nobiliario prevista en la carta de concesión de 1733 (STC 27/1982, de 24 de mayo [Tomás y Valiente]); (b) la acomodación al ideario educativo de centros docentes privados, con sus consiguientes facultades de selección, control y despido del personal por razones ideológicas (SSTC 5/1981, de 13 de febrero [Tomás y Valiente-Rubio Llorente], y 77/1985, de 27 de junio [Díez de Velasco], así como, delimitando tales facultades, 47/1985, de 27 de marzo [Tomás y Valiente])[34]; © la perfecta licitud de la preferencia por correligionarios políticos para proveer cargos públicos de naturaleza no funcionarial (SSTC 32/1985, de 6 de marzo [Rubio LLorente], y 163/1991, de 18 de julio [Rodríguez-Piñero]); (d) la mención en un informe policial a ciertas «familias gitanas» como sospechosas de tráfico de droga (STC 126/1986, de 22 de octubre [Rubio LLorente])[35]; y, en fin, (e) la exclusiva excepción en favor de los familiares cercanos de sacerdotes católicos como afiliables al Régimen Especial del Servicio Doméstico de la Seguridad Social (STC 109/1988, de 8 de junio [Díez-Picazo])[36].

[33] Una sentencia que se sitúa claramente en esta tesis es la STC 144/1988, de 12 de julio (Rubio LLorente), que afirma que el art. 14 impide que en el trato a las personas «se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que [...] no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución» (FJ l).

[34] Sobre el tema, que tiene otras muchas y complejas ramificaciones en el ámbito de las llamadas organizaciones de tendencia, véase Calvo Gallego 1994, con la bibliografía allí citada.

[35] La sentencia, no obstante, matiza que, aunque en el caso concreto el uso fue puramente descriptivo y no «en sí mismo discriminatorio», «la utilización por los órganos del poder de referencias de carácter étnico, aunque sea con finalidades estrictamente descriptivas, debe ser evitada, pues esas referencias pueden prestarse a malentendidos o alentar prejuicios irracionales presentes en nuestra sociedad» (FJ l).

[36] En el plano del desarrollo legislativo, por su parte, el art.6 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, de 1980, dice: «Las Iglesias Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias formas de organización, régimen interno y régimen de su personal. En dichas normas, así como en las que regulen las instituciones creadas por aquellas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respeto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, y en especial de los de libertad,

En cuanto al carácter no necesariamente bidireccional de la prohibición antidiscriminatoria -que inevitablemente ha de ir unido a una interpretación del rasgo en cuestión como no inexorable-, es la jurisprudencia posterior a 1987 en materia de sexo la que ha introducido distinciones decisivas -incluso en el sentido de los *distinguishing* del sistema anglosajón de precedente- que tal vez permitan afirmar la aparición de una severa revisión de la línea jurisprudencial inicial. El *leading case* de esta nueva etapa es la STC 128/1987, de 16 de julio (López Guerra), que rechazó el recurso de amparo de un ATS que había alegado violación del art. 14 porque en un hospital del INSALUD se reconocía un complemento retributivo de 4.000 pesetas en concepto de guardería sólo para las trabajadoras y viudos con hijos menores de 6 años. Aunque como veremos más tarde la solución de esta decisión puede ser discutible, incluso en los términos de su propia argumentación, la doctrina en ella elaborada es sólida y valiosa. Así, tras poner de manifiesto que la discriminación por razón de sexo se halla expresamente prohibida por la tradicional situación de inferioridad de las mujeres (cf. FJ 5), la sentencia diferencia entre las medidas protectoras tradicionales -como la prohibición del trabajo nocturno o de actividades penosas-, que reproducen esquemas discriminatorios de relegación de la población femenina (cf. FJ 6), y las medidas «dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes», es decir, lo que se suele denominar acciones afirmativas o positivas, cuya pretensión es remediar la situación de inferioridad de

> «determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo (y, cabe afirmar, en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina) y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables» (FJ 7);

pues bien, tal tipo de desigualdad, que da un «tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas», es según la sentencia perfectamente conforme con el principio constitucional de igualdad, integrado por los arts. 1.1, 9.2 y 14 de la Constitución, con la salvedad de su sometimiento a «revision periódica» para comprobar la pervivencia de la previa discriminación (cf. FJ 7-8).

Sentencias posteriores han reafirmado esta misma doctrina, tanto en supuestos que el Tribunal Constitucional ha considerado de acción positiva como frente a distintas formas de discriminación contra la mujer: esto último es lo que hacen varias sentencias de las que, no por casualidad, ha sido ponente Rodríguez-Piñero, como la 145/199 1, de 1 de julio, que declaró inconstitucional

---

igualdad y no discriminación». Aunque la cláusula final de este precepto indica la existencia de límites a las facultades previamente establecidas en él, sería absurdo interpretar que excluye la posibilidad de que las mencionadas organizaciones establezcan ciertas diferencias por razones religiosas, es decir, que prohíba, precisamente, la discriminación por razón de religión mencionada en el art. 14 de la Constitución (sobre el tema, remito al libro de Calvo Gallego citado en la nota 34).

como discriminación encubierta las diferencias en un sector laboral entre «peones» y «limpiadoras», la 229/1992, de 14 de diciembre, que declaró inconstitucional la negativa de Hunosa a integrar a una mujer en el trabajo en el interior de las minas[37], la 58/1994, de 28 de febrero, que declaró inconstitucional por discriminación encubierta un convenio colectivo que establecía menor salario para una categoría de trabajadores que, aun terminológicamente descrita de forma neutra («oficiales») era predominantemente ocupada por mujeres frente a la generalmente ocupada por hombres («profesionales de industria»)[38], y, en fin, la 173/1994, de 7 de junio, que consideró discriminatorio el acogimiento judicial de la no renovación del contrato temporal de una mujer por razón de su embarazo por parte del Ministerio de Cultura.

También de Rodríguez-Piñero es la redacción de la única sentencia que ha resuelto un caso de discriminación inversa, o próximo a él, en el que, además del principio de igualdad, entraba en juego el criterio de mérito y capacidad exigido en los arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución para el acceso a la función pública: la STC 269/1994, de 3 de octubre. El asunto se planteó por el recurso de una mujer frente a una orden del Gobierno Autónomo de Canarias que, en cumplimiento de una ley de aquella Comunidad Autónoma, había convocado un concurso-oposición para cubrir 189 plazas de un cuerpo administrativo superior, de las que reservaba seis para personas con un tercio de minusvalía siempre que superasen las pruebas selectivas correspondientes (la mujer había recibido el número 189, pero obtuvo la plaza en su lugar un discapacitado que, habiendo superado la calificación mínima exigida de 5 puntos, obtuvo el puesto 195). El Tribunal Constitucional, sugiriendo que la minusvalía es una de las causas discriminatorias -en el sentido fuerte de la expresión- incluidas en la cláusula final de apertura del art. 14, considera que el establecimiento de medidas favorecedoras como la recurrida no sólo no viola tal precepto sino que, además de coordinarse con el art. 49 de la Constitución, en su tendencia a procurar la igualdad sustancial «constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2» (F J4)[39].

---

[37] En esta sentencia se establece clara y expresamente, conforme a la interpretación del art. 14 aquí mantenida como preferible, que «[n]o obstante el carácter bidireccional de la regla de parificación entre los sexos, no cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios, por lo que, la interdicción de la discriminación implica también, en conexión además con el 9.2 C.E., la posibilidad de medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres» (FJ 2).

[38] Véase también el ATC 117/1992, de 5 de mayo (firmado por Rodríguez-Piñero, Bereijo y Gabaldón), que reproduce la doctrina de la STC 145/1991 para rechazar la admisión del recurso de una empresa contra una sentencia que había considerado discriminatoria la retribución que daba a ciertas trabajadoras.

[39] Frente a esta parte de la argumentación, es más endeble la dedicada al criterio del mérito, donde tras citar varias SSTC en las que se sienta la doctrina de que el acceso a la función pública debe responder a criterios que, «establecidos en términos de igualdad, respondan *única* y *exclusivamente* a los principios de mérito y capacidad», la 269/1994 sólo alega que

El examen riguroso de las discriminaciones

Aunque, como hemos visto, muchas -si no la mayoría- de las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional sobre igualdad ante la ley utilizan el término «discriminación» en un sentido genérico que inclina a presumir que consideran a los rasgos discriminatorios específicamente mencionados por el art. 14 como una ejemplificación del principio genérico de igualdad ante la ley, sin embargo, también hay una secuencia de sentencias que, por más que irregular en su cadencia e, incluso, en sus ponentes, ha sido sensible en mayor o menor grado a la distinción entre éste y aquéllos. Siendo estas últimas las que, por así decirlo, «hacen la diferencia», son ellas las que merecen un análisis detenido que permita reconstruir algunos criterios que delimiten el demasiado vago requisito de la razonabilidad de las distinciones normativas. Relacionándolo críticamente con la interesante jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre la materia, me referiré ahora al distinto rigor en el análisis de las discriminaciones estrictas, para repasar después, algo más brevemente, otros diversos efectos de la distinción entre el mandato antidiscriminatorio y el principio genérico de igualdad.

Ya en su primera época, la citada STC 81/1982, sobre horas extraordinarias de ciertas ATS, partiendo de la existencia de una especie de presunción en favor de la igualdad al exigir la justificación de cualquier diferenciación, aludió a dos grados en tal exigencia, según se tratara de «aquellos casos que quedan genéricamente dentro del general principio de igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución» o, por el contrario, de «aquellos otros casos en que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta para vetar que puedan ser base de diferenciación», en los cuales, añadía, «tal carga se torna aún más rigurosa» (cf. FJ 2)[40].

---

la selección ha tenido en cuenta la aptitud e idoneidad de los sujetos favorecidos por la medida (cf. FJ 5; la cursiva -en una cita que corresponde a un texto de la STC 185/1994, FJ 3- es mía). Implícitamente parece sugerirse así que la igualdad en la consideración de los méritos no exige necesariamente preferir a quien tiene *mayores* méritos, sino, en este tipo de casos al menos, simplemente que se tengan méritos *suficientes* o mínimos. A mi modo de ver, y reconociendo lo debatible del asunto, para este tipo de casos son más prometedoras otras argumentaciones, como, acaso, la consideración del rasgo favorecido como parte del mérito (lo que la STC 269/1994 excluye de plano) o, con mayor plausibilidad, la aceptación de excepciones parciales y extraordinarias al criterio del mérito, como en relación con el turno restringido aceptó la STC 27/1991, de 14 febrero (Gimeno), sentencia que, sin embargo, la 269/1994 no menciona (sobre el tema, en contra de la discriminación inversa, vid. Uranga 1991, 1576).

[40] No se trata aquí en absoluto de la atribución de la carga de la prueba, que en cuanto afecta a la *questio facti* no puede ser «ni más ni menos rigurosa», sino que se trata de la carga de la argumentación, es decir, de la *questio iuris* relativa a las razones que pueden justificar una diferencia de trato (así lo vio, por lo demás, la posterior STC 75/1983, de 3 de agosto [Escudero], FJ 5; y lo puso también de manifiesto, contemporáneamente, Alonso García 1984, 74; vid. también la citada STC 142/1990, FJ 3).

Como veremos después (nota 54 y texto correspondiente), la inversión de la carga de la prueba de los hechos ha sido también un elemento diferencial en la interpretación de la cláusula antidiscriminatoria por parte de nuestro Tribunal Constitucional.

La anterior exigencia de mayor rigor en las discriminaciones estrictas recuerda las diferencias que el Tribunal Supremo estadounidense ha ido desarrollando a lo largo del tiempo en el examen o *test* utilizado para analizar las alegaciones de violación de la cláusula de «la igual protección de las leyes» garantizada por la Enmienda XIV. Según la reconstrucción propuesta por Gerald Gunther[41], tal jurisprudencia puede sistematizarse en tres tipos de *test*: (a) un test estricto -denominado *Strict Scrutiny*-, para las distinciones normativas que afectan a derechos fundamentales o son «sospechosas» (esto es, utilizan la raza o, con menos rotundidad, la filiación ilegítima[42]), conforme al cual los fines de la norma o medida deben ser «perentorios» (*compelling*) y la distinción «necesaria» (*necessary*) para la realización de tales fines[43]; (b) un test mínimo -denominado *Minimum Rationality Requirement* o *Rational Basis Test*-, utilizado en principio para la generalidad de las distinciones normativas, que exige únicamente que los fines sean «lícitos» (*legitimate*) en el marco de alguna concepción del interés general y que la distinción esté «racionalmente relacionada» (*rationally related*) con ellos; y, en fin, (c) un test intermedio -llamado *Intermediate Review*-, que se ha ido abriendo paso entre los dos anteriores para las distinciones que utilizan categorías «sensibles» (aunque no «sospechosas»), como el sexo, la discapacitación o la edad, y por el que se exige que el fin de la norma o medida sea «importante» (*important*) y que la distinción esté «sustancialmente relacionada» (*substantially related*) con tal fin[44]. En la anterior tripartición, es claro que la mayor o menor exigencia en la relación entre la distinción normativa y su finalidad corresponde con la mayor o menor tolerancia hacia la infra o supraincluisividad de la norma en cuestión.

En la jurisprudencia española no se encuentra una construcción semejante a la anterior, entre otras razones porque la redacción del art. 14 no sólo no sugiere tripartición alguna sino que, en su inmediata literalidad al menos,

---

[41] Cf. Gunther 1991, 606; vid. también Nowak, Rotunda y Young 1986, 357-9 y 528-37; y Tribe 1988, 1439-45, 1451-4, 1465-6 y 1601-16.

[42] Cf. Gunther 1991, 603, que añade también la riqueza; sin embargo, según Lawrence Tribe, la calificación de la riqueza como categoría sospechosa aparece retóricamente declarada por la mayoría de varias sentencias del Tribunal Warren y «nunca reflejó cuidadosamente el Derecho»; en realidad, se aplicó a dos derechos básicos, el voto y el acceso a apelaciones en materia penal, que se habían denegado a indigentes, sin que haya sido continuada por el Tribunal Burger, que ha sido reluctante «a decirles a los Estados cómo tratar los problemas de sus pobres» (1988, 1625-6); por su parte, Tribe, así como Nowak, Rotunda y Young, a diferencia de Gunther, incluyen también la filiación ilegítima entre las causas del test intermedio, y de ahí la matización que en ese aspecto se hace en el texto.

[43] Aunque sea paradójico, el primer caso en el que el Tribunal Supremo americano aplicó el test estricto aceptó su verificación: se trata del caso *Korematsu v. United States*, de 1944, en el que se aceptó la constitucionalidad de una orden militar que, después de la entrada de Estados Unidos en la Segunda Guerra Mundial, recluyó forzosamente a americanos de origen japonés en campos de concentración.

[44] Conforme a este test, en *Craig v. Boren*, de 1976, se excluyó la constitucionalidad de una ley de Oklahoma que prohibía la venta de cervezas con un determinado porcentaje de alcohol a varones menores de 21 años y a mujeres menores de 18.

ni siquiera sienta una tajante distinción entre el principio genérico y el mandato antidiscriminatorio. Por lo demás, según la reconstrucción aquí propuesta, en nuestro sistema resulta suficiente la bipartición entre el examen de simple razonabilidad y el estricto, si bien, respecto de este último, el contenido y alcance que parece justificado apuntaría más al examen «intermedio» de la práctica jurídica estadounidense que al que allí se denomina «estricto». Esto último parece obligado si, como ha hecho nuestro Tribunal Constitucional, se considera que las medidas de acción positiva que toman como base rasgos como el sexo o la discapacitación no están constitucionalmente prohibidas pero tampoco son constitucionalmente obligatorias[45]. De este modo, de un lado, no sería necesario que la finalidad de la norma venga *obligatoriamente* impuesta sino sólo clara y razonablemente reconocida o *autorizada* por algún precepto constitucional[46] y, de otro lado, tampoco sería exigible la «necesidad» de la relación entre la distinción y la finalidad de la norma -es decir, la ausencia de toda infra o suprainclusividad normativa-, sino sólo un ajustamiento sustancial entre ambas.

En la línea anterior -si bien dentro de una general despreocupación por la técnica del análisis de la infra y la suprainclusividad normativa[47]- nuestro

[45] Rey Martínez, acogiendo básicamente la distinción por mí propuesta entre medidas de acción positiva y de discriminación inversa -las cuales (como también comento supra, nota 79 y texto correspondiente), serían una clase específica de aquéllas caracterizada por la utilización de un rasgo específicamente discriminatorio y por proporcionar beneficios en bienes especialmente escasos-, añade por su cuenta que mientras las primeras son constitucionalmente obligatorias, las segundas son sólo constitucionalmente lícitas (cf. 1995, 83ss; y 1996, 323). Discrepo de este criterio, pues no creo que ninguna de las dos categorías sea obligatoria para el legislador. Y ello no sólo por el principio general de libertad de configuración del Parlamento, sino sobre todo porque la Constitución únicamente establece el fin de la igualdad sin imponer, al menos en este tema, ningún medio en particular. En tal marco, ni las acciones positivas son genérica y necesariamente el único medio disponible para conseguir aquel fin ni es de excluir la posibilidad abierta al legislador de elegir entre diversas acciones positivas alternativamente realizables.

[46] Las precisiones anteriores revisan la más bien genérica adhesión al criterio del *strict scrutiny* por mí propuesta en un escrito anterior (cf. 1995, 119-20), con razón replicada por Liborio Hierro en el sentido que ahora matizo (cf. 1995, 134-5). Con todo, frente a la conclusión de Hierro -y más de acuerdo con la de Dworkin, que él mismo cita-, sigo considerando preferible la distinción entre el examen de mera razonabilidad y el (moderadamente) estricto, entre otras razones porque ello puede contribuir a ir cumpliendo uno de los más necesarios objetivos de la doctrina jurídico-constitucional en materia de igualdad: intentar reducir la enorme vaguedad de la usual referencia a la «razonabilidad», que, sin apenas más argumentación que su mera mención, permite acoger bajo su manto las más diversas y hasta contradictorias soluciones.

[47] En muy pocas ocasiones nuestro Tribunal Constitucional se ha referido a esta cuestión expresamente, aun utilizando otra terminología: salvo error por mi parte, lo hizo en el voto particular de cinco magistrados a la STC 75/1983 (viniendo a señalar la suprainclusividad de la restricción de una norma que limitaba la edad para concursar al puesto de Interventor del Ayuntamiento de Barcelona a mayores de 60 años) y en el caso, al que ya me he referido, de las sentencias sobre el impuesto sobre la renta de la personas físicas (vid. nota 24). En todos estos casos, como puede verse, se propone la aplicación de un test estricto cuando no están en juego distinciones «sospechosas» o «sensibles», al menos en principio (no obstante, como el FJ 7 de la STC 45/1989 sugiere más bien a modo de *obiter dictum*, la progresividad debida a la acumulación de rentas para las parejas casadas podría constituir un caso de discriminación indirecta de algunas mujeres por el efecto desincentivador en su acceso al trabajo).

Tribunal Constitucional sí ha utilizado la distinción entre sus dos incisos para mencionar, y/o en algunos casos utilizar, los dos niveles de exigibilidad que acabo de comentar en el examen de las distinciones legales. Además de la citada STC 81/1982, que más bien *mencionó* que usó la idea del diferente rigor en la justificación de las discriminaciones estrictas, hay al menos una sentencia que *ha utilizado* conscientemente la distinción entre las causas discriminatorias expresamente prohibidas y lo que el ponente mismo llama el «principio general de igualdad ante la ley» para aplicar a este último el simple criterio de razonabilidad (en el caso concreto, denegando el amparo a varias empresas funerarias contra un Decreto de la Junta de Galicia que las había excluido de la prestación de servicios mortuorios de Vigo: cf. STC 50/1991, de 11 de marzo [Rubio LLorente], FJ 4).

Por su parte, aunque esta última sentencia parecía dar a entender que el mandato antidiscriminatorio del art. 14 es inexcepcionable, de modo que la utilización normativa de uno de tales rasgos ni siquiera debería dar lugar a un «examen estricto» sino a la simple constatación de la absoluta prohibición constitucional, una posición mucho más matizada puede extraerse de varias decisiones del Tribunal Constitucional cuya *ratio decidendi* afecta directamente al mandato antidiscriminatorio y no, como la anterior, al principio genérico de igualdad ante la ley. Así ha ocurrido, por un lado, en las sentencias que han aceptado la constitucionalidad de ciertas medidas de acción positiva en favor de las mujeres, como la citada 128/1987, o la 19/1989, de 31 de enero (Leguina), que tras diferenciar claramente entre la «cláusula general de igualdad» y la serie de discriminaciones expresamente prohibidas, interpretan que tal prohibición es compatible con el establecimiento de distinciones que, tomando tales rasgos en consideración, tiendan a compensar situaciones tradicionales y sistemáticas de inferioridad social[48]. Y lo mismo cabe decir, por otro lado, de otras sentencias que han declarado la inconstitucionalidad de formas de discriminación expresamente prohibidas, bien

[48] La segunda de estas sentencias resume de forma excelente esta doctrina: «la virtualidad del artículo 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad que inicia su contenido, sino que también persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la Constitución. Más en concreto, la expresa prohibición de la discriminación por razón de sexo, no sólo entraña la interdicción de la desigualdad de trato injustificada, sino también la decisión constitucional de acabar con la histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer en la vida social, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo. De ahí que, en principio, no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo, matización que, por otra parte, viene siendo habitual en las normas internacionales más recientes sobre igualdad y no discriminación» (FJ 4).

por razón de la opinión política, como la STC 204/1988, de 7 de noviembre (Latorre), bien por razón de sexo, sea contra las mujeres, como las citadas 145/1991 y 229/1992[49], sea contra los varones, como la 3/1993, de 14 de enero (de la Vega), que alude expresamente a la licitud constitucional de «ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer» (FJ 3). Para sintetizar una doctrina que se puede decir que se ha convertido prácticamente en una cláusula de estilo de nuestro Tribunal Constitucional puede servir la siguiente cita de la reciente STC 16/1995, de 24 de enero (De la Vega Benayas):

> «el sexo es uno de los factores de discriminación que por contrarios a la esencial dignidad de la persona estima inadmisibles el art. 14 de la Constitución en línea con los numerosos tratados internacionales suscritos por el Estado español en la materia, y de ahí que se haya venido exigiendo una justificación reforzada cuando la diferencia de trato pretenda basarse en esta sola consideración. Este examen más riguroso, aplicable [...] con independencia de cuál de los dos sexos sea el preterido, no puede olvidar que poner fin a la «histórica situación de inferioridad de la mujer», a su «desigual punto de partida» (STC 3/1993, fundamentos jurídicos 4º y 3º), es un objetivo constitucionalmente planteado en la actuación de los poderes públicos, en orden a la consecución de las condiciones de igualdad que propugna el art. 9.2. C.E.» (FJ 3).

Otros efectos del mandato antidiscriminatorio

Junto a la anterior dimensión, centrada en el distinto nivel de exigibilidad del examen de constitucionalidad, seguramente más complejo en la jurisprudencia estadounidense que en la española, en la nuestra cabe atribuir un especial relieve a otros efectos de la distinción entre el principio genérico de igualdad y el mandato antidiscriminatorio que, en cambio, están ausentes en la en este respecto más plana jurisprudencia estadounidense.

[49] También esta sentencia citada expresa bien claramente la distinción entre los dos incisos del art. 14 y su alcance: «A diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya *ex Constitutione* que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres también en materia de empleo. No obstante el carácter bidireccional de la regla de parificación entre los sexos, no cabe desconocer que han sido las mujeres el grupo víctima de tratos discriminatorios, por lo que, la interdicción de la discriminación implica también, en conexión además con el 9.2 C.E., la posibilidad de medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un «derecho desigual desigualatorio» [*sic*, por «igualatorio»], es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres» (FJ 2).

Así, uno de los efectos más relevantes de la comentada distinción entre el principio genérico y el mandato antidiscriminatorio lo estableció la STC 108/1989, de 8 de junio (Rubio LLorente), al mantener que el primero es sólo alegable frente a normas jurídicas mientras que las causas específicas antidiscriminatorias serían también directamente aplicables a las relaciones entre particulares:

> «el respeto de la igualdad ante la Ley se impone a los órganos del poder público, pero no a los sujetos privados, cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE» (FJ 1)[50].

Otro importante efecto -que, por cierto, contrasta con la resistencia de la jurisprudencia estadounidense a excluir la exigencia de una finalidad o propósito subjetivo discriminatorio[51]- es la especial sensibilidad hacia las formas indirectas o encubiertas de discriminación, que destacan el resultado de tal forma de desigualdad como hecho objetivo, con independencia de su intencionalidad, según ocurre, por ejemplo, en las pautas que tienen en cuenta la inexistencia de cargas familiares, que tienden a excluir a las mujeres con hijos en tanto que realizan tareas familiares por lo general socialmente reservadas a ellas: en la jurisprudencia constitucional española hay varias sentencias que se han pronunciado claramente contra este tipo de discriminaciones, en todos los casos en perjuicio de las mujeres, como la STC 241/1988, de 19 de diciembre (Begué), frente a la condición de ser «cabeza de familia» para reincorporarse al trabajo[52], o las ya citadas 145/1991 y 58/1994 en relación con diferencias salariales entre categorías con distinta denominación para hombres y mujeres pero similar carga[53].

Relacionado con el anterior aunque diferente de él, otro efecto bien significativo ha sido la inversión de la carga de la prueba del hecho discriminatorio que el Tribunal Constitucional ha propugnado en más de una ocasión, como en el llamativo caso de la STC 166/1988, de 26 de septiembre (De la Vega Benayas), que anuló una sentencia que había admitido la resolución del contrato de trabajo de una embarazada en período de prueba por que el empleador no había alegado que su decisión era ajena a la discriminación por razón de sexo[54].

---

[50] Véase también la STC 177/1988, de 10 de octubre (Begué), FJ 4.

[51] Cf., con mayores matices, Gunther 1991, 705-8 y 794.

[52] El caso recuerda la decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de considerar improcedente conceder subsidios de paro especiales a los cabezas de familia porque, dado que el 95 por ciento de los cabezas de familia son hombres, tal medida resultaría discriminatoria (cf. Quintin 1984, 31).

[53] Sobre el mismo tema, véase también el ATC 117/1992, de 5 de mayo.

[54] Aunque sin duda más matizados, otros dos casos relevantes son los de la citada STC 38/1986, sobre una discriminación contra trabajadores varones, y la 38/1981, de 23 de noviembre

También entre los efectos importantes de la distinción entre el principio genérico y el mandato antidiscriminatorio se debe mencionar la restricción sólo del primero a «los españoles», aun a pesar de la literalidad de la redacción indiferenciada del art. 14. En efecto, aunque no hay ninguna sentencia constitucional específicamente aplicada al asunto, la doctrina general que el Tribunal Constitucional ha elaborado y utilizado en materia de extranjeros -especialmente en las SSTC 107/1984, de 23 de noviembre (Rubio LLorente), 99/1985, de 30 de septiembre (Gómez-Ferrer), 115/1987, de 7 de julio (Rodríguez-Piñero), y 94/1993, de 22 de marzo (De la Vega Benayas)- garantiza a todas las personas, y no sólo a los españoles, los derechos «imprescindibles para la garantía de la dignidad humana» (cf. STC 107/1984, FJ 3). Pues bien, a mi modo de ver, entre éstos debe incluirse el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo y similares[55].

En fin, aunque menos relevante por su carácter meramente procesal, también ha de mencionarse el efecto que varias sentencias, desde la STC 50/1986, de 23 de abril (Rubio LLorente), han ligado a la distinción entre los dos incisos para los casos en que se impugne violación del criterio de igualdad de acceso a las funciones y cargos públicos establecida en el art. 23.2 de la Constitución, entendiendo que éste y no el 14 es aplicable de modo directo cuando no se alegue desigualdad por alguno de los rasgos específicamente mencionados en el último precepto, que sin embargo será también

(Arozamena), sobre un despido anulado por discriminación sindical (no obstante, la más reciente STC 293/1993, de 18 de octubre [Rodríguez Bereijo], se ha resistido a invertir la carga de la prueba en un caso en que varios funcionarios alegaban discriminación por su afiliación sindical); vid. también la STC 94/1984, de 16 de octubre (Truyol), que deniega un recurso de amparo contra el despido de una mujer en período de prueba tras un aborto fortuito. Por su parte, el Tribunal Central de Trabajo tendió a considerar un «supuesto excepcional» la inversión de la carga de la prueba (cf. Gutiérrez Delgado 1991, 1161).

Por lo demás, parece pertinente hacer una referencia aquí al algo confuso art. 96 de la Ley de Procedimiento Laboral, de 1995, que reza: «En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad». En realidad, este precepto no parece haber introducido propiamente una inversión de la carga de la prueba de los hechos, a pesar de su referencia a la Justificación [...] *suficientemente probada*», sino a la carga de la argumentación de la justificación de la medida desigualitaria, es decir, a la cuestión a la que aquí se ha aludido en la nota 40.

[55] Naturalmente, si en la noción de discriminación estricta se hiciera entrar la simple condición de extranjería desaparecería la propia distinción entre el principio genérico y el mandato antidiscriminatorio y se llegaría al absurdo de que los extranjeros tendrían exactamente los mismos derechos que los nacionales. Sobre ello, remito a la amplia y penetrante discusión crítica de Liborio Hierro (cf. 1995, 137-45), que comparto, a propósito de las posiciones de Manuel Atienza (cf. 1993, 234-6) y, más en sus genéricas conclusiones que en sus argumentos previos, de Javier de Lucas (cf. 1994, 180).

aplicable si estos rasgos entran en causa[56] (en similar sentido, vid. SSTC 119/1990, de 21 de junio, 149/1990, de 1 de octubre, 27/1991, de 14 de febrero y 293/1993, de 18 de octubre).

Recapitulación

Según es tradicional en nuestro sistema jurídico, donde la distinción entre dos épocas jurisprudenciales no suele ser tajante, tampoco es absolutamente perfecta la diferenciación aquí desarrollada entre las dos etapas del Tribunal Constitucional en materia de igualdad. Como hemos visto, al igual que en la etapa inicial cabe encontrar ya rasgos incipientes de la jurisprudencia menos formalista de la segunda etapa, también en esta última se dejan ver huellas de la doctrina más rígida de la primera. Sin embargo, si, como aquí se ha intentado hacer, se relacionan los enunciados jurisprudenciales con las decisiones adoptadas en cada caso concreto, las tendencias dominantes son claras y bien contrastantes. Por sintetizarlas de manera sencilla y global, frente a una interpretación inicial indiferenciada y formalista del art. 14, para la que cualquier desigualdad no razonable es discriminación y es sin más irrazonable prácticamente cualquier utilización de los rasgos específicamente mencionados en dicho precepto, en cambio, en la segunda etapa se abre paso una interpretación diferenciadora que, por un lado, establece un mayor rigor en el examen de constitucionalidad para las discriminaciones por rasgos como el nacimiento, la raza, el sexo y otras semejantes en gravedad y, por otro lado, excluye una lectura inexorable y forzosamente bidireccional de la prohibición de discriminaciones específicas.

Para ilustrar el contraste entre estas dos visiones, una buena pintura en negativo, que permite ver claramente las insuficiencias de la indistinción entre el principio genérico y el mandato específico de no discriminación, la proporciona la STC 73/1982, de 22 de diciembre (Díez-Picazo). Esta sentencia desestimó un recurso de amparo presentado por una mujer a la que la Audiencia de Albacete, en el proceso de separación matrimonial conforme a la legislación anterior a 1981, consideró culpable por injurias al marido porque, aun después de haber realizado pacto de separación de hecho, había permanecido -decía la sentencia de instancia-

> «durante unas horas de la noche en un edificio o chalé en la sola compañía de un hombre que no era su esposo, saliendo del mismo sobre las dos treinta de la madrugada,

[56] Tal vez la fundamentación de esta sentencia pueda relacionarse con el ATC 862/1986, de 29 de octubre (firmado por Rodríguez-Piñero y el ponente de aquélla, Rubio Llorente), donde se sustenta la tesis -inédita en sentencia alguna, por lo que yo puedo saber- de que el «principio de igualdad», a diferencia de «las causas de discriminación que el art. 14 de la C.E. taxativamente menciona», es un «derecho *per relationem*» que, como tal, carece «de autonomía propia en cuanto que se da sólo en relación con otros derechos, a los que, por decirlo así, modula»; el Auto deriva de tal distinción el efecto de que la igualdad en la aplicación de la ley (sobre la que versaba el recurso) no es controlable en amparo más que cuando comporte una discriminación en sentido estricto (cf. FJ 3).

> lo que sugerente es en extremo [*sic*], ya que no puede aceptarse la explicación que la actora da al absolver posiciones, pues lo humano y lógico en una mujer casada era permanecer en la puerta, donde todos la vieran, y no otra cosa, que *sin duda alguna tiende al deshonor y menosprecio del marido ante la gente normal que la sociedad integra*» (reproducido en el FJ 1 de la STC 73/1982; cursiva mía).

Pues bien, la aceptación de tales valores respecto de la conducta de la mujer casada por parte de la Audiencia habría debido considerarse, cuando menos, como sospechosa de discriminatoria por razón de sexo por parte del Tribunal Constitucional, que, sin embargo, se limitó a rechazar expeditivamente la existencia de la discriminación alegando como mejor razón, sin invertir la carga de la argumentación, que aunque la sentencia recurrida

> «haga hincapié en la situación de la mujer casada, no llega en momento alguno a pensar [sic, presumiblemente por «en modo alguno a permitir pensar»] que el régimen de las obligaciones del varón casado, separado de hecho, sea distinto, pues sólo si así hubiera sido, la discriminación se habría producido» (FJ 4).

Sin embargo, de la poca persuasividad de este argumento en el caso concreto da cuenta la inverosimilitud de la eventual inversión de la última frase citada de la sentencia de la Audiencia:

«pues lo humano y lógico en un *hombre casado* era permanecer en la puerta, donde todos *le* vieran, y no otra cosa, que sin duda alguna tiende al deshonor y menosprecio *de la esposa* ante la gente normal que la sociedad integra».

2.2. La igualdad en la aplicación de la ley

La igualdad en la aplicación de la ley, aunque se dirige no al creador de las normas respecto de su contenido abstracto, sino a su aplicador en su cumplimiento en un caso concreto, no es en su raíz un principio diferente ni autónomo del de igualdad ante la ley. Su común denominador con la igualdad *en* la ley está en la misma exigencia: que no se establezcan desigualdades injustificadas en los criterios utilizados por el legislador o por el juez -tomados uno y otro como prototipo respectivo del creador y del aplicador de normas- para atribuir derechos y deberes, bien genéricamente o bien, en su aplicación, individualizadamente.

Naturalmente, si la llamada aplicación de la ley fuera una operación mecánica, que siempre diera un resultado unívoco como concreción segura y necesaria de lo establecido en las normas generales, la igualdad en la aplicación de la ley coincidiría sin más con el principio de legalidad, hasta el punto de que, en tal caso, la idea de «*igual* aplicación» sería redundante, pues aplicar la ley no sería más que subsumir los iguales casos específicos bajo un criterio general uniformador o igualador. Entre las diversas razones por las que este modelo comporta una inadmisible distorsión de la realidad

jurídica[57], al menos en lo que se refiere a la aplicación judicial en nuestro país, no hay más que acudir a la experiencia. Aparte de notorios y escandalosos casos de decisiones judiciales absolutamente discrepantes en materias como la punición de la insumisión o la validez probatoria de videos tomados en lugares públicos, pondré dos ejemplos sobre asuntos seguramente más pedestres pero ante los que cualquiera puede comprobar documentalmente la disparidad de soluciones ante casos iguales en momentos prácticamente contemporáneos.

El primer ejemplo lo ofrecen dos sentencias de la Sala lª del Tribunal Supremo, una de 19 de enero y otra de 16 de febrero de 1987 que no es que versen sobre un supuesto similar sino sobre exactamente el mismo caso concreto[58]: ambas sentencias culminan sendos procesos civiles, uno declarativo y otro de tercería de dominio, inicialmente interpuestos por una mujer por el embargo de un piso que compartía con su marido en el régimen conyugal de conquistas del Derecho foral navarro, que según las sentencias recurridas ante el Supremo excluye la responsabilidad por deudas del patrimonio común si no hay consentimiento expreso de ambos cónyuges respecto del acto que origina la deuda; pues bien, la primera sentencia del Tribunal Supremo aceptó el anterior criterio, mientras que la segunda llegó a la solución exactamente opuesta al exigir únicamente el consentimiento presunto, entendido como conferido en tanto no se haya hecho revocación expresa en el Registro Mercantil. No tengo noticia de que este asunto llegara ulteriormente al Tribunal Constitucional[59], ni conozco qué resultado final obtuvieron dos resoluciones de imposible ejecución a la vez, pero es claro que demuestran que la llamada aplicación de la ley, de la misma ley, no siempre conduce a soluciones iguales.

Y algo similar ocurre con el segundo ejemplo, cuyos datos esenciales pueden hallarse en el ATC 862/1986, de 29 de octubre, que inadmitió a trámite un recurso de amparo presentado por un arrendatario que, habiendo obtenido en un Juzgado de Madrid una sentencia favorable a propósito del cómputo del incremento anual de su renta, vio anulada esa sentencia por una Sección de la Audiencia Provincial, mientras que otra Sección aceptó el mismo criterio que otro Juzgado había seguido respecto de la demanda similar de otro inquilino de la misma inmobiliaria; en el Auto del Tribunal Constitucional no constan las fechas de las dos sentencias de la Audiencia,

[57] Sobre algunas razones más bien conceptuales de la diferencia entre principio de legalidad e igualdad en la aplicación de la ley me he ocupado en Ruiz Miguel 1996.

[58] Puede verse un resumen de ambas, así como un esclarecedor comentario, en Delgado 1987, 4325-44.

[59] Delgado Echeverría afirma que si las sentencias se hubieran referido a distintos litigantes les habría cabido acudir al recurso de amparo por violación del principio de igualdad en la aplicación de la ley (cf. 1987, 4329), si bien sólo un entendimiento muy formalista de ese principio justifica tal comentario, cuando, como suelen decir los juristas, en buena lógica lo más (la diferencia en un caso idéntico) incluye lo menos (la diferencia en un caso sólo similar).

aunque sí las de los juzgados, distantes en dos días. El resultado de ello, como en el caso anterior, no hace más que actualizar una vieja pero, a lo que se ve, perdurable historieta que Voltaire cuenta en la voz «Des Lois» de su *Dictionnaire philosophique*:

> «Al día siguiente mi proceso fue juzgado en una cámara del parlamento y lo perdí todo por un voto; mi abogado me dijo que en otra cámara lo habría ganado todo por un voto».

A falta de estudios precisos y específicos sobre el tema -que por lo demás exigirían una metodología compleja y un ímprobo trabajo colectivo e interdisciplinar- no es fácil saber el grado de discrepancia de las decisiones judiciales ante casos similares. En todo caso, el problema no parece menor, a juzgar sea por algunos comentarios doctrinales[60] cuanto por el buen número de casos que han llegado al Tribunal Constitucional apelando a la igualdad en la aplicación de la ley -según mis cálculos, más de 75 han dado lugar a sentencia-, y ello a pesar de las severas limitaciones que, como a continuación vamos a ver, se han impuesto a la aplicabilidad de tal principio.

Nuestro Tribunal Constitucional, creando *ex constitutione* una doctrina anteriormente inédita y sin parangón en el resto de los países del continente europeo, ha considerado que la igualdad en la aplicación de la ley es una

[60] Así, en 1987 Delgado Echevarría decía que «[q]uienes seguimos con habitualidad las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo [...] tenemos la impresión de que, sobre muchos problemas, no hay una línea jurisprudencial, sino dos o tres que corren paralelas y afloran en las sentencias al azar del turno de ponentes o de la constitución de la Sala» (1987, 433l); por su parte, Rubio Llorente, en una conferencia de 1990 en la que reconocía el problema, alegaba con buen sentido común: «En el *Boletín del Estado* del día de ayer, lunes, por ejemplo, se publicaba, si no recuerdo mal, el acuerdo de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dividiéndose, a efectos de actuación, en nueve secciones distintas. No hace falta tener muy larga experiencia judicial, ni ser muy escéptico sobre la naturaleza humana, para llegar a la evidencia de que estas nueve secciones distintas inevitablemente producirán interpretaciones divergentes de unas mismas normas; de que producirán una aplicación desigual del Derecho» (1990, p. 683); al año siguiente, en fin, Suay Rincón describía así la realidad de la aplicación del Derecho en España: «casos absolutamente iguales que se resuelven de forma diferente, sin que suceda nada en absoluto, tal y como estamos acostumbrados a ver todos los días [...]; la proliferación de resoluciones judiciales contradictorias está convirtiendo la situación en sumamente grave» (1991, 883-4).

Por lo demás, las anteriores observaciones han sido ratificadas en las consultas a especialistas de distintas ramas jurídicas que Francisco Laporta y yo mismo hemos realizado para la elaboración de nuestra aportación al libro que sobre el precedente en distintos sistemas jurídicos, tanto europeo-continentales como anglosajones, estamos preparando en el *Comparative Legal Research Group* (conocido como *Bielefelder Kreis*, donde Robert Alexy y Ralf Dreier aportan el análisis del sistema alemán, Robert S. Summers del de Estados Unidos, Neil MacCormick, Geoffrey Marshall y Zenon Bankowski del británico, Aulis Aarnio del finlandés, Michele Taruffo, Enrico Pattaro y Massimo La Torre del italiano, Michel Troper y Christopher Grzegorczyck del francés, Svein Eng del noruego, Gunnar Bergholtz y Aleksander Peczenik del sueco, Marek Zirk-Sadowski y Lech Morawski del polaco y John Barceló del europeo-comunitario).

de las dos vertientes del art. 14 y, conforme a ello, ha otorgado amparo en varias ocasiones a particulares que reclamaban frente a decisiones judiciales o resoluciones administrativas en que tal derecho se había incumplido por apartarse de decisiones precedentes en casos similares[61]. Como he sugerido, sin embargo, el Tribunal ha sido muy cuidadoso y hasta en exceso morigerado en el diseño del alcance del principio de igual aplicación de la ley, al que no sólo ha delimitado muy estrictamente sino que, más allá de una razonable delimitación, ha restringido hasta, en mi opinión, quebrar la coherencia de nuestro sistema jurídico y de la propia doctrina constitucional.

En lo que de delimitación razonable contiene la doctrina del Tribunal Constitucional, siempre en mi opinión, se encuentra la admisión como perfectamente constitucional de cualquier cambio de criterio judicial preestablecido siempre que tal cambio venga justificado por el órgano judicial en cuestión; dicho de otra manera, el Tribunal Constitucional ha excluido razonablemente que la Constitución española obligue a establecer un sistema de *stare decisis* al estilo inglés, por el que los tribunales inferiores respecto de los superiores y la mayoría de los tribunales respecto de su propia doctrina están obligados a mantener sus precedentes cuando los casos son sustancialmente iguales.

Entre las restricciones introducidas por el Tribunal Constitucional, ya más discutibles y algunas de ellas difícilmente justificables, son especialmente relevantes dos. De un lado, en lo que se refiere a la argumentación justificatoria del cambio de criterio por parte de cualquier tribunal, el Tribunal Constitucional no sólo se ha negado expresamente a considerar su fondo, con lo que, en rigor, sanciona la posibilidad de que el principio de igualdad se «cumpla» con una mera apariencia de razonamiento justificatorio[62], sino que, además, también ha llegado a admitir en varias ocasiones la pertinencia de cambios de criterio en los que la pretendida justificación era meramente implícita, deduciéndose únicamente que el cambio no había sido deliberadamente arbitrario[63] (esta última tesis es especialmente discutible, pues un mínimo exigible para una suficiente aplicación igualitaria de la ley es que se conozcan y, aunque sea para revisar sus criterios, se tengan en cuenta las decisiones anteriores, por lo que, a mi modo de ver las cosas, la exigencia sólo aparentemente formalista de que sean expresamente citados

[61] Sobre el tema, hay ya un cierto cuerpo de literatura: vid. Suay 1985, 1991a y 1991b; Xiol 1986 y 1991; Ollero 1989 y 1991; González Rivas 1991; y Rivero González 1991.

[62] Vid., entre otras, STC 30/1987, de 11 de marzo (Rubio LLorente); esto explica que el Tribunal Constitucional haya llegado a sostener la de otro modo incomprensible tesis de que la alternancia en un mismo órgano judicial de dos criterios contradictorios puede dar lugar a soluciones «ambas razonadas y fundadas» (42/1993, de 8 de febrero [Gabaldón], FJ 5).

[63] Vid. SSTC 63/1984, de 21 de mayo (Díez de Velasco), 64/1984, de 21 de mayo (Begué), 49/1985, de 28 de marzo (Pera Verdaguer), y 63/1988, de 11 de abril (Leguina), que resume doctrina.

los precedentes de los que el tribunal pretende apartarse constituiría la solución más razonable para una mejor defensa de aquel principio[64]).

De otro lado, en lo que se refiere a los órganos judiciales obligados a mantener los precedentes salvo justificación del cambio de criterio, el Tribunal Constitucional introdujo casi desde el primer momento el criterio de que la igualdad en la aplicación de la ley se viola únicamente cuando la decisión sucesiva, además de carente de razonamiento justificatorio, cambia un criterio mantenido por *el propio* órgano judicial[65], si bien no ha llegado tan lejos como para restringirlo incluso a los mismos titulares personales[66]. En este punto, y de nuevo con cierta evolución hacia un incremento de la restrictividad, se ha terminado por entender que es órgano judicial idéntico el juzgado o el tribunal que, con independencia de los cambios en las personas que lo ocupen, tiene jurisdicción en un determinado territorio y que, en su caso, aun dentro del mismo territorio, forma además colegio independiente[67]: dicho con un par de ejemplos, según semejante criterio no sólo el Juzgado de lo penal de Tarrasa es órgano distinto de la Audiencia Provincial

---

[64] Para que esta exigencia no fuera irrazonable, especialmente teniendo en cuenta la tradición de nuestro sistema jurídico, al obligar a cada tribunal a estudiar sus precedentes, sería prudente exigir también la previa y expresa alegación por las partes de los precedentes relevantes.

[65] Vid. STC 49/1982, de 14 de julio (Díez-Picazo), que precisó la más amplia doctrina de la 8/1981, de 30 de marzo (Tomás y Valiente).

[66] Tal es lo que afirma García Morillo (cf. 1994, 176), pero, por lo que yo pueda saber, no sólo no existe ninguna sentencia del Tribunal Constitucional en tal sentido, sino que el ATC 862/1986, de 29 de octubre, dice que el principio de igualdad en la aplicación de la ley «obliga a considerar que el órgano judicial es siempre el mismo, aunque cambie su titularidad o, en el caso de órganos colegiados, su composición personal» (FJ 2), mientras el FJ 2 de la STC 161/1989, de 16 de octubre (Rubio LLorente), recoge esa misma doctrina.

[67] La primera resolución del Tribunal Constitucional que argumentó que dos secciones de la misma Audiencia son órganos distintos fue el ATC 233/1985, de 10 de abril, que con ello rechazó un recurso por «falta manifiesta de contenido» (sobre la solidez y amplitud de la argumentación da debida cuenta el doble lenguaje del Auto y su recurso al «como si»: las secciones de la misma Audiencia «*aunque están integradas en el mismo órgano*, actúan como juzgadores independientes entre sí, por lo que a los efectos que aquí importan, les es aplicable el mismo razonamiento *que si fueran órganos distintos*» [FJ 4; cursivas mías]).

Posteriormente, mientras el ATC 811/1986, de 22 de octubre, ya daba por asentado el anterior criterio, en cambio, el ATC 862/1986, de 29 de octubre, si bien rechazaba el recurso por otras razones, decía con buen criterio que «[e]ntender que Secciones distintas de la misma Audiencia Provincial son Tribunales distintos, equivale a entender que el órgano cambia cuando cambia su titular y a reducir las obligaciones derivadas del principio de igualdad a una simple exigencia de coherencia personal de los Jueces». Añadiendo confusión a la secuencia jurisprudencial -lo que, por cierto, no hace sino confirmar la necesidad de que los tribunales, incluido el constitucional, tengan en cuenta expresamente la doctrina precedente, especialmente cuando se proponen apartarse de ella-, la primera sentencia sobre el asunto, la citada STC 161/1989, recoge esta última tesis en su FJ 2 (hasta aquí, la explicación, que no justificación, más sencilla del vaivén gira en torno a la diferencia de firmantes, pues los dos primeros autos tienen a la magistrada Begué como firmante común y el tercero y la sentencia al magistrado Rubio Llorente). Por su parte, la STC 200/1990, de 10 de diciembre (Rodríguez-Piñero), sin citar expresamente ninguna de las resoluciones anteriores, ya avanza que el principio de igualdad no exige garantizar un «tratamiento idéntico uniforme o

de Barcelona, y la Audiencia Provincial de Barcelona es órgano distinto de la Audiencia Provincial de Tarragona, sino que también lo son las 16 secciones en que se divide la Audiencia Provincial de Barcelona o las cinco salas en que reparte su competencia el Tribunal Supremo. Esto explica que, en materias en las que no existe recurso ante el Tribunal Supremo, pueda haber sentencias opuestas en el mismo tipo de asuntos, como es bien notorio, por ejemplo, en las sanciones penales a los insumisos.

El Tribunal Constitucional ha justificado estas restricciones alegando distintas razones, como la apelación a la independencia de los tribunales individualmente considerados, el recordatorio meramente doctrinal (esto es, sin efectos prácticos en las propias decisiones del Tribunal Constitucional) de que el cometido de unificar los criterios de interpretación judicial corresponde al Tribunal Supremo a través de la jurisprudencia y, en fin, la reducción al absurdo de que una exigencia mayor convertiría al recurso de amparo en una ancha vía de casación universal de legalidad ordinaria[68]. Pero ni todos esos argumentos, exceptuando el último, son plenamente convincentes, ni el resultado final de la doctrina constitucional resulta satisfactorio, por más que tampoco sea sencillo indicar una vía de solución que hubiera podido evitar el grave escollo de haber convertido al Tribunal Constitucional en una última instancia para casi cualquier caso posible[69].

unificado por los diversos órganos judiciales, incluso las Salas o Secciones que forman parte de un mismo órgano, en especial cuando existe un reparto de materias entre las mismas» (FJ 2; hago observar que este último argumento es aplicable a la organización de un tribunal por salas, pero no por secciones, lo que por lo demás conecta con la ratio decidente del caso concreto, en el que se impugnaba una sentencia de la Sala Primera del Tribunal Central de Trabajo reconocida por el Tribunal Constitucional como contradictoria con otra de la Sala Quinta). En fin, a partir de la STC 134/1991, de 17 de junio (Gabaldón) -que, mencionando sólo el ATC 862/1986 pero no las SSTC 161/1989 ni 200/1990, añade el argumento de que la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 configura las secciones como órganos con organización y funcionalidad propias, a diferencia de cada una de las salas, formadas por personal variable y en función de las necesidades del órgano-, el Tribunal Constitucional ha seguido el criterio del ATC 233/1985 (vid. SSTC 183/1991 y 86/1992). No creo ser demasiado malévolo si entre las razones no confesadas de esta peculiar doctrina aventuro el deseo del Tribunal Constitucional de reducir al mínimo la presentación de recursos de amparo por este motivo.

[68] Vid., por ejemplo, la citada STC 49/1982, así como las SSTC 39/1984, de 20 de marzo (Begué), 58/1986, de 14 de mayo (Rodríguez-Piñero), 190/1988, de 17 de octubre (Díez-Picazo), y ATC 862/1986, de 29 de octubre.

[69] Vid., en sentido próximo, Rubio Llorente 1990, 682-3. A diferencia de Rubio Llorente, sin embargo, no encuentro fuertes razones para resistirse a un mayor acercamiento al sistema del *stare decisis*, por más que sospeche que una reforma legislativa en tal sentido sería antipática para la corporación judicial y, al margen de ese problema procedimental, comprenda que podría no estar exenta de algún inconveniente sustantivo, especialmente por limitar las posibilidades de interpretación innovadora del sistema alentadas por los jueces más jóvenes (esto último, por lo demás, podría no ser tan indeseable desde cierto punto de vista sobre la división de poderes, al responsabilizar más al legislador de las innovaciones jurídicas y de su ausencia, y, en todo caso, podría evitarse mediante la previsión de algún mecanismo procesal, como por ejemplo la habilitación de un recurso especial cuando el juez inferior discrepe de la solución que está obligado a seguir conforme al *stare decisis*).

Seguramente, más que resoluble a través de la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional, el problema sólo es atacable mediante una bien pensada reforma legislativa que, además de tener en cuenta el complejo y delicado campo de los procedimientos y recursos judiciales, debería proponer también un desarrollo de la noción de «independencia judicial» que permita alejarla del modelo de la justicia del cadí al que la vieja y todavía presente interpretación de esa noción tiende en ocasiones a aproximarse peligrosamente. En todo caso, aunque el criterio introducido por el Tribunal Constitucional va más lejos de lo que era tradicional en nuestro sistema hasta 1978 en la protección del derecho del ciudadano a que, salvo que se ofrezcan razones suficientes que lo justifiquen, su caso no sea juzgado de manera diferente que casos precedentes, la consideración del Poder Judicial que se desprende de las condiciones exigidas para aplicar aquel criterio, como un conjunto de unidades discretas y no como un todo unitario, constituye, a mi modo de ver, una solución insatisfactoria desde el punto de vista de la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

3. La igualdad sustancial

La especial localización jurídica frente, y contra, las discriminaciones en sentido estricto pone de manifiesto en forma muy viva ciertas deficiencias de la clásica distinción entre la igualdad real y la igualdad formal o jurídica[70], que no es sólo marxista ni tiene necesariamente funciones críticas, sino que también puede ser usada en sentido conservador[71]. Si el Derecho es un instrumento que puede operar efectivamente en contra de las más indeseables y odiosas desigualdades, la contraposición tajante entre la igualdad real y la jurídica no deja de ser parcial y distorsionadora. Lejos de ser un mecanismo ideológico en el doble sentido peyorativo de la expresión, como encubrimiento y como engaño, la igualdad jurídica ni está necesariamente en contraste contradictorio con la igualdad real ni es por fuerza un obstáculo para realizarla.

Esto no significa, sin embargo, que igualdad jurídica e igualdad real puedan identificarse sin más, como si todas las aspiraciones y principios jurídicos

[70] En la literatura española, sobre ello vid. Pérez Luño 1981 y 1985; Laporta 1985, 27-31; y Alarcón 1987.

[71] Así, aunque el tema de fondo era de escaso calado constitucional -en concreto, para denegar un recurso de amparo a propósito de discrepancias judiciales sobre la interpretación de la cuantía de ciertas indemnizaciones por despido-, la citada STC 49/1982 afirma: «La igualdad a que el art. 14 se refiere, que es la igualdad jurídica o igualdad ante la Ley, no comporta necesariamente una igualdad material o igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados» (FJ 2).

tuvieran, y pudieran tener, eficacia necesaria e inmediata en todos los ámbitos y prácticas sociales. Dos diferentes figuras que muestran bien claramente las posibilidades de la igualdad jurídica pero a la vez sus tensiones con la igualdad real, son la desigualdad por indiferenciación y la discriminación inversa o positiva.

3.1. La desigualdad por indiferenciación

En la tradición filosófica occidental la idea de igualdad tiene dos significados diferenciados, aunque uno de ellos pueda ser incorporado al otro. En su significado más estricto, la igualdad, incluso referida a la igualdad justa, es simplemente la parificación entre dos o más personas que se deben encontrar en una situación relevantemente similar. En su significado más amplio, que aparece ya en Aristóteles, la igualdad, siempre en referencia a la igualdad justa, es no sólo la relación de igualdad entre iguales -el anterior significado, de igualdad estricta o aritmética-, sino también la apropiada relación de desigualdad entre desiguales, esto es, la igualdad geométrica o proporcional.

Pues bien, tribunales constitucionales como el alemán[72] o el italiano[73] han acogido dentro del principio de igualdad no sólo el criterio de la igualdad para los iguales, sino también el de la desigualdad para los desiguales. Han aceptado así lo que se ha denominado «discriminación por indiscriminación», o «discriminación por indiferenciación»[74], con una terminología que me parece preferible desechar a cambio de la expresión «desigualdad por indiferenciación»[75]. Un caso bien ilustrativo de tal forma de desigualdad injusta lo proporciona la sentencia 218/1974 de la *Corte Costituzionale* italiana, que anuló una norma que preveía la misma sanción penal para el cazador sin seguro que para el que simplemente no portaba el documento acreditativo durante la caza.

En contraste, y salvo alguna rara excepción, nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado de manera expresa e insistente en el sentido de que el art. 14 impone la igualdad de quienes son iguales o están en situaciones similares frente a su distinción normativa, pero no permite tutelar a través del recurso de amparo la diferenciación de las situaciones que, debiendo ser tratadas desigualmente, son sin embargo tratadas indiferenciadamente por el legislador.

---

[72] Cf. Alexy 1986, 385 y 395-8; y Jouanjan 1992, 130ss.

[73] Cf. Mortati 1976, 1022-3; así como Suay 1985, 52-4.

[74] Cf., respectivamente, Jiménez Campo 1983, 94 nota 40; y la citada STC 86/1985, FJ 3.

[75] Aparte de la conveniencia ya argumentada de reservar el término «discriminación» para aludir a desigualdades especialmente odiosas, no resulta tan chocante decir que el trato igual de lo que es desigual produce una desigualdad injusta que reclama la igualación (proporcional) dispensada mediante una desigualdad justa, como que el trato igual de lo que es desigual constituye una discriminación o distinción injusta.

La historia del asunto no es del todo lineal, pues comienza por la STC 27/1981, de 20 de julio (Fernández Viagas), que acogió parcialmente un recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la Ley de Presupuestos de 1980 por tratar igualmente situaciones diferentes. Sin embargo, esta sentencia aplicó, disociándolo expresamente del art. 14, el principio de igualdad tributaria exigida en el art. 31.1 de la Constitución, igualdad que, en cuanto ligada al concepto de capacidad económica y al principio de progresividad, constituye un ejemplo conspicuo de igualdad proporcional y, por tanto, de desigualdad en los medios para conseguir una igualdad sustancial[76]. Por ello, aunque en esta sentencia se aceptó la relevancia constitucional de la desigualdad por indiferenciación, dejándose ver claramente la posible diferencia, y aun la tensión -o, como Alexy la ha llamado, la paradoja[77]- entre la igualdad sustancial o *de facto* y la igualdad jurídica o *de iure*, también se dejó el camino libre para la exclusión del art. 14 como fundamento de tal figura, que es lo que se ha consolidado después.

Así, en efecto, la primera sentencia que en un recurso de amparo aludió abiertamente a la «discriminación por indiferenciación», la 86/1985, de 10 de julio (Rubio Llorente), lo hizo para rechazar el recurso porque el art. 14 sólo excluiría las distinciones pero no las equiparaciones infundadas (cf. FJ 3). Y, tras esa sentencia, otras varias han repetido el mismo criterio, como la 20/1986, de 12 de febrero (Pera Verdaguer), 52/1987, de 7 de mayo (Leguina), 109/1988, de 8 de junio (Díez-Picazo), y 48/1989, de 21 de febrero (García-Mon). Ha de reconocerse que en todos los casos considerados la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional ha sido muy plausiblemente la solución más razonable. Valga como ejemplo la citada STC 20/1986, que alegó la inaplicabilidad de la desigualdad por indiferenciación, relacionándola acertadamente con la distinción entre desigualdad jurídica y de hecho, para denegar un recurso de amparo presentado a la desesperada y cogido por los pelos contra la pérdida de un plazo: se trataba del amparo solicitado por un residente en Lanzarote, donde no existía Magistratura de Trabajo, contra la exigencia legal de comparecer en Magistratura para formalizar un recurso cuando se ha presentado en el juzgado de guardia el último día del plazo. Sin embargo, por esa misma razón, la STC 20/1986 y similares constituye uno de esos casos que deciden bien con una mala argumentación. Y ello porque la argumentación que excluye del art. 14 toda garantía de desigualación

[76] La sentencia dice que la igualdad tributaria «no puede ser, a estos efectos, simplemente reconducida a los términos del art. 14 de la Constitución: una cierta desigualdad cualitativa es indispensable para entender cumplido este principio» (FJ 4), idea a la que subyace el argumento de que la redistribución de la renta exige la aplicación de un medio desigual, el medio tributario, en términos del art. 14 para conseguir una finalidad igualitaria, la justicia distributiva, en términos del art. 9.2 (cf. FJ 10).

[77] Cf. Alexy 1986, 403, con referencias a la jurisprudencia constitucional alemana frente a la desigualdad por indiferenciación.

de lo arbitrariamente igualado por la ley mediante una doctrina de deferencia absoluta hacia el legislador contrasta injustificadamente con el criterio seguido por el Tribunal Constitucional ante desigualdades irrazonables aunque no estrictamente discriminatorias. Y así, en vez de sostener sin más cualificaciones que

> «corresponde a la Ley apreciar las razones que pueden existir para establecer distintas exigencias en atención a las distintas situaciones de hecho, dándoles o no relevancia jurídica, de forma que cuando no considera suficientemente relevante alguna de estas diversas situaciones, no vulnera el principio de igualdad, pues la diferenciación obligada de todo lo diverso es contraria al elemental principio de generalidad de la Ley e imposibilitaría la ordenación de las relaciones jurídicas» (FJ 2).

el Tribunal Constitucional podría haber argumentado sencillamente que, aun cabiendo un control de las igualaciones irrazonables, en el asunto recurrido la indistinción impugnada no era irrazonable. Y lo mismo es aplicable a las demás sentencias similares citadas.

Lo controvertible de esta jurisprudencia aparece en cuanto se piensa en la gravedad de posibles normas que en el ámbito sancionatorio y el fiscal establecieran parificaciones irrazonables de situaciones desiguales. No es casual, en tal sentido, que las dos sentencias que hacen excepción a la exclusión del control de la desigualdad por indiferenciación, la recientemente comentada 27/1981 y la antes citada 45/1989, que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad sobre la declaración matrimonial conjunta en el Impuesto sobre la Renta, giren sobre materia fiscal[78]. Por ello, en fin, al excluir el recurso de amparo para este tipo de eventualidades, como hizo expresamente la STC 86/1985, se perdió una ocasión apropiada para, en el terreno de los principios al menos, ir colmando la distancia entre la igualdad formal y la igualdad sustancial. Además, la línea jurisprudencial así iniciada comporta una desprotección injustificada en comparación con la protección que a través del art. 14 se da frente a situaciones de desigualdad que pueden ser igual o incluso menos graves. Y así, de forma sólo aparentemente paradójica, es la eventual igualdad en importancia y gravedad de las desigualdades, sean producidas por distinciones irrazonables o por indiferenciaciones igualmente irrazonables, la que justifica un mismo trato para ambas figuras.

[78] La segunda sentencia, en efecto, al reproche de discriminación por distinguir entre los matrimonios y otras formas de convivencia similares no sometidas a aquel régimen -que fue la razón utilizada por la STC 209/1988 para elevar al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad-, agregó el reproche de igualar injustamente a los casados que conviven juntos y a los que no, por ejemplo, por no tener su residencia en territorio español (cf. FFJJ 2 y 11). Naturalmente, que junto a esta suprainclusividad normativa en este caso concurriera además una infrainclusividad no tiene por qué darse siempre, y de ahí la importancia de no excluir la desigualdad por indiferenciación de la posibilidad del recurso de amparo.

3.2. La discriminación inversa

La discriminación inversa es una manifestación extrema -y, por ello, especialmente discutida- de introducción de una desigualdad como medio para conseguir una mayor igualdad como objetivo final. Lo que la diferencia de otras desigualdades para la igualdad no discutidas (o, en todo caso, mucho menos discutidas), como la progresividad del impuesto sobre la renta o las ayudas especiales para jóvenes o jubilados, son fundamentalmente las dos siguientes características: de un lado, se trata de un tipo de iniciativa que tiene en cuenta rasgos tradicionalmente discriminatorios, como la raza o el sexo, si bien con el objetivo de favorecer a los también tradicionalmente perjudicados, y de otro lado, se presenta como especialmente problemática porque se aplica en situaciones de especial escasez, como suelen ser los niveles profesionales de prestigio, los cargos políticos, las plazas universitarias, las viviendas protegidas, etc. Por esas dos razones, son problemáticas, por ejemplo, la reserva de una cuota del 25 por ciento para cargos femeninos en determinados órganos políticos o el alquiler o la venta de viviendas a bajo precio a colectivos de gitanos[79].

¿Está prohibida la discriminación inversa por el art. 14 de nuestra Constitución? Dentro de la escasa literatura española sobre el problema, no creo que pueda afirmarse que la respuesta sea pacífica, pero si se entiende que lo que tal precepto excluye es la diferenciación injusta, es defendible que ni el medio empleado -es decir, la medida misma de diferenciación que favorece a determinadas personas- comporta los rasgos descalificatorios generalmente asociados a las discriminaciones tradicionales, ni el fin pretendido -la superación de graves desigualdades previas con miras a una más justa igualdad entre distintos grupos sociales- admite tacha de ilegitimidad. No obstante, afinando la cuestión -aun con la doctrina favorable de la citada STC 269/1994-, más problemáticas resultan las formas de discriminación inversa en el acceso a la función pública en cuanto afectan al criterio de igualdad de mérito y capacidad de los arts. 23.3 y 103.2 de la Constitución[80].

---

[79] Sobre todo ello me he ocupado en varias ocasiones, remitiendo también a la bibliografía allí citada: cf. Ruiz Miguel 1994a, 1994 y 1995b; sobre la literatura estadounidense más reciente a propósito de la discriminación inversa, con un balance del estado actual de la cuestión, véase Hacker 1996.

[80] Sobre este último tema, cf. *supra*, nota 39 y texto correspondiente. En general, se han pronunciado decididamente a favor de su constitucionalidad Alonso García (cf. 1984, 558-564), Rodríguez-Piñero y Fernández López (cf. 1986, 165-73 y 335) y Pérez del Río (cf. 1995, *passim*); también la acepta, más bien descriptivamente García Morillo (cf. 1994, 171-2); manifiesta cierta ambigüedad Rubio Llorente (1991, 662-3); en su aplicación a la función pública pone condiciones bastante estrictas Atienza (1996, 12) y se muestra en contra Uranga (1991, 1576-9); en el plazo de un año Rey Martínez ha revisado radicalmente su inicial postura favorable de la discriminación inversa, tanto en el plano jurídico como en el político (cf. 1995, 83ss, y 1996, 327ss).

Sin duda, en la discusión sobre la legitimidad constitucional de la discriminación inversa es muy relevante el designio del art. 9.2, que, junto con el art. 1.1, sustenta el valor de la igualdad como ideal final al encomendar «a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas...». De tal forma, y sintéticamente, la conclusión de todo ello es que la igualdad ante la ley garantizada por el art. 14 no es un límite, sino un presupuesto, necesario aunque no siempre suficiente, de la igualdad real y efectiva del art. 9.2, esto es, un mínimo negativo e indeclinable a partir del cual puede operar una política positiva de remoción de obstáculos y creación de las condiciones necesarias para ir consiguiendo una mayor igualdad social, material y cultural, entre los ciudadanos.

Como ya se ha dicho antes, la anterior interpretación es la seguida por la primera sentencia de nuestro Tribunal Constitucional que reconoció la constitucionalidad de una medida que podría considerarse cercana a la discriminación inversa, la citada 128/1987 sobre las ayudas de guardería a mujeres y viudos. Es verdad que la argumentación de esta sentencia en realidad prueba más de lo que concluye, pues las ayudas para guardería favorecen la incorporación de las mujeres al trabajo y su mantenimiento en él si en un determinado centro se conceden no sólo a las trabajadoras sino también a los trabajadores, de modo que se facilite el acceso de sus esposas al mercado de trabajo. Sin embargo -en contraste con las sentencias antes comentadas que excluyen la consideración de la desigualdad por indiferenciación-, éste puede muy bien ser uno de esos casos que deciden mal con una buena argumentación. O, para decirlo de forma más precisa, es uno de esos casos en los que aunque el acierto de su decisión concreta resulte opinable, contiene una fundamentación doctrinal sólida y decisiva para un correcto entendimiento tanto de la noción de discriminación, según se ha dicho ya, como de la relación entre la igualdad formal y la sustancial. Por lo demás, se trata de una fundamentación que se ha consolidado después en una línea de sentencias que -alguna de ellas pueda ser discutible en su calificación de los hechos[81]- se han referido expresa o implícitamente a las acciones positivas, como las citadas 128/1987, 19/1989, 216/1991, 229/1992, 3/1993 y 16/1995, o la 28/1992, de 9 de marzo (De los Mozos).

[81] Me refiero sobre todo a la STC 28/1992, que aceptó la constitucionalidad de una medida claramente proteccionista, expresamente reconocida como tal, como el pago de un plus femenino de taxi por trabajo nocturno, con la doble e insólita argumentación, desatinada por separado e incoherente en conjunto, de que, por un lado, el Tribunal de instancia no podía crear un régimen ex novo para el caso ni suprimiendo el plus ni extendiéndolo a los varones y, por otro lado, su desestimación por el Tribunal de instancia no violó el derecho a la igualdad de los trabajadores varones (cf. FFJJ 3 y 4).

Por su parte, la STC 19/1989 denegó el amparo de un varón que reclamaba la aplicación de una norma por la que las mujeres trabajadoras en cierto sector industrial podían jubilarse

Conforme a esa fundamentación, a diferencia por ejemplo de la interpretación sobre la Constitución estadounidense realizada por el Tribunal Supremo de aquel país, que ha reputado como ajena al Derecho la división de funciones entre marido y mujer, la STC 128/1987 otorga relevancia jurídica a las consecuencias sociales y laborales de tal división sexual de funciones, de modo que ha llevado la aplicabilidad de la Constitución a las relaciones más privadas dentro de las relaciones entre particulares: de una parte, el Tribunal Constitucional rechazó de plano la aceptabilidad del argumento de la práctica social dominante:

> «No puede admitirse, como justificación de la diversidad de trato, que las esposas de los trabajadores casados pueden atender a los hijos pequeños, por lo cual esos trabajadores no necesitarán que se les subvencione los gastos de guardería, mientras que las trabajadoras con hijos sí los necesitarán... [...] esta perspectiva, [...] no puede considerarse justificación suficiente, pues no se adecua a las previsiones igualitarias entre hombres y mujeres contenidas en la Constitución [...], convirtiendo en inadmisible una posición que parte de la dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas, y de la exclusión absoluta del hombre de las mismas...» (FJ 9);

y, de otro lado, el Tribunal alega la resistencia de los hechos sociales a las pretensiones normativas del Derecho como fundamento de su fallo:

> «resulta patente que, aun excluyendo que exista una diferencia de obligaciones familiares entre hombre y mujer, la mujer que tiene a su cargo hijos menores se encuentra en una situación particularmente desventajosa en la realidad para el acceso al trabajo, o en el mantenimiento en el que ya tiene. Este Tribunal no puede ignorar que, pese a las afirmaciones constitucionales, existe una realidad social, resultado de una larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del núcleo mayor de las cargas derivadas del cuidado de la familia, y particularmente el cuidado de los hijos. Ello supone evidentemente un obstáculo muchas veces insalvable para el acceso al trabajo. [...] En tanto, pues, esta realidad perdure, no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social, y que tratan de evitar, facilitando el empleo de guarderías, que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños» (FJ 10).

Ahora bien, si una argumentación como la anterior invita a relativizar la diferencia entre igualdad jurídica e igualdad social, en la medida en que el sistema jurídico no es del todo incapaz para reconocerla y tratar de atajarla, no es inútil insistir en que sería desatinado constatar la abolición de toda tensión entre ambas. Es obvio que el Derecho no siempre consigue la modelación efectiva de la realidad social ni siempre llega a tiempo para cubrir

---

anticipadamente con el 80 por ciento del salario y los varones con el 76 por ciento, bajo la consideración de que la medida no es meramente protectora sino compensatoria. Ello, en mi opinión, resulta discutible porque, con independencia de la pretensión de la sentencia, su efecto no puede sino tender a encarecer la contratación de mujeres, no favoreciendo la superación de la situación discriminatoria.

todas las demandas de justicia. Incluso en el ámbito de lo que pueden considerarse discriminaciones injustas, hay umbrales difíciles al acceso de lo jurídico: por citar un caso extremo, ¿cómo podría el Derecho evitar que alguien elija cónyuge o amigos por motivos racistas? Cierto que podrá intentar educar, fomentar, alentar a un comportamiento más ilustrado, pero ya fuera de los típicos recursos sancionatorios del Derecho. Con mayor razón, la distancia entre la igualdad jurídica y la desigualdad real o social puede ser muy amplia en ciertos ámbitos, como en el del acceso a los tribunales en condiciones de efectiva igualdad, donde es innegable el agudo contraste entre las condiciones sociales desfavorables que son caldo de cultivo de ciertos tipos de delincuencia especialmente perseguidos o la diferente calidad de los abogados defensores de los acusados de delitos de cuello blanco o del alto tráfico de droga y los de los delincuentes tradicionales o los pequeños traficantes de droga (donde la diferencia entre acusados y condenados que sugiere mi redacción no es más que una mera generalización empírica sobre la suerte que una y otra categoría suelen terminar por correr, respectivamente). Pero no puede decirse lo mismo, al menos en tan alta medida, siquiera sea en países con cierto desarrollo del Estado social como el nuestro, de otros ámbitos, como el sanitario, el educativo, el de la asistencia a los indigentes, el de la atención a los mayores, etc.

En todo caso, más allá de sus oscilaciones y sus decisiones discutibles, considerada en su conjunto, la interpretación de nuestro Tribunal Constitucional sobre el principio de igualdad ha llegado prácticamente todo lo lejos que su posición de «legislador negativo» le permite, y aun a veces, tal vez no siempre irrazonablemente, más lejos. Eso no hace más que indicar que la primera responsabilidad en ir limando las desigualdades injustas existentes no es tanto de los jueces como de los legisladores. Lo que, de paso, también pone de manifiesto que ni la Constitución ni las leyes son un bálsamo de Fierabrás que por sí solas curen todas las desigualdades injustas, tanto de las que sobreviven del pasado como de las que continúan naciendo en nuevas formas. La interpretación constitucional no es nada más, pero tampoco nada menos, que un buen instrumento para detectar y combatir algunas de las más injustas. Realizar positivamente una mayor igualdad sustantiva es la característica labor política que en un sistema democrático se ha de confiar a la decisión mayoritaria tras una adecuada discusión por la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

Alarcón Cabrera, Carlos, 1987: «Reflexiones sobre la igualdad material», *Anuario de Filosofía del Derecho*, IV, pp. 31-42.

Alexy, Robert, 1986: *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt del Meno, Suhrkamp; se cita por la t. e. de Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Alonso García, Enrique, 1984: *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Atienza, Manuel, 1987: «Para una razonable definición de "razonable"», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 4, pp. 189-200.

-1993: *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel.

-1996: «Un comentario al caso Kalanke», *Cuadernos Jurídicos. Revista Mensual de Derecho*, n. 39, marzo 1996, pp. 5-12.

Calvo Gallego, Francisco Javier, 1994: *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y Organizaciones de tendencia*, Madrid, Consejo Económico y Social.

Delgado Echeverría, Jesús, 1987: (Comentario a SSTC de 19 de enero y 16 de febrero de 1987), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n. 13, enero-marzo 1987, pp. 4325-44.

Fernández López, María Fernanda, 1993: «La discriminación en la jurisprudencia constitucional», *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, I, pp. 151-78.

García Morillo, Joaquín, 1994: «La cláusula general de igualdad», en Luis López Guerra *et al.*, *Derecho constitucional*, vol. I, *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, 2ª ed.,Valencia, Tirant Lo Blanch, 1994, pp. 159-80.

González Rivas, Juan José, 1991: «La igualdad en la aplicación de la ley y su tratamiento en la jurisprudencia», en *Principio* 1991, pp. 313-30.

Gunther, Gerald, 1991: *Constitutional Law*, 12ª ed., Wesbury (N.Y.), The Foundation Press.

Gutiérrez Delgado, José Manuel, 1991: «La inversión de la carga de la prueba en la discriminación por razón de sexo dentro del Derecho del trabajo», en *Principio* 1991, pp. 1145-74.

Hacker, Andrew, 1996: «Goodbye to Affirmative Action?», *The New York Review of Books*, XLIII, n. 12, julio, pp. 21-29.

Hierro Sánchez-Pescador, Liborio, «Las huellas de la desigualdad en la Constitución», en Reyes Mate 1995, pp. 131-50.

Jiménez Campo, Javier, 1983: «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 9, sept-dic., pp. 71-114.

Jouanjan, Olivier, 1992: *Le principe d'egalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica.

Laporta, Francisco J., 1985: «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», *Sistema*, n. 67, julio, pp. 3-31.

Lucas, Javier de, 1994: *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy.

MacKinnon, Catharine, 1991: «Reflections on Sex Equality Under Law», *The Yale Law Journal*, vol. 100, pp. 1281-1328.

Mortati, Costantino, 1976: *Istituzioni di diritto pubblico*, tomo II, 9ª ed. rev., Padua, Cedam.
Nowak, John E., Rotunda, Ronald D., y Young, J. Nelson, 1986: *Constitutional Law*, 3ª ed., St. Paul (Minn.), West Publishing.
Ollero Tassara, Andrés, 1989: *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
-1991: «Justicia y seguridad: el trasfondo axiológico de la igualdad en la aplicación de la ley», en *Principio* 1991, pp. 383-414.
Otto, Ignacio de, 1984: «Igualdad», en González Encinar, José Juan (comp.), *Diccionario del sistema político español*, Madrid, Akal, 1984, pp. 447-55.
-1987: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel.
Pérez Luño, Antonio-Enrique, 1981: «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», *Anuario de Derechos Humanos*, n. 1, pp. 255-75.
-1985: «Dimensiones de la igualdad material», *Anuario de Derechos Humanos*, n. 3, pp. 253-285.
Pérez del Río, Teresa, 1995: «La acción positiva. Justificación jurídico-constitucional», *Jóvenas*, nn. 4-5, pp. 82-91
Principio..., 1991: *El principio de igualdad en la constitución española*. XI Jornadas de estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 2 vols., Madrid, Ministerio de Justicia.
Quintin, Odile, 1984: «La política de la Comunidad para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo», en *La Comunidad Europea y las mujeres españolas*, Madrid, Instituto de la Mujer, 1984, pp. 29-41.
Rey Martínez, Fernando, 1995: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw Hill.
-1996: «La discriminación positiva de mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 47, mayo-agosto 1996, pp. 309-32.
Reyes Mate, Manuel (comp.), 1995: *Pensar la igualdad y la diferencia (Una reflexión filosófica)*, Madrid, Fundación Argentaria-Visor Distribuciones, 1995.
Rivero González, Manuel, 1991: «Los principios de igualdad en la aplicación de la ley y de seguridad jurídica: su proyección sobre el proceso contencioso-administrativo», en *Principio* 1991, pp. 347-69.
Rodríguez-Piñero, Miguel, 1991: «Principio de igualdad y derecho del trabajo», en *Principio* 1991, pp. 1067-100.
-1993: «Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo», *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, I, pp. 19-25.
Rodríguez-Piñero, Miguel, y Fernández López, María Fernanda, 1986: *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos.

Rubio Llorente, Francisco 1990: «Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad», en Varios, *El Poder judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa*, Madrid; ahora, por donde se cita, en Rubio 1993, pp. 665-84

-1991: «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 31, enero-abril, pp. 9-36; ahora en Rubio 1993, pp. 637-64.

-1993: *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Ruiz Miguel, Alfonso, 1994a: «Discriminación inversa e igualdad», en Valcárcel 1994a, pp. 77-93.

-1994: «La igualdad como diferenciación», en Varios, *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Madrid, Escuela Libre Editorial, 1994, pp. 283-95.

-1995a: «Las huellas de la igualdad en la Constitución», en Reyes Mate 1995, pp. 109-29.

-1995b: «Discriminación inversa, acciones positivas e igualdad (a propósito de la sentencia del caso Kalanke)», *Jóvenas*, nn. 4-5, pp. 98-108 (una versión revisada y más amplia de este artículo aparece en el presente número de la revista *Doxa*, junto con otras contribuciones dedicadas al tema).

-1996: «Equality Before the Law and Precedent», *Ratio Iuris* (en prensa).

Schauer, Frederick, 1991: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press.

Schmitt, Carl, 1928: *Verfassunglehre*; t. e. de Francisco Ayala, por la que se cita, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., Madrid, Alianza, 1982.

Serrano González, Antonio, 1985: «El principio de igualdad ante la ley en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» en Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo (comp.), *De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho*, Zaragoza, Institución «Fernando el Católico», 1985, pp. 31-87.

Suay Rincón, José, 1985: *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, IEAL.

-1991a: «Igualdad en la aplicación de la ley ante el mismo órgano judicial: precisiones acerca del alcance de la doctrina del cambio de criterio», en *Principio* 1991, pp. 371-82.

-1991b: «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en Varios, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, II, *De los derechos y deberes fundamentales*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 837-92.

Tribe, Lawrence H., 1988: *American Constitutional Law*, 2ª ed., Mineola (N.Y.), The Foundation Press.

Tussman, Joseph, y tenBroek, Jacobus. 1949: «The Equal Protection of the Laws», 37 *California Law Review*, 37, 1949, pp. 341-81.

Uranga Cogollos, Carlos, 1991: «El principio de igualdad en el acceso a la función pública», en *Principio* 1991, pp. 1561-79.

Westen, Peter 1990: *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of «Equality in Moral and Legal Discourse*, Princeton [N.J.], Princeton University Press.

Xiol Ríos, Juan-Antonio, 1986: «El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional», *Poder Judicial*, n. 3, septiembre, pp. 25-40.

-1991: «El principio de igualdad en la aplicación de la ley», en *Principio* 1991, pp. 241-91.

Zagrebelsky, Gustavo, 1992: *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Turín, Einaudi; t. e. de Marina Gascón, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, epílogo de Gregorio Peces-Barba, Madrid, Trotta/Comunidad de Madrid, 1995.

IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN

«Todo es igual, nada es mejor:

lo mismo un burro que un gran profesor».

(E.S. Discepolo)

1. El planteo

Todos los animales son iguales. Pero algunos son más iguales que otros». Esta ironía, atribuida por George Orwell a los gobernantes de la granja dirigida por los propios animales, tiende a señalar que los ideales de igualdad se sienten y persiguen con mayor pureza desde abajo que desde arriba, de modo que su triunfo político coincide demasiado a menudo con su fracaso práctico. La vida real proporciona numerosos ejemplos de esta constante. Uno de ellos, poco conocido pero dramáticamente simbólico, se observa en los comienzos del movimiento cooperativo. Los tejedores de Rochdale, animados por el fervor igualitario, crearon una de las primeras cooperativas y elaboraron austeros principios de asociación solidaria. Al prosperar el negocio, los fundadores se negaron a conceder a los nuevos socios los mismos derechos que ellos mismos habían forjado. Y así, aunque el ideal cooperativo se extendió por todo el mundo, su práctica mostraba ya la impronta de la preferencia humana, que tiende a restringir la solidaridad y a distribuir la igualdad, a partir del sujeto valorante, en círculos concéntricos de privilegio decreciente.

Esta recurrente dificultad práctica no impide a buena parte de la humanidad encolarse en la defensa de la igualdad y en el combate contra la discriminación. Igualdad y discriminación son en verdad conceptos opuestos, en la medida en que toda discriminación importa atribuir desigualdades y toda igualdad implica omitir discriminaciones. Pero me propongo aquí analizar y relacionar esos conceptos a fin de sugerir que la igualdad, propugnada como ideal político o como principio ético o jurídico, está lejos de constituir una guía inequívoca para las actitudes o aun un tema respecto del cual la controversia pueda plantearse con utilidad.

Es ya un lugar común definir la igualdad como el deber de tratar igualmente a los iguales. Se trata de una fórmula tan vacía (y por eso mismo tan celebrada) como la que define la justicia como el arte de dar a cada uno lo suyo: para su aplicación práctica se hace necesario establecer cuándo dos personas deban ser tenidas por iguales y, además, decidir en qué haya de consistir el trato igual que hayamos de dispensarles.

En este mismo sentido, Comanducci ha sostenido recientemente[1]: «Decir que dos entes son iguales no equivale a afirmar que son idénticos. Equivale

[1] Comanducci, Paolo, «El principio de igualdad liberal», conferencia dictada el 7/8/95 en la Universidad de Buenos Aires.

a afirmar que, a pesar de no ser idénticos, hacemos abstracción de sus diferencias, las dejamos de lado y tomamos como relevantes las características que tienen en común». Y, en el marco ético, decir que dos o más entes son iguales «es una norma (o un criterio, o un principio) que prescribe tomar como relevantes estas características». Señalaba de este modo que un juicio ético de igualdad o desigualdad es siempre un juicio de valor, que no depende tan sólo de la semejanza o diferencia en ciertas características de los sujetos comparados, sino, además, de la relevancia valorativa que se atribuya o se niegue a aquella semejanza o a aquella diferencia.

Para Comanducci, pues, la concepción de igualdad «propia del liberalismo consecuente» (un liberalismo que es universalista, neutralista e individualista) se halla estructurada en dos principios conexos, que él llama *igualdad 1* e *igualdad 2*.

El primero «afirma que no puede instituirse o justificarse ningún trato diferencial entre los hombres en función del sexo, la raza, la lengua o la religión». Es un principio de contenido negativo, ya que prohíbe las discriminaciones fundadas en un ser o un pertenecer.

La igualdad 2, a su vez, «afirma que todos los hombres tienen iguales derechos fundamentales». Es un principio positivo, en la medida en que obliga a considerar como iguales a todos los seres humanos (esto es, a despreciar sus diferencias) respecto de cierto conjunto de derechos, deberes y libertades.

La relación entre los dos conceptos de igualdad -es introducida por Comanducci con estas palabras: «De la combinación de los dos principios deriva a fortiori que, en lo referente a la distribución de los derechos fundamentales, no puede instituirse o justificarse ningún trato diferencial entre los hombres en función del sexo, la raza, la lengua o la religión».

Ahora bien, la igualdad 1 no parece un principio universal, ya que no tendría por irrazonable negar a un hombre el papel de primera bailarina en «La muerte del cisne» o impedir que un sabio y meritorio seguidor de Mahoma compita por el cargo de Gran Rabino de Jerusalén. La igualdad 2 tampoco lo es, puesto que admite que ciertos individuos, los que han incurrido en delito (que es un hacer, y no un ser ni un pertenecer), sean privados de algunos derechos fundamentales, como la libertad de locomoción.

Así las cosas, la relación entre los dos principios podría representarse como la intersección de dos conjuntos. El primero contiene los criterios de discriminación que no deben usarse, en tanto el segundo corresponde a los derechos o libertades cuya distribución haya de decidirse con las restricciones del primero. Uno dice quiénes son iguales (o, mejor, quiénes no deben ser tenidos por desiguales); el otro indica cuáles son los bienes en cuyo reparto deba aplicarse aquella igualdad.

2. Condiciones y consecuencias

El modelo descriptivo que acabo de resumir e interpretar puede utilizarse con buen éxito, pero depende de juicios valorativos adoptados de antemano, que inciden en su misma estructura. Tal condición es explicable si se

tiene en cuenta que los principios *igualdad 1* e *igualdad 2* han sido tomados de formulaciones elaboradas por la cultura política en el fragor de las luchas ideológicas. De allí proviene que la *igualdad 1* proscribe tomar en cuenta precisamente las condiciones de sexo, raza, lengua o religión o que la *igualdad 2* contenga una referencia a los «derechos fundamentales», como si éstos fueran evidentes e invariables.

Acaso sea posible una descripción alternativa, no incompatible con la anterior pero sí más amplia que ella, de tal modo que la abarque y ofrezca mayor poder explicativo.

El problema de la igualdad, en efecto, se plantea en el marco de alguna política distributiva de bienes, derechos, facultades, obligaciones, responsabilidades o castigos. El elemento que haya de distribuirse, o cualquiera de sus combinaciones que el observador considere útil concertar, constituye el trato (T). El trato es discernido entre los sujetos de acuerdo con las condiciones de éstos (C1, C2,... Cn). La decisión de tomar en cuenta ciertas condiciones y no otras constituye un criterio (K). Pero, como acertadamente señalaba Comanducci, un criterio ético es una norma: la relación entre condiciones y trato no es un hecho, sino la modelización deóntica de una conducta distributiva.

De este modo, un criterio puede definirse como:

$$K = (df)\ [(Cl.C2....Cn) > D\ T]$$

donde «D» es una variable que puede reemplazarse por cualquier modalidad normativa. Se trata, pues, de la misma estructura de cualquier norma hipotética, donde se ha estipulado que la consecuencia se refiera a una conducta distributiva.

Ahora bien, nuestro juicio valorativo acerca del criterio (por ejemplo, si se trata de un criterio igualitario o discriminatorio) se ejerce en un nivel superior al de la propia norma constitutiva del criterio. Dicho juicio toma en cuenta el repertorio de condiciones, respecto del trato T que el criterio K declara, en virtud de ellas, como obligatorio, permitido, prohibido o facultativo. En ese nivel superior, una metanorma declara que, para D T, ciertas condiciones deben hallarse obligatoriamente incluidas en el criterio. O bien que deben quedar excluidas de él (son condiciones *prohibidas*).

La autoridad encargada de distribuir, por sí o por delegación, el trato T puede, en principio, establecer las condiciones que hayan de tomarse en cuenta para la distribución. Si el criterio que ella emplea contiene condiciones vedadas por nuestra metanorma, decimos que el criterio es discriminatorio (en la acepción peyorativa que actualmente suele concederse a dicho adjetivo). Por ejemplo, cuando el órgano encargado de seleccionar candidatos para un empleo no sólo exige ciertas condiciones de idoneidad funcional sino además que los postulantes sean blancos, o varones, o católicos. Si el criterio no contiene las condiciones que consideramos obligatorias, lo calificamos de injusto. Así ocurre cuando el mismo órgano no juzga a los candidatos por su capacidad o por los antecedentes demostrativos de idoneidad funcional sino, acaso, sólo por su parentesco con algún personaje encumbrado. Y si, no siendo discriminatorio ni injusto en los sentidos apuntados, el criterio contiene otras condiciones que la metanorma no impone ni

prohíbe (esto es, condiciones facultativas), sostenemos que se trata de un criterio discrecional. Tal es el caso si el organismo de selección exige que los candidatos no sean mayores de cierta edad, o demuestren experiencia en computación o hablen inglés.

Desde luego, hay casos en los que la metanorma no admite condiciones facultativas: todas las condiciones que no son obligatorias se hallan prohibidas. Es el caso de las facultades regladas, en las que el órgano debe limitarse a comprobar la existencia de las condiciones legales. O el de los derechos humanos, en los que el trato mínimo al que ellos se refieren no puede hallarse sujeto a otra condición que la pertenencia del beneficiario a determinada especie de mamíferos.

3. Conclusión

El contexto de la igualdad puede, de este modo, entenderse como un complejo sistema de criterios, cada uno de los cuales sujeta cierto trato (previamente definido) a un determinado conjunto de condiciones. Nuestro juicio acerca del criterio sólo tiene validez en relación con el trato que dicho criterio busque distribuir. Y su origen es un metacriterio que, en relación con ese mismo trato, califica las distintas condiciones eventualmente presentes en el criterio objeto como obligatorias, prohibidas o facultativas.

Ese juicio se expresa mediante palabras con profundo efecto emotivo, ya que con él se busca modificar actitudes pero, limitado por la ontología implícita en el lenguaje, el hombre pierde a veces de vista el marco valorativo en el que dichas expresiones adquieren sentido. Así, invocamos la igualdad para prohibir ciertas condiciones o para reclamar contra el uso de criterios que contengan condiciones prohibidas. Reclamamos justicia para establecer condiciones obligatorias o exigir el uso efectivo de criterios que las contengan. Y -demasiado a menudo- las personas que ejercen algún poder piden para sí mismos libertad cuando desean mantener ciertas condiciones en el ámbito de lo facultativo e incluirlas en sus criterios de acuerdo con su propia preferencia.

Todo eso se dice, se hace o se reclama en el marco de cierto trato (distribución de bienes, derechos, obligaciones o responsabilidades) que sirve como universo del discurso, pero que por eso mismo se da a menudo por sentado sin mayor análisis. Así es como la igualdad se predica a veces en relación con cierto conjunto de derechos que, por el valor que les concedemos, son calificados de fundamentales. Y también como esa formulación algo desprevenida entra en crisis cuando alguna autoridad, enarbolando una difusa laguna axiológica, afirma que cierto individuo no puede invocar el principio de igualdad porque éste sólo rige entre iguales.

De allí que los cerdos de Orwell consideraran que sus propios privilegios no violaban la igualdad, en tanto Discepolo se quejaba de que en el mundo no se ejerciera la debida discriminación.

ACCIONES POSITIVAS. PUNTO Y APARTE

0. Acciones positivas. Crisis de una estrategia

En un estimable documento recientemente aprobado por la Comisión de Trabajo del Senado se lee: «Los principios en los que se inspira la ley nº 125 son desde luego válidos en Italia, pero también en los demás países comunitarios, de modo que si la dejáramos de lado acabaríamos encontrándonos en una situación de sustancial retraso respecto de las tendencias comunitarias y las iniciativas de los otros países»[1].

Hay una involuntaria ironía en esta frase. La acción combinada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y del Tribunal Constitucional italiano; el eco de la marcha atrás emprendida por el Tribunal Supremo de Estados Unidos; el enfoque prudente y las múltiples matizaciones que caracterizan a las aportaciones doctrinales más recientes sobre el tema[2]... todo juega en la dirección de volver a someter a discusión las pocas certezas alcanzadas, en nuestro país, en torno a los principios en los que se inspira la ley nº 125.

[1] Se trata de la investigación acerca del estado de aplicación de la ley nº 125 de 10 de Abril de 1991 sobre normas en materia de acciones positivas para la realización efectiva de la igualdad hombre-mujer en el trabajo. La investigación, comunicada a la Presidencia del Senado el 28-9-1995, ofrece un detallado informe sobre la frustrante trayectoria aplicativa de la ley nº 125/1991 sobre las acciones positivas, denunciando las omisiones e identificando las responsabilidades.

[2] Me refiero, en particular: a un largo ensayo de Ghera (1995), que no contiene grandes novedades, pero que insiste en reconducir las acciones positivas al principio de igualdad formal (sobre la conexión entre acciones positivas e igualdad material, cfr. Ballestrero, 1994a; Barbera, 1994; en el mismo sentido que Ghera, Santucci y Zoppoli, 1992); a un breve pero denso ensayo de Brunelli, 1995, que discute la legitimidad de las cuotas en las candidaturas para las elecciones administrativas y políticas con argumentos próximos a los empleados por el Tribunal Constitucional. Hay que señalar también el recorrido problemático y crítico seguido por De Simone, 1994, para «reconciliar» la instintiva hostilidad de una potencial beneficiaria/víctima de las acciones positivas con los objetivos «razonables» de la ley nº 125.

Blanco de esta acción combinada son las modalidades, los objetivos, y a la postre el objeto o ámbito de la acción positiva: el núcleo de la ley nº 125/1991 está pues en el centro de la diana. Razones de índole sistemática sugieren proceder siguiendo los círculos concéntricos que circundan el centro de la diana: la prioridad corresponde por tanto a las modalidades y a los objetivos de la acción positiva, y en particular a la cuestión de las cuotas.

1. Las cuotas y los objetivos de la acción positiva

«In the context of affirmative action, many believe that "goals" are good, but "quotas" bad»[3], escribe un constitucionalista norteamericano (Rosenfeld, 1991, p. 45). Y sin embargo -añade-, los objetivos finales (*goals*) de una acción positiva no son significativamente distintos de las cuotas, en cuanto que ambos se refieren al porcentaje de miembros de diversos grupos presente en el ámbito de trabajos particulares, o de una determinada parte de la fuerza de trabajo, o en un determinado programa de formación[4].

La cita, que he sacado del excelente libro de Rosenfeld, pone bien de manifiesto que la relación de igualdad sobre la que insiste la acción positiva se establece entre grupos, y que la acción positiva está encaminada a realizar esa igualdad efectiva de oportunidades, expresada en el concepto de «representación» proporcional de los diversos grupos.

Ciertamente, el caso de las mujeres es singular, si lo comparamos con el de los miembros, por ejemplo, de una minoría lingüística o racial. Las mujeres son la mayoría de la población en muchos países; además, no constituyen un «grupo», ya que su presencia está diseminada en el seno del grupo dominante y de los grupos minoritarios. Une entre sí a las mujeres -blancas y negras, ricas y pobres, cultas y analfabetas- una comunidad de género a la cual es lícito atribuir significados e implicaciones diversas, que desde hace mucho no han calado en casi nadie. Durante siglos la comunidad de género ha sido, por sí misma, causa de exclusión social y política; la llegada del derecho igual, sin distinción de sexo, ha suprimido la correlación entre género y exclusión, pero no ha eliminado la prolongación de los efectos

[3] «En el contexto de la acción afirmativa, muchos creen que los "objetivos" son buenos, pero las "cuotas" son malas» (N. del T.).

[4] La diferencia entre cuotas (malas) y *goals* (buenos) es subrayada por el Abogado General Tesauro en las conclusiones (§9) sobre el caso *Kalanke (infra)*, después recogidas por el TJCE. La observación de Rosenfeld recogida en el texto se refiere especialmente a los *goals* numéricos (por ejemplo, el 29% de socios no blancos en el caso *Local 28, Sheet Metal Workers'International Association v. EEOC*, decidido en 1986 por el Tribunal Supremo, por mayoría de 5 a 4, en el sentido de que en tales casos, y particularmente cuando exista una larga historia de discriminación, es legítimo disponer tratamientos preferenciales capaces de dar «significado efectivo» a la igualdad de oportunidades). En la experiencia norteamericana, por otra parte, los *goals* de la *affirmative action* pueden ser rígidos o flexibles (igual que pueden ser rígidas o flexibles las cuotas).

de la exclusión. Hoy, en la medida en que existe el principio de igualdad, lo que confiere a la comunidad de género un valor de «grupo» es el hecho de que, respecto de situaciones determinadas (el empleo, las posiciones profesionales de nivel superior, los puestos de responsabilidad, los cargos electivos, etc.), las mujeres aparecen como «grupo desaventajado», en cuanto que sistemáticamente infrarrepresentado.

Estas premisas me parecen útiles para afrontar la «cuestión de las cuotas», suscitada por la sentencia *Kalanke* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE 17 de Octubre de 1995, C-450/93, *Kalanke c. Freie Hanstsestadt Bremen*), que ya ha provocado muchas reacciones de preocupación incluso en el seno de la Comisión Europea. Sobre la cuestión de las cuotas también ha intervenido el Tribunal Constitucional italiano, con la sentencia nº 422 de 6-12 de Septiembre de 1995, en la que, como es sabido, ha declarado la ilegitimidad constitucional de las disposiciones de las leyes electorales que reservaban a las mujeres una cuota de candidatura en las listas electorales.

Los casos examinados por los dos tribunales son distintos entre sí, y por tanto merecen ser abordados separadamente. Pero un *idem sentire* de acción positiva circula entre los dos tribunales, aproximando a ambas al «sentir» del Tribunal Supremo de Estados Unidos. Tanto es así que, si las sentencias de los dos tribunales, europeo e italiano, se estructuraran como las del Tribunal Supremo de Estados Unidos, en ninguna de las dos habría desentonado la *concurring opinion* del juez Scalia, que *mutatis mutandis* sonaría así: *«we are just one gender here. It is Neutral»*[5] (en el original: *«we are just one race here. It is American»*[6]; Supreme Court of the United States, 1995, *Adaran Constructors, Inc. v. Pena*).

La primera en orden de importancia, aunque sólo fuera por el impacto que puede tener sobre el Derecho de media Europa, es la sentencia *Kalanke* del TJCE.

Aunque el caso sea conocido, merece la pena resumirlo aquí. Según la ley de 20 de Noviembre de 1990 del *Land* de Bremen sobre igualdad entre hombres y mujeres en la función pública (*Landesgleichstellungsgesetz*: LGG), las mujeres con una cualificación igual a la de sus competidores de sexo masculino tienen una prioridad automática en caso de acceso, traslado de puesto, o promoción, siempre que las mujeres estén infrarrepresentadas en los diversos grados de la categoría de personal de que se trate, o en los niveles de funciones previstos en el organigrama. Según la LGG, hay infrarrepresentación cuando en dichos grados y niveles las mujeres no sean al menos la mitad de los empleados en activo. La cualificación se valora atendiendo exclusivamente a las exigencias del puesto (o de la profesión, o de la carrera) de que se trate. Sin embargo, las aptitudes específicas adquiridas

[5] «Aquí somos un único género. El neutro» (N. del T.)

[6] «Aquí somos una única raza. La americana» (N. del T.)

en la vida familiar, en la vida asociativa, y en el voluntariado, forman parte de la cualificación, cuando sean útiles para el ejercicio de la actividad considerada.

El señor Kalanke y la señora Glissmann concurrían para un puesto de jefe de departamento en el servicio de zonas verdes del Ayuntamiento de Bremen. La dirección del servicio había propuesto al candidato de sexo masculino, pero la comisión de conciliación, habiendo considerado iguales las cualificaciones de los dos candidatos, había dado en cambio la preferencia a la candidata de sexo femenino, en aplicación de las mencionadas disposiciones de la LGG. El señor Kalanke había impugnado la provisión de la plaza, siéndole sin embargo desestimado su recurso tanto en primera como en segunda instancia. El Bundesarbeitsgericht, juez de apelación, aun considerando que la ley en discusión era conforme con la Constitución y con las leyes federales, estimó dudosa la compatibilidad de la LGG con la directiva comunitaria 76/207, elevando una cuestión, en vía prejudicial, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Antes de abordar el comentario de la decisión del TJCE, conviene dedicar una breve reflexión a los puntos más destacados de la LGG; es decir: la prioridad asegurada a las mujeres y las condiciones a las que está subordinada esa prioridad, o sea, la paridad de cualificaciones y la infrarrepresentación.

La acción positiva a favor de las mujeres prevista por la LGG consiste en un trato desigual (en el lenguaje de los juristas estadounidenses, «preferential»), evidentemente orientado a un objetivo, desde siempre considerado el típico de la acción positiva: aumentar la presencia de un grupo infrarrepresentado en el seno de una determinada posición profesional (categoría o nivel de encuadramiento, o bien destino o función). En particular, el objetivo que se propone el legislador es el de realizar una distribución de puestos entre hombres y mujeres, correspondiendo el 50% de los puestos para cada uno de los dos sexos. Para realizar tal objetivo, la LGG no acude a la reserva de un porcentaje de puestos vacantes, es decir, a una «cuota rígida» a favor de las candidatas de sexo femenino, independientemente de su cualificación. La LGG establece en cambio una prioridad (o sea, un trato desigual/preferencial) cuya aplicación queda condicionada a dos requisitos, en concurrencia mutua: por un lado, la infrarrepresentación (presencia de mujeres, en los diversos grados del servicio en cuestión, inferior al 50%); por el otro, la cualificación profesional de las candidatas de sexo femenino pareja a la de los candidatos de sexo masculino.

Al regular así la acción positiva, la LGG parece haber atesorado la experiencia estadounidense, y las indicaciones derivadas de tal experiencia, que por lo demás han constituido la base sobre la que se ha construido en Europa la teoría y la práctica de las acciones positivas. En particular, el trato preferencial previsto por la LGG a favor de las mujeres trae a la memoria la acción positiva discutida en el célebre caso *Johnson*, decidido en 1987

por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, en la única sentencia en la que se ha ocupado de acciones positivas a favor de las mujeres[7].

La acción positiva discutida en el caso *Johnson* (un plan voluntariamente adoptado por una empresa pública) preveía la prioridad en las promociones (limitada al 6% de los puestos) a favor de las mujeres, como instrumento para llevar a cabo una *equitable representation* de las mujeres en el ámbito de puestos profesionales de los que ellas han estado tradicionalmente excluidas. En aquel caso, la mujer a la que se asignó el puesto estaba menos cualificada (73 puntos) que su competidor de sexo masculino (75 puntos). La mayoría (seis a tres del Tribunal de entonces) juzgó legítimo el plan de acción positiva, subrayando que, a pesar de la escasa incidencia numérica de la promoción de la mujer, el impacto de tal promoción era mayor en la medida en que estimulaba a otras mujeres a tomar en consideración la posibilidad de desempeñar un trabajo no tradicional. Según el Tribunal Supremo, por tanto, para realizar un objetivo de *equitable representation* de las mujeres, objetivo legítimo en cuanto que dirigido a remover los efectos de una anterior discriminación social y cultural, era también legítimo valerse de un trato preferencial (la prioridad en la asignación de un puesto prescindiendo de la mayor cualificación profesional) coherente con la realización del objetivo.

La sentencia *Johnson* ofrece dos indicaciones muy valiosas: la acción positiva tiene una función no exclusivamente *resarcitoria* de las víctimas actuales de la discriminación; la acción positiva consiste en un trato preferencial mediante el cual se persigue el objetivo de un efectivo reequilibrio y de una efectiva redistribución de las oportunidades entre los dos géneros. El trato preferencial, que había permitido la promoción de la señora Jones antes que la del señor Johnson, estaba precisamente orientado al objetivo de «romper el círculo vicioso creado por la exclusión de las mujeres de ciertos trabajos, que lleva a las mujeres a no buscar esos trabajos; lo cual, a su vez, aparentemente justifica el mantenimiento de su exclusión de dichos trabajos» (Rosenfeld, 1991, p. 200). La prioridad en la promoción era pues un instrumento indispensable para realizar ese objetivo.

1.1. La sentencia Kalanke

Haber acudido a la sentencia *Johnson* del Tribunal Supremo estadounidense nos permite abordar la lectura de la sentencia *Kalanke* del TJCE teniendo más claros los términos de las cuestiones en discusión.

---

[7] El Tribunal Supremo se ha ocupado en cambio más veces de acciones positivas a favor de minorías raciales: además de la reciente sentencia citada en el texto (Supreme Court of the United States (1995) *Adaran Constructors, Inc. v. Pena*), cabe recordar los precedentes que el Tribunal ha anulado en *Adaran: Fullilove v. Kluznick* (1980), y *Metro Broadcasting Inc. v. FCC* (1990). Una presentación de la sentencia *Johnson*, acompañada de los comentarios de Ballestrero, Treu y U. Scarpelli, está publicada en *LD*, 1988, nº 1, p. 53 ss. y nº 4, p. 615 ss.

Pero todavía me parece necesaria una observación preliminar: el contenido de la decisión del TJCE no resulta sorprendente, por las razones que enseguida diré. Ello no quita para que la sentencia sea desconcertante: el Tribunal de hecho ha censurado la ley del *Land* de Bremen con afirmaciones secas y drásticas; de tales afirmaciones (que constituyen el meollo de las extensas argumentaciones desplegadas por el Abogado General Tesauro) no se encuentra en la sentencia otra fundamentación que no sea la reformulación de un indemostrado prejuicio. Todos aprecian el estilo sucinto y eficaz del Tribunal de Justicia, y especialmente nosotros los italianos tenemos motivos para apreciarlo: lo que, sin embargo, yo personalmente no llego a apreciar es la ausencia de argumentación, especialmente cuando se trata de cuestiones novedosas y de gran importancia como la decidida en el caso Kalanke.

La decisión del TJCE se basa en las siguientes premisas (traduzco de la versión francesa, la única que dispongo cuando escribo esto):

(a) El art. 2, párrafo 4, de la Directiva 76/207 (según el cual el principio de no discriminación por razón de sexo no es obstáculo para la adopción de medidas tendentes a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular poniendo remedio a las desigualdades de hecho que perjudican las oportunidades de las mujeres) tiene el fin preciso y limitado de autorizar medidas que, aun siendo discriminatorias en apariencia, se dirijan directamente a eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pueden existir en la realidad social. El Tribunal invoca a este respecto la Recomendación 635/1984 CEE, en el «considerando» en el que el Consejo subraya la insuficiencia de las normas existentes en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres cuando no se emprendan paralelamente acciones positivas dirigidas a «contrapesar los efectos negativos» para las mujeres derivados de comportamientos y estructuras sociales.

(b) Dado que el art. 2.4 introduce una derogación del derecho individual sancionado por la directiva, tal disposición es de «interpretación estricta».

(c) La prioridad absoluta e incondicionada asegurada a las mujeres por la LGG va más allá de la promoción de la igualdad de oportunidades y sobrepasa los límites de la excepción prevista por el art. 2.4 de la Directiva.

(d) El sistema de prioridad establecido en la LGG, en la medida en que procura realizar una representación igual de hombres y mujeres en todos los grados y niveles de un servicio, sustituye la *promoción* de iguales oportunidades por el *resultado* al cual sólo la puesta en práctica de iguales oportunidades podría conducir.

1.2. Déjà vu y novedad en la sentencia Kalanke

Las afirmaciones *sub* (a) reiteran cosas ya ampliamente conocidas.

Las acciones positivas, legitimadas pero no expresamente previstas por la Directiva 76/207 (art. 2.4), e insertadas en los programas de acción comunitaria

entre las medidas a tomar para realizar la igualdad efectiva de oportunidades a favor de las mujeres, no están definidas tampoco en la Recomendación 635/1984, que sólo contiene un elenco de los objetivos a los que la acción positiva puede dirigirse, todos ellos tendentes a la supresión o al menos a la corrección de las desigualdades de hecho, así como a la promoción de la presencia y de la participación de las mujeres en todos los sectores y las profesiones y en todos los niveles de responsabilidad[8]. La acción positiva es calificada en el «considerando» de la Recomendación como instrumento de una política de igualdad de oportunidades; la Recomendación en cambio no dice, sino que intencionadamente omite, que la acción positiva consiste en un trato preferencial. Una cláusula análoga a la de la Directiva aparece en el art. 6, párrafo 3, del acuerdo sobre política social anexo al Tratado de Maastricht, que menciona sin embargo «ventajas específicas» dirigidas a facilitar la actividad profesional de las mujeres, o bien a «prevenir o compensar» las desventajas en la carrera[9].

El comentador puede, en este punto, limitarse a poner de manifiesto que, según el Derecho Comunitario, las acciones positivas son medidas tendentes a «promover» la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Pero qué sea lo que debe entenderse por igualdad de oportunidades, y cómo ésta pueda ser «promovida», no lo dicen las fuentes normativas comunitarias[10]; sólo dicen, y merece la pena subrayarlo, que la promoción de la presencia y de la participación de las mujeres en todos los sectores y profesiones y en todos los niveles de responsabilidad constituye un objetivo de la acción positiva.

Tampoco las afirmaciones *sub* (b) constituyen una novedad en la jurisprudencia del Tribunal, que en más ocasiones ha mostrado tener una rígida

---

[8] Según el Abogado General Tesauro, quien demuestra haber leído con atención Ballestrero, 1994a, llegando sin embargo a conclusiones opuestas, la fórmula empleada por la Recomendación no puede justificar la preferencia mecánica para las mujeres (cfr. §20 de las conclusiones). Sobre la noción de acción positiva en el Derecho Comunitario, cfr. Guaglianone, 1994.

[9] De nuevo según el Abogado General Tesauro (§21 de las conclusiones), la cláusula no justifica soluciones distintas de las formuladas a propósito de la Recomendación: Tesauro (§22) nos dice que es así, pero no nos explica por qué el objetivo de la efectiva igualdad de oportunidades, que considera propio tanto de la Recomendación como del acuerdo sobre política social, no puede justificar medidas que asignen una prioridad a las mujeres. Decir, como él dice, que estas medidas «no están en absoluto destinadas a eliminar los obstáculos que impiden a las mujeres alcanzar los mismos resultados en condiciones iguales», ni a suprimir una situación de desventaja, no es explicar o justificar: es afirmar una posición «contra corriente», que el Abogado General considera debida.

[10] Como es sabido, el TJCE atribuye también a las Recomendaciones un limitado valor normativo: según el Tribunal, «los jueces nacionales son instados a tomar en consideración las Recomendaciones a fin de solucionar las controversias sometidas a su juicio, en particular cuando sean de ayuda en la interpretación de normas nacionales adoptadas con el objetivo de garantizar su aplicación, o cuando intentan completar normas comunitarias de naturaleza vinculante» (TJCE, 13 de Diciembre de 1989, C-322/88, *Grimaldi*). Si el juez nacional debe tener en cuenta las recomendaciones, ¿no debería tenerlas en cuenta también el juez comunitario?

concepción formal de la igualdad, como principio de contenido esencialmente negativo, que impone hacer abstracción del sexo en cuanto elemento de diferenciación entre individuos que está prohibido. Un ejemplo preclaro de tal orientación es la criticadísima sentencia *Stoeckel*, C-345/89, sobre la prohibición del trabajo nocturno, en la que el Tribunal negó cualquier relevancia a los factores sociales y ambientales que diferencian las condiciones de las trabajadoras de las de los trabajadores.

Ya he dicho en otro lugar (cfr. Ballestrero, 1994a) que esta rígida concepción formal de la igualdad resulta contradictoria con la apertura que el mismo TJCE muestra en cambio en su rica e importante jurisprudencia sobre la discriminación indirecta. A diferencia de la discriminación directa, basada en el principio de igualdad en sentido formal entre individuos, la noción jurídica de discriminación indirecta hunde sus raíces en una concepción sustantiva de la igualdad, de contenido esencialmente positivo, y fundada sobre la atribución de relevancia precisamente a los mismos factores de diferenciación cuya relevancia se niega por la igualdad en sentido formal[11]. La discriminación indirecta tiene por objeto tratos formalmente neutrales, de los cuales se valora el impacto negativo (efectos discriminatorios) sobre un determinado grupo o sobre una determinada clase de personas[12]. La neutralidad (o lo que es lo mismo, la no consideración de factores diferenciadores) se traduce en un efecto de desigualdad fundado -por vía indirecta- sobre la pertenencia a dicho grupo o a dicha clase determinada.

Tomando un ejemplo clásico de discriminación indirecta, sacado de la sentencia nº 2 163/1993 del Tribunal Constitucional[13], la disposición que fija un límite de estatura «neutro» para el acceso a un determinado puesto de trabajo es indirectamente discriminatoria porque omite tener en cuenta el

[11] La distinción entre igualdad en sentido formal y sustantivo, que he ilustrado extensamente en Ballestrero, 1994a, es de nuevo propuesta, al pie de la letra, por Tesauro (conclusiones, § 16), quien sin embargo extrae de la distinción la conclusión de que el principio de igualdad sustantiva legitima únicamente las diferencias de trato que tienden a garantizar iguales oportunidades en los puntos de partida. Por lo demás, según Tesauro (y esto es el núcleo de su tesis), *«donner une égalité de chances ne peut signifier, selon nous, que mettre en situation d'obtenir une égalité de résultat, donc retablir les conditions d'une égalité des deux sexes au point de départ»* [«dar igualdad de oportunidades no puede significar, en nuestra opinión, más que poner en situación de obtener una igualdad de resultado, y por tanto restablecer las condiciones de una igualdad entre los dos sexos en el punto de partida»; N. del T.].

[12] Sobre la noción de discriminación indirecta, cfr. Barbera, 1994 (quien correctamente subraya el carácter colectivo, o de grupo, de esta categoría de discriminaciones).

[13] Tribunal Constitucional, 2-15 de Abril de 1993, nº 163, en *Gaceta Oficial, suplemento* nº 17, 21 de Abril de 1993. En la sentencia, que es la primera en materia de discriminación indirecta por razones de sexo, el Tribunal declaró la ilegitimidad constitucional del art. 4, apartado 2, de la ley nº 3/1980 de la Provincia Autónoma de Trento, en la parte en la que establece entre los requisitos de acceso a los puestos directivos del servicio contra incendios la posesión de una estatura mínima de 1,65 m., indistintamente para hombres y mujeres.

sexo de los candidatos: la estatura media de las candidatas de sexo femenino es de hecho inferior al límite neutro, y precisamente la neutralidad del límite es la fuente de ese efecto de desigualdad (en desventaja de las mujeres, en este caso) en que consiste la discriminación indirecta. Este ejemplo, en mi opinión, hace evidente que el terreno conceptual sobre el que se construye la noción de discriminación indirecta es el mismo que el terreno sobre el que se construye la noción de acción positiva: el terreno de la comparación entre las posiciones de los diversos grupos y del reparto igual de las oportunidades entre los diversos grupos[14].

Las novedades de la sentencia *Kalanke* se contienen en las afirmaciones *sub* (c) y (d), que deben examinarse juntas, en tanto que están estrechamente correlacionadas entre sí. El Tribunal censura la medida preferencial prevista por la LGG (la prioridad asegurada a las mujeres, que el propio Tribunal califica de «absoluta e incondicionada» cuando, como hemos visto, está condicionada por la igual paridad de cualificaciones profesionales y por tanto no es de ningún modo absoluta). La razón (afirmada pero no demostrada) de tal censura radica en esto: la medida preferencial va más allá de la promoción de la igualdad de oportunidades (único objetivo legítimo de las acciones positivas, según el art. 2.4 de la Directiva 76/207), sustituyendo la mera «promoción» de iguales oportunidades por el «resultado» (que llamaremos de igualación) que debería derivarse de la promoción, es decir, la igual representación de hombres y mujeres en todos los grados y niveles de un servicio.

Para el Tribunal, el nudo del problema no es por tanto, como podría parecer, el carácter rígido o flexible de la cuota (admitiendo que la prioridad fijada por la LGG sea definible técnicamente como cuota, lo cual me parece al menos dudoso). El nudo es el objetivo que tal prioridad directamente realiza, es decir, el reequilibrio de las proporciones entre hombres y mujeres en un determinado puesto profesional. Como afirma el Abogado General Tesauro en sus conclusiones (§24), plenamente acogidas por el Tribunal, *«une telle mesure tend à un simple rééquilibrage numérique entre hommes et femmes, sans procéder à la suppression des obstacles qui ont conduit à pareille situation. En d'autres termes, les obstacles ne sont pas éliminés,*

[14] Como he intentado explicar en otro lugar, es cierto que, según el Tribunal, «el haber previsto un requisito físico idéntico para uno y otro sexo [...] comporta la producción sistemática de los efectos concretos proporcionalmente más desventajosos para los candidatos de sexo femenino, precisamente por razón de su sexo», y ello constituye una violación del principio de igualdad en sentido formal. Sin embargo, decir que una regla indiferenciada por sexo no es conforme al principio de igualdad formal, porque no distingue un sexo del otro, no es lo mismo que decir que es legítimo tratar de modo distinto a personas que se encuentran en situaciones diversas; la diversidad es precisamente el sexo, y el sexo, según el art. 3, apartado 1, no es «jurídicamente relevante». Ghera, 1995, comparte plenamente la orientación del Tribunal.

mais ils constituent la cause qui légitimerait le traitement légal différencié selon le sexe»[15].

Procediendo por este camino, el Tribunal evita detenerse en los puntos críticos de la LGG, que eran sin embargo evidentes. El criterio previsto por la LGG para definir la infrarrepresentación de las mujeres es mecánico, no es un parámetro sobre situaciones determinadas, carece de correlación con la composición por sexos de la fuerza de trabajo en el contexto considerado: y esto hace ciertamente atacable a la ley. Es una lástima que el TJCE no se ocupe de ello, porque la ocasión era buena para profundizar en la discusión sobre los modos de cuantificación de la infrarrepresentación, desde siempre uno de los nudos difíciles de desatar, especialmente en los juicios sobre las discriminaciones indirectas.

Como he dicho, la fundamentación de la sentencia es muy lacónica, y explica poco o nada. Se comprende enseguida, sin embargo, que la insistencia del TJCE en la sola «promoción» de iguales oportunidades sirve para circunscribir la noción de acción positiva del Derecho Comunitario en un ámbito restringido y de «small dent»[16]. Pero, ¿qué significa «promover iguales oportunidades», y por qué un objetivo consistente en la *equitable representation* de hombres y mujeres en determinados puestos profesionales no es, para el Tribunal, un objetivo legítimo de la acción positiva?

Las preguntas recién formuladas replantean el viejo interrogante: ¿»igualdad de oportunidades» significa igualdad únicamente en los puntos de partida o también paridad en los puntos de llegada?[17]

Una vez más, creo que debo reiterar argumentos ya ampliamente desarrollados en otro lugar[18], para sostener que la igualdad en los puntos de partida no agota el significado de la expresión «igualdad de oportunidades».

Igualdad de oportunidades significa, entre otras cosas, también la posibilidad para los miembros de un grupo desaventajado (el género femenino, en este caso) de competir con armas parejas con quienes pertenecen a un grupo aventajado. Dar «oportunidades» iguales significa entonces, y sobre todo, poner a quienes pertenecen a un grupo desaventajado en condiciones de obtener un resultado igual. El primer significado de igualdad de oportunidades es por tanto el restablecimiento de condiciones de paridad en los puntos de partida entre los pertenecientes a los dos sexos. La (sola) paridad en los puntos de partida, sin embargo, no garantiza por sí iguales resultados.

Si, por seguir con el caso que nos interesa, se nos detiene en la igualdad de oportunidades en los puntos de partida, el resultado podrá ser todavía desigual:

---

[15] «Una medida así tiende a un simple reequilibrio numérico entre hombres y mujeres, sin proceder a la remoción de los obstáculos que han conducido a tal situación. En otras palabras, los obstáculos no son eliminados, sino que constituyen la causa que legitimaría el tratamiento legal diferenciado según el sexo» (N. del T.).

[16] Expresión utilizada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en la sentencia *Johnson* [«escasa mordiente». (N. del T.)].

[17] Sobre esto, cfr. Barbera, 1994, esp. p. 50 ss.

[18] Ballestrero, 1994a.

las mujeres desaventajadas en origen podrán permanecer todavía excluidas. Por lo demás, la idea que inspira a los defensores de la noción «procedimental» de la igualdad de oportunidades es precisamente ésta: una vez que los pertenecientes a un grupo desaventajado se hayan puesto en condiciones de concurrir con iguales armas, vencerán «los mejores». Vale. Pero, ¿cómo impedir que los mejores continúen siendo en una aplastante mayoría de casos precisamente quienes pertenecen al grupo originariamente aventajado, o sea, los hombres, y que por tanto se perpetúe la infrarrepresentación de las mujeres en esa determinada posición profesional?

Un modo es el implícitamente utilizado por el TJCE: negar que el problema exista, excluyendo que, una vez promovidas las iguales oportunidades en los puntos de partida, pueda tener relevancia la cuestión de la infrarrepresentación de un grupo respecto de otro. Más allá de los puntos de partida, la comparación vuelve a referirse a los individuos, que pierden toda conexión con el grupo al que pertenecían en la fase interesada por la promoción de iguales oportunidades.

Pero si, como piensa la mayoría de los estudiosos de acciones positivas, el objetivo de la acción positiva es precisamente la realización de la *equitable representation* del sexo desaventajado; si, como sugiere la misma Recomendación CEE 653/1984, la infrarrepresentación constituye un problema, para cuya solución hay que recurrir a acciones positivas... entonces las iguales oportunidades a las que tienden las acciones positivas deben tener un significado que vaya más allá de las garantías de tipo meramente procedimental: la igualación en los resultados no será extraña a la noción de igualdad de oportunidades.

No hay duda, por lo demás, de que la «realización» de iguales oportunidades entre hombres y mujeres consiste siempre y en todo caso, en cualquier fase del recorrido y no sólo en la inicial, en la eliminación de las consecuencias desfavorables (las desigualdades) que derivan de la existencia de diferencias sociales y culturales entre los dos sexos. Las medidas jurídicamente «desiguales» dirigidas a «realizar» las iguales oportunidades pueden (aunque no deben) comportar la preconstitución de resultados de igualación no alcanzables de otro modo.

Creo que la cuestión de si la formulación del art. 2.4 de la Directiva 76/207 («medidas dirigidas a promover iguales oportunidades») debe o no ser entendida como preclusiva de medidas tendentes a «realizar» iguales oportunidades, resulta carente de sentido, a poco que se reflexione sobre el significado de las palabras. Parece en efecto francamente grotesco imaginar siquiera que la Unión Europea haya gastado tantas energías en el frente de la igualdad entre hombres y mujeres para llegar a la conclusión de que las iguales oportunidades *pueden* ser promovidas, pero que la igualdad no *debe* ser realizada.

En conclusión, me parece que, sometiendo a discusión la legitimidad del objetivo de la acción positiva, la sentencia *Kalanke* proporciona una noción

de acción positiva lo suficientemente modesta como para tranquilizar a todos aquellos que hoy invocan la igualdad para esconder la aprensión con que contemplan las medidas a favor de las mujeres y, peor aún, de las minorías raciales.

2. El objeto o ámbito de la acción positiva: la exclusión de los derechos fundamentales

No menos reduccionista que la proporcionada por el TJCE es la noción de acción positiva que emerge de la reciente sentencia (nº 422/1995) del Tribunal Constitucional italiano, que ha declarado la ilegitimidad de todas las disposiciones legislativas que aseguraban a los candidatos de cada sexo al menos un tercio de las candidaturas en las listas electorales, en el ámbito de un juicio que versaba sobre la ley nº 81/1993, art. 5, apartado 1 (modalidad de elección del alcalde y del consejo municipal en los municipios con población de hasta 15.000 habitantes).

Vale la pena recordar que el juicio de constitucionalidad se refería a la citada disposición en su formulación originaria: «en las listas de los candidatos, ninguno de los sexos podrá estar representado *por norma* [*di norma*] en medida superior a dos tercios». Puesto que en la jurisprudencia se había abierto camino la idea de que la locución «por norma» asignara carácter sólo programático a la disposición antedicha, el legislador había intervenido de nuevo (ley nº 415/1993, art. 2), modificando la disposición de la manera siguiente: «en las listas de los candidatos, ninguno de los dos sexos puede estar representado en medida superior a los tres cuartos de los concejales asignados». La reserva quedaba fijada en la medida de los 2/3 para los municipios con población superior a 15.000 habitantes. Desaparecía, por lo tanto, la locución «por norma», pero el sentido de la nueva formulación no cambiaba: ya la ley nº 81/1993 preveía de hecho que las listas deben contener un número de candidatos no superior al número de los concejales a elegir y no inferior a los 3/4 (o a los 2/3 en los municipios más grandes) de los concejales a elegir.

El Tribunal Constitucional ha invalidado el art. 5, apartado 1, de la ley nº 81/1993 en la primera formulación; de la invalidación de esta disposición ha derivado la invalidación de todas las disposiciones legislativas que preveían reservas de candidatos en razón de su sexo[19].

La argumentación del Tribunal puede dividirse en dos partes, cada una de las cuales merece un comentario: la parte relativa al objetivo de la acción positiva; y la relativa al objeto o ámbito de la acción positiva. En la primera

[19] Se trata de: la ley nº 81/1993, art. 7, apartado 1, último inciso; la ley nº 415/1993; la ley nº 277/1993, art. 1; la ley nº 43/1995, art. 1, apartado 6; las leyes regionales del Trentino-Alto Adigio nº 3/1994, arts. 18, 19 y 20; Friuli-Venezia Giulia nº 14/1995, art. 6, apartado 1; Valle de Aosta nº 4/1995, art. 32, apartados 3 y 4.

volvemos a encontrar la tesis que ya hemos discutido al comentar la sentencia del TJCE; en la segunda encontramos, por el contrario, tesis inéditas que merecen por ello una reflexión un poco más en profundidad que la mera reacción negativa que inspiran «en caliente».

Entre las acciones positivas -afirma en su motivación el Tribunal- «deben comprenderse aquellas medidas que, en varias formas, ha adoptado el legislador para promover la consecución de una situación de igualdad de oportunidades entre los sexos [...]». Estas medidas, prosigue, han sido enjuiciadas favorablemente por el Tribunal cuando estaban «dirigidas a promover la igualdad en los puntos de partida y a producir una igual dignidad social».

Hasta aquí todo *déjà vu*. Lo nuevo llega inmediatamente después, allí donde el Tribunal afirma que tales medidas intencionadamente desiguales, «pueden ciertamente adoptarse (...) para compensar y remover desigualdades materiales entre los individuos (como presupuesto del pleno ejercicio de los derechos fundamentales)», pero «no pueden por el contrario incidir directamente en el contenido propio de esos mismos derechos, rigurosamente garantizados en igual medida a todos los ciudadanos en cuanto tales».

En particular, afirma el Tribunal, para el derecho de sufragio pasivo rige la regla inderogable de la absoluta paridad sancionada por el art. 5 1, apartado 1, «de manera que toda diferenciación por razón de sexo no puede no parecer objetivamente discriminatoria, al disminuir para algunos ciudadanos el contenido concreto de un derecho fundamental en favor de otros, pertenecientes a un grupo que se considera desaventajado».

En este caso, el grupo de hecho desaventajado son las mujeres: de hecho -afirma el Tribunal- «la disposición [...] si bien formulada de modo por así decir «neutro» [...] ha sido propuesta y votada con la declarada finalidad de asegurar a las mujeres una reserva de puestos en las listas de los candidatos, con el fin de favorecer las condiciones para un reequilibrio de la representación de los sexos en las asambleas municipales. Según la intención del legislador, por lo tanto, la norma tendía a configurar una suerte de acción positiva dirigida a favorecer la consecución de una paridad no sólo formal, sino también sustancial, entre los dos sexos en el acceso a los cargos públicos electivos».

Eso por lo que se refiere al objeto o ámbito de la acción positiva. El Tribunal, sin embargo, no se ha limitado a decir que en materia de derechos fundamentales no hay espacio para acciones positivas en favor de grupos desaventajados; ha aprovechado, por el contrario, la ocasión para decir también lo suyo sobre el objetivo de la acción positiva. De hecho, ha afirmado que un tratamiento desigual/preferencial como el consistente en la reserva de una cuota de candidaturas no se propone remover los obstáculos que impiden a las mujeres alcanzar determinados resultados, sino que atribuye directamente esos resultados. Una tal medida, según el Tribunal (que se apoya

en la opinión de «parte de la doctrina»[20]), «no es del todo coherente con las finalidades indicadas en el segundo apartado del art. 3 de la Constitución».

El razonamiento del Tribunal Constitucional, un poco más articulado que el del TJCE, vuelve a plantear los argumentos que ya hemos discutido al comentar la sentencia *Kalanke* (el tratamiento preferencial no «promueve» la igualdad en los puntos de partida, sino que establece directamente un resultado de igualación). La antedicha no conformidad de tal tratamiento con lo dispuesto en el art. 3, apartado 2, de la Constitución merece sin embargo una consideración especial por parte de un comentador italiano.

No volveré a discutir aquí acerca de la relación entre el primer y el segundo apartado del art. 3, porque ya lo he hecho antes demasiadas veces[21]. Pero creo que puedo citar al menos las palabras del propio Tribunal, según las cuales el art. 3 apartado 2 contiene *un* principio *autónomo* de igualdad «sustancial» entre todos los ciudadanos en la vida social, económica y política[22], que «expresa un criterio interpretativo que se refleja en la amplitud y en la eficacia a dar al principio de igualdad «normal», en el sentido de que define la garantía en relación con los resultados efectivos producidos»[23]. Así, todavía al intervenir sobre la ley nº 215/1992 (acciones positivas para el empresariado femenino), el Tribunal Constitucional (sentencia nº 109/1993)[24] ha afirmado que las acciones positivas «tienden a adelantar el umbral de partida para las categorías singulares de personas socialmente desaventajadas [...] con el fin de asegurar a tales categorías un estatuto efectivo de igualdad de oportunidades de inserción social, económica y política».

A mi juicio, el caso que estamos examinando ni siquiera hubiera merecido tomarse el trabajo de discutir sobre los objetivos legítimos de la acción positiva. La regla que reserva a los candidatos de cada sexo una cuota mínima

---

[20] El Tribunal cita, sin entrecomillar, una frase de Borgogelli, 1992, p. 83; sacada la frase del contexto, el sentido resulta en buena medida alterado.

[21] La última vez en Ballestrero, 1994a, con referencias bibliográficas; me remito a este escrito también para las reflexiones críticas sobre la sentencia nº 163/1993 del Tribunal Constitucional. Para distinguir la igualdad jurídica de la igualdad de hecho, y para volver a situar la distinción en el contexto de las ideologías que la sustentan, puede ser útil leer a Bobbio, en el pequeño volumen que vuelve a publicar dos voces de la Enciclopedia del siglo XX dedicadas a Igualdad y Libertad (Bobbio, 1995).

[22] Son palabras del Tribunal Constitucional, en la sentencia 2-15 de abril de 1993, nº 163, en *Gaceta Oficial, suplemento*, nº 17, 21 de abril de 1993.

[23] Así se expresaba todavía el Tribunal Constitucional en la sentencia nº 163/1993.

[24] En *Gaceta Oficial, suplemento*, nº 14, 31 de marzo de 1993. La sentencia ha declarado la ilegitimidad constitucional del art. 6, apartado 2, de la ley nº2 215/1992 (acciones positivas para el empresariado femenino), en la parte en la que no prevé un mecanismo de cooperación entre el Estado, las regiones y las provincias autónomas en relación con el ejercicio del poder del Ministro de Industria relativo a la concesión de facilidades a las empresas dirigidas por mujeres o con una destacada participación femenina, en la medida en que estas últimas operen en el ámbito de sectores cuya competencia esté atribuida a las regiones y a las provincias autónomas.

de 1/4 o de 1/3 en las listas electorales no garantiza a ninguno de los dos sexos una cuota de los puestos en liza; los pone sólo en condiciones de participar en la competición electoral, recuperando una desventaja en los puntos de partida. Garantizar el acceso a las listas electorales no significa más que «promover» iguales oportunidades de acceso a los cargos electivos.

Pero incluso si no fuera así, esto es, si la regla no fuera meramente instrumental, sino *result-oriented*, ¿por qué no debería ser conforme con el art. 3, apartado 2? ¿Por qué «adelantar el umbral de partida» de un grupo desaventajado no debe querer decir también intervenir con medidas de igualación efectiva? Ya he subrayado la ilogicidad de tal conclusión al discutir la sentencia Kalanke del TJCE; no me parece que nuestro Tribunal haya sabido añadir argumentos suficientes como para demostrar lo contrario.

Las argumentaciones dedicadas por el Tribunal Constitucional al objetivo de la acción positiva (promover iguales oportunidades) pueden ser consideradas incidentales (o accidentales). La sentencia tiene un objeto principal, a saber, la compatibilidad de la cuota de candidaturas reservadas a las mujeres (que, de hecho, están subrepresentadas en las asambleas electivas, porque, de hecho, también están infrarrepresentadas en las listas) con el principio del art. 51, apartado 1, de la Constitución, según el cual «todos los ciudadanos de uno u otro sexo pueden acceder [...] a los cargos electivos en condiciones de igualdad, según los requisitos establecidos por la ley».

Hay una consideración preliminar que afecta precisamente a la invocación del art. 51. El Tribunal liga el derecho a ser elegido al derecho a ser candidato, definiendo la «capacidad para ser candidato» como «condición previa y necesaria para poder ser elegido, para disfrutar por tanto en concreto del derecho de sufragio pasivo». Ligada así la elegibilidad con la capacidad para ser candidato, el Tribunal extiende a la segunda la misma regla inderogable de absoluta igualdad entre los sexos que el art. 51 refiere a la primera. Un primer nudo de la cuestión radica por tanto en esto: si la «capacidad para ser candidato» constituye un momento del ejercicio del derecho de sufragio pasivo, o si, por el contrario, es la *candidatura*, en cuanto cosa distinta de la «capacidad para ser candidato», lo que constituye un momento del ejercicio del derecho de sufragio pasivo. A mí me parece que la «capacidad para ser candidato», en cuanto denota la posibilidad de *acceder a la candidatura*, puede ser considerada como un presupuesto de hecho para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. La intención del legislador era precisamente la de poner a las mujeres en condiciones de gozar plenamente del derecho de elección pasiva, removiendo (a través de la cuota de candidaturas femeninas) los obstáculos que, de hecho, impiden a las mujeres gozar de ese derecho: la dificultad de ver acogidas y apoyadas sus candidaturas. Y la intención, vista la situación, no era irrazonable.

Hay aún una consideración preliminar que hacer sobre la mención expresa a la igualdad entre los dos sexos en el acceso a los cargos electivos, a la que el Tribunal asigna justamente importancia. La formulación del art. 51, apartado 1, tiene, de hecho, como razón histórica la discriminación sufrida en el pasado por las mujeres, excluidas del derecho de voto político hasta 1945. Por lo tanto, durante mucho tiempo y hasta una fecha recientísima, nuestro país no había aceptado la idea de que los titulares de los derechos políticos lo fueran las personas sin distinción de sexo: si sólo los hombres eran titulares de los derechos políticos, el sexo tenía una importancia decisiva[25]. Los efectos de esa discriminación histórica perduran: la efectiva participación de las mujeres en la organización política del país sigue siendo escasa, y prueba evidente de ello es el número ridículamente bajo de mujeres que se sientan en las asambleas electivas (por no decir nada de la prácticamente total ausencia de mujeres en las instituciones de mayor prestigio y peso político).

La discriminación histórica por razones de sexo, que explica la formulación del art. 51, apartado 1, se ha traducido ahora en un rígido principio de igualdad formal, que impone hacer abstracción de las características diferenciales, negando al tiempo legitimidad a la consideración de algunos elementos que diferencian a los individuos, como precisamente el sexo. Como diría el juez Scalia, de cara a las elecciones aquí somos de un sólo sexo: ¡el neutro!

El argumento que lleva al Tribunal hacia esta solución se resume completamente en las dos frases que he recogido anteriormente: las acciones positivas no pueden incidir directamente en el contenido de los derechos rigurosamente garantizados en igual medida a todos los ciudadanos en cuanto tales; donde se trate de derechos fundamentales, toda diferenciación en razón del sexo hace que disminuya para algunos ciudadanos, en favor de otros, el contenido concreto de un derecho fundamental.

El punto crucial es, por tanto, la distinción entre derechos fundamentales y otros derechos, que el Tribunal enuncia como un dogma que no admite discusiones.

Pero ¿podemos, respetuosamente, recordar al Tribunal que, en nuestro ordenamiento basado en el principio de igualdad entre los sexos todos los derechos que no estén ligados a una diversidad biológica entre los sexos, de manera que los vuelva necesariamente «sexuados», están garantizados «rigurosamente» por la Constitución a los ciudadanos sin distinción de sexo? ¿Y podemos, respetuosamente, recordar al Tribunal que el carácter «igual» de los derechos no ha impedido al propio Tribunal elaborar una concepción

[25] La observación me ha sido sugerida por el juez Ginsburg (*dissenting opinion en Adaran Constructors*, cit.), quien señala, a propósito de la afirmación del juez Scalia («we are just one race here. It is American»), que durante mucho tiempo, en América, la idea de que «we are just one race was not embraced».

del principio de igualdad formal en base a la cual es ilegítimo tratar de manera «desigual» (menos favorable) a individuos que están en situaciones análogas, pero que es al mismo tiempo legítimo tratar de manera distinta a personas que están en situaciones distintas y que, por tanto, es ilegítimo tratarlos de manera igual? ¿Y podemos, de nuevo respetuosamente, recordar al Tribunal que (palabras suyas) *un* principio *autónomo* de igualdad sustancial se refleja en la amplitud y eficacia a dar al principio de igualdad «formal», y que las medidas desiguales, que atribuyen ventajas a grupos socialmente desaventajados, son legítimas en cuanto tiendan a «asegurar a las mismas categorías un estatuto efectivo de igual oportunidad de inserción social, económica y política»? ¿Y podemos en fin, y siempre respetuosamente, hacer presente al Tribunal que la remoción de las desigualdades sustanciales que hacen desaventajado a un grupo no disminuye el contenido del derecho de los miembros del grupo aventajado sino que, por el contrario, disminuye la condición sustancial de ventaja que permite sólo a los pertenecientes al grupo precisamente aventajado gozar plenamente de dicho derecho?

Pero, dice el Tribunal, aquí no se trata de desigualdades materiales, se trata de derechos individuales fundamentales: si garantizamos a candidatos de sexo femenino un tercio (o un cuarto) de las candidaturas, quitamos a un tercio (o un cuarto) de potenciales candidatos de sexo masculino el derecho de presentarse y, por ello, los discriminamos.

Probemos a poner un ejemplo, para comprender cuál es el resultado de la distinción propuesta por el Tribunal entre derechos fundamentales (que no toleran una derogación de la igualdad en sentido formal) y otros derechos, que pueden tolerar tal derogación. Tomemos el derecho al trabajo que ciertamente es un derecho fundamental y que está garantizado por la Constitución a todos los ciudadanos. Siguiendo el razonamiento del Tribunal, una medida incluso legislativa que incentive la contratación de mujeres es legítima: la medida es desigual, pero la situación de hecho es distinta, y la medida remueve los obstáculos que de hecho impiden a las mujeres el pleno disfrute del derecho al trabajo. Pero si, existiendo un incentivo a utilizar, el empresario admite a una mujer en lugar de a un hombre, éste puede sostener que ha sido discriminado por razones de sexo, porque ha sido violado su derecho, fundamental e igual, al trabajo.

El resultado, como se ve, es destructivo, si no de la idea misma de acción positiva, al menos de la posibilidad concreta de dar a las acciones positivas un contenido en términos de efectiva igualación entre hombres y mujeres.

Volvamos a la cuestión de la que nos estamos ocupando aquí. La clave del argumento utilizado por el Tribunal está, evidentemente, en el rechazo a considerar -al menos, cuando se trata de derechos fundamentales- la comparación entre mujeres y hombres como comparación entre miembros de dos grupos distintos. Si la comparación debe tener lugar entre individuos

neutros, la ventaja atribuida a uno en razón de su sexo discrimina al otro por razones precisamente de sexo: en el caso que nos interesa, el Tribunal considera a todos los candidatos «personas» sin sexo, y el sexo de los candidatos un accidente que no puede ni debe tener relevancia.

En la base de ello está, parece de nuevo evidente, el rechazo a tomar en consideración la subrepresentación de las mujeres en las asambleas electivas (y, anteriormente, en las candidaturas), en cuanto incompatible del todo con la idea de que las asambleas electivas (y, anteriormente, las listas electorales) están compuestas por personas neutras, puesto que la representación política no tiene, ni debe tener, sexo. El Tribunal no llega ni siquiera a rozar la idea de que en una sociedad compuesta al menos por mitad de mujeres una asamblea electiva de la que las mujeres están prácticamente ausentes puede reflejar en forma distorsionada las exigencias, las necesidades, las demandas, las preferencias de las mujeres, y refleja por el contrario de manera clara y distinta el estado de una sociedad todavía fuertemente afectada por la discriminación hacia las mujeres.

En el fondo, la cuestión es precisamente ésta: según la Constitución ¿los derechos políticos son derechos del *citoyen* individuo neutro o, por el contrario, la Constitución deja espacio para la consideración (también) de la pertenencia de los individuos a un grupo de hecho desaventajado precisamente en el terreno del pleno disfrute de los derechos políticos por parte de sus miembros?

Si nos decantamos por la segunda opción, como a mí me parece que debe ser, un trato preferencial que tienda hacia la *equitable representation* del grupo desaventajado no puede ser considerado, por principio, ilegítimo. En otros términos, se puede discutir si las cuotas de reserva en las candidaturas son una medida coherente con la realización del objetivo; pero no se puede discutir sobre la legitimidad del objetivo mismo.

En un breve ensayo publicado recientemente[26], puede leerse un fuerte llamamiento en favor de la doctrina liberal, que quiere al ciudadano neutro, porque lo quiere libre también de los vínculos que lo ligan a la propia comunidad a la que pertenece. Me parece sin más obvio que esta libertad debe estar garantizada[27]; pero tengo la impresión de que no tiene mucho que ver con la cuestión del aseguramiento a las mujeres de una cuota mínima de acceso a las candidaturas para las elecciones políticas y administrativas. El ensayo se concluye con algunas consideraciones sobre «otros bienes»: será casualidad, pero cada vez que las mujeres se ven atribuidas una ventaja se alza un coro de voces que pide la remoción de esa ventaja, en nombre del «otro bien» del que las mujeres tendrían necesidad.

(Trad. de Manuel Atienza y Juan A. Pérez Lledó)

---

[26] Brunelli, 1995.

[27] He explicado las razones de mi postura en la parte final de mi ponencia en el Congreso de Gubbio (Ballestrero, 1994).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ballestrero, M.V. (1994a), «Le azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale», en Ballestrero y Treu (edición de), *Legge 10 aprile 1991, n. 125, Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro, Commentario sistematico*, en NLCC, p. 11 y ss.

Ballestrero, M.V. (1994b), «Lavoro subordinato e discriminazione fondata sulla cittadinanza», en *DLRI*, n. 63, p. 481 y ss.

Barbera, M. (1994), «La nozione di discriminazione», en Ballestrero y Treu (edición de), *Legge 10 aprile 1991, n. 125, Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro, Commentario sistematico*, cit, p. 46 y ss.

Bobbio, N. (1995), *Eguaglianza e libertà*, Torino: Einaudi.

Borgogelli, F. (1992), «La tipologia delle azioni positive», en Gaeta y Zoppoli (edición de), *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive, Commentario sistematico alla legge 10 aprile 1991*, n. 125, Torino: Giappichelli, p. 80 y ss.

Brunelli, G. (1995), «Azioni positive in materia elettorale?», en *RP*, n. 4, p. 243 y ss.

De Simone (l 994), «Ancora su diritto diseguale ed eguaglianza sostanziale», en Ballestrero y Treu (edición de), *Legge 10 aprile 1991, n. 125, Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro, Commentario sistematico*, cit., p. 21 y ss.

Ghera, E. (1995), «Azioni positive e pari opportunità», en *DLRI*, n. 65, p. 21 y ss.

Guaglianone, L. (1994), «Le azioni positive: modelli e tipologie», en Ballestrero e Treu (edición de), *Legge 10 aprile 1991, n. 125, Azioni poisitive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro, Commentario sistematico*, cit., p. 28 y ss.

Rosenfeld, M. (1991), *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven and London: Yale University Press.

Santucci, R. y Zoppoli, L. (1992), «Finalità della legge e questioni di costituzionalità», en Gaeta y Zoppoli (edición de), *Il diritto diseguale. La legge mille azioni positive, Commentario sistematico alla legge 10 aprile 1991*, n. 125, Torino: Giappichelli, p. 11 y ss.

UN COMENTARIO AL CASO KALANKE

1. Una decisión controvertida

Para quien piense que la bondad de una decisión judicial está en función del mayor o menor grado de aceptación que suscite en la comunidad jurídica y, en general, en la opinión pública, la reciente sentencia del Tribunal de Luxemburgo (en octubre de 1995), a propósito del denominado «caso Kalanke», ha de constituir, sin duda, un ejemplo de decisión equivocada. A decir verdad, el abogado general -Giuseppe Tesauro-, al proponer al tribunal que adoptara la decisión que, en efecto, este último tomó, era plenamente consciente de que «las consideraciones expuestas (...) y la conclusión a que hemos llegado no cuadran con muchas tomas de posición de numerosas instancias» (entre otras, una reciente del parlamento europeo), pero consideraba que era un «deber» -suyo y del tribunal- «resistir a la tentación de seguir la corriente dominante» [puntos 26 y 27].

Es, por ello, prácticamente seguro (digamos que en aplicación de la ley de transitividad) que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sus quince miembros varones, contaron con la posibilidad de que su decisión no iba a ser bien acogida por numerosos círculos de opinión en los diferentes Estados miembros. Pero es bien probable que no previeran del todo la intensidad de esa reacción negativa: por ejemplo, que no esperaran que uno de los efectos de su sentencia fuera que se pusiera en duda la «legitimidad política» del tribunal (como hizo la ministra española Alberdi en declaraciones a la prensa al día siguiente de conocerse la resolución); que el Parlamento europeo celebrara un debate sobre esa sentencia, con el resultado de que la mayoría de los parlamentarios se inclinó «en contra de la decisión del tribunal y en favor de las acciones positivas» [*El País*, 26-10-1995]; o que la decisión fuese recibida como una agresión incluso por parte del feminismo moderado: así, por ejemplo, 23 senadoras socialistas, en cabezadas por Victoria Camps, firmaron un artículo en el que afirmaban que esa sentencia era uno de los «despropósitos» que «refuerzan la impresión de

que los derechos de la mujer son papel mojado y estamos aún lejos de la igualdad» [El País, 26-10-1995].

En todo caso, y prescindiendo de las mayores o menores dotes adivinatorias de los miembros del tribunal, quien se propone analizar el caso con las menores dosis de pasión posible tiende a pensar -o, al menos, ése es mi caso- que tanto el abogado general como los jueces europeos debieron tener muy buenas razones para actuar como lo hicieron. Para comprobar hasta qué punto resulta o no confirmada esa presunción, conviene empezar por un breve resumen del caso en cuestión.

2. El caso Kalanke

En julio de 1990, la ciudad de Bremen convoca una plaza de jefe de departamento del servicio de espacios verdes. Concurren, entre otros, el señor Kalanke y la señora Glissmann, quienes trabajaban ya en ese departamento (el uno desde 1973 y la otra desde 1975), ambos en calidad de técnicos clasificados con el grado III, de acuerdo con el correspondiente convenio colectivo. Aunque la dirección del servicio propone al señor Kalanke, quien termina por obtener el puesto, después de diversas vicisitudes (el comité de personal se opone a la propuesta en favor de Kalanke y hay un intento de arbitraje que termina con una recomendación en favor de éste último; esa recomendación no es aceptada por el comité de personal, el cual eleva consulta a la comisión de conciliación que se pronuncia en favor de la candidata femenina), es la señora Glismann, en base a una ley del Estado de Bremen que establece que cuando existen dos candidatos con «igual calificación» para acceder a un puesto vacante y las mujeres están subrepresentadas en ese sector (no representan al menos la mitad de los efectivos), debe darse prioridad a la mujer.

El señor Kalanke recurre esta decisión ante los tribunales alemanes, alegando que no se ha tenido en cuenta la superioridad de su calificación profesional y que la ley de Bremen va en contra de normas de superior jerarquía (entre otras, la propia Constitución alemana que, naturalmente, recoge el principio de igualdad de trato). El recurso es rechazado y el caso llega hasta el Tribunal de Trabajo Federal que estima que el régimen de cuotas previsto en aquella ley es conforme con las normas nacionales alemanas -cuya violación alegaba el recurrente-, pero plantea una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, para que éste decida sobre si la regulación en cuestión contradice o no el art. 2, apartado 4, de una determinada directiva comunitaria de 1976 (76/207 CEE del Consejo, de 9 de febrero). Ese artículo 2 comienza, en su primer apartado, por establecer que «el principio de igualdad de trato (...) implica la ausencia de toda discriminación basada en el sexo, ya sea directamente, ya indirectamente por referencia, especialmente, al estado matrimonial o familiar»; pero, en su apartado 4, permite a los Estados miembros adoptar y/o

mantener en vigor las «medidas dirigidas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular, remediando las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en los aspectos contemplados en el articulo primero [acceso al empleo, incluida la promoción, formación profesional, condiciones de trabajo, etc.]».

El abogado general, en su pormenorizado escrito de conclusiones, propone -como antes recordaba- al tribunal que decida la cuestión que se le plantea en el sentido de considerar que la reglamentación nacional a examen es, en efecto, contraria a la directiva de la Comunidad. El tribunal lo hace así, y en su fallo establece que la Directiva «se opone a una reglamentación nacional que, como en este caso, acuerda automáticamente, a iguales calificaciones entre candidatos de diferente sexo considerados en vista de una promoción, una prioridad a los candidatos femeninos en los sectores en que las mujeres están subrepresentadas».

3. La posición del abogado general y su fundamentación

La argumentación del abogado general para justificar la conclusión que se acaba de señalar es notablemente compleja, extensa (baste con decir que transcurre a lo largo nada menos que de 28 puntos no siempre breves) y quizás también un poco oscura y elusiva en algún extremo. No resulta por ello nada fácil de sintetizar, pero me parece que lo esencial de la misma se contiene en los siguientes pasos:

(1) El punto de partida, la cuestión a discutir -como se ha dicho-, estriba en si el referido artículo de la ley de Bremen es o no contrario al art. 2, apart. 4, de la directiva comunitaria [punto 12]

(2) Para resolver esa cuestión, surgen tres líneas de argumentación relativamente independientes.

(2.A)

(2.A.1) Contestar en uno u otro sentido a esa pregunta depende de cómo se interprete la expresión «igualdad de oportunidades», utilizada por la directiva como criterio para determinar el ámbito de las medidas positivas en favor de la mujer que los Estados miembros podrían lícitamente adoptar.

(2.A.2) En principio, esa noción podría entenderse bien en el sentido de «igualdad en los puntos de partida» o bien como «igualdad en los puntos de llegada» (o igualdad en cuanto al resultado) [punto 13]

(2.A.3) Pero sólo la primera interpretación resulta aceptable (es decir, «igualdad de oportunidades» ha de entenderse *exclusivamente* como «igualdad en los puntos de partida»), por las siguientes razones:

(2.A.3.1) El art. 2, aptdo. 4, es una excepción al principio de igualdad de trato (establecida en el aptdo. 1 del mismo artículo) y, puesto que se trata de «una derogación de un derecho individual», ha de interpretarse restrictivamente [punto 23].

(2.A.3.2) Esta interpretación restrictiva es la que se recoge también en una anterior decisión del tribunal (de octubre de 1988) en la que se señala que ese artículo de la directiva sólo autoriza tratos que sean «aparentemente discriminatorios» y estén «destinados concretamente a eliminar los obstáculos de hecho que impiden la realización de la igualdad de oportunidades para las mujeres» [punto 15].

(2.A.3.3) El art. 2, aptdo. 4, de la directiva establece un trato preferencial en favor de las mujeres que resulta incompatible con un sistema de cuotas. La razón para ello es como sigue:

(2.A.3.3.1) Ese trato preferencial tiene su razón de ser en una «situación general de desventaja» debida bien a dificultades de hecho provocadas por el doble papel (familiar y profesional) que la mujer desarrolla, o bien a discriminaciones sufridas en el pasado [punto 18].

(2.A.3.3.2) Ahora bien, en el primer caso, tales dificultades no pueden, de hecho, resolverse mediante un sistema de cuotas, sino mediante medidas relativas a la organización del trabajo (por ejemplo, flexibilidad en los horarios de trabajo, estructuras destinadas a la infancia, etc.) [punto 18].

(2.A.3.3.3) Respecto a las discriminaciones del pasado, es cierto que sus «efectos se hacen sentir aún», pero «la acción positiva no puede ser considerada, y aún menos utilizada, como un medio para restaurar, mediante medidas discriminatorias, una situación de igualdad que se ha deteriorado en el pasado». [punto 19].

(2.A.3.4) Esa interpretación no choca tampoco con la recomendación 84/635/ CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de las mujeres, destinadas «a eliminar las desigualdades de hecho de que son objeto las mujeres en la vida profesional, así como a promover la mixtura de sexos en el empleo». La razón en este caso es la siguiente:

(2.A.3.4.1) La recomendación no contiene una «definición de la acción positiva, sino solamente una lista de objetivos a los que tal acción puede tender». «La acción en favor del *desarrollo*, de la presencia y participación de las mujeres en todos los sectores, en todas las profesiones y en todos los niveles de responsabilidad está, ella misma, formulada en términos de incentivación, pero no ciertamente de preferencia mecánica» [punto 20].

(2.A.4) La reglamentación del Estado de Bremen no está en absoluto destinada a garantizar la igualdad en cuanto a los puntos de partida, sino en cuanto a los resultados, puesto que:

(2.A.4. 1) La circunstancia de que «dos candidatos de sexos diferentes posean calificaciones equivalentes implica, en efecto, y por definición, que ambos poseen, y poseían, iguales oportunidades: se encuentran, pues, en condiciones iguales en la línea de salida» [punto 13]

(2.B)

(2.B.1) La ley de Bremen prevé una medida que no puede justificarse de acuerdo con los principios del Derecho comunitario, ya que:

(2.B.1.1) Una medida discriminatoria (que atenta contra el principio de igualdad formal de trato) sólo está justificada si respeta el principio de proporcionalidad, esto es, si es necesaria y apropiada para realizar el objetivo perseguido: remover los obstáculos de hecho que se oponen a la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres [puntos 23 y 20].

(2.B.1.2) Pero la medida en cuestión se dirige sólo a eliminar la subrepresentación de la mujer, no los obstáculos -las causas- que provocan esa subrepresentación [punto 24].

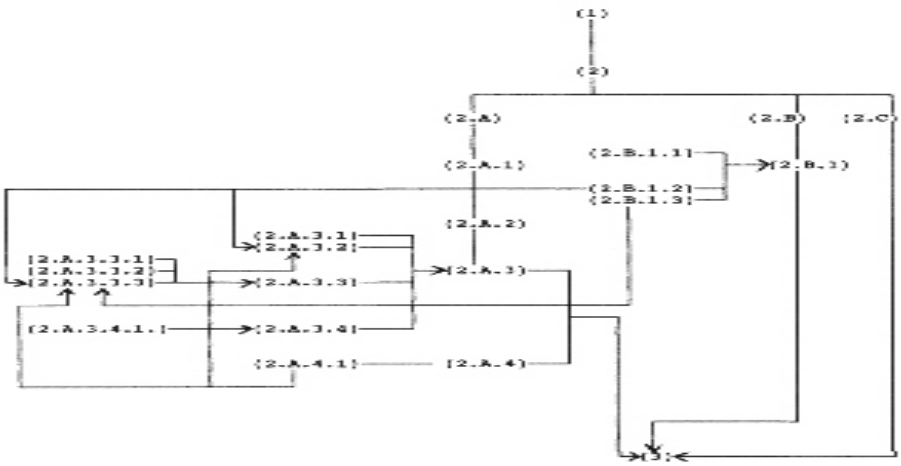
(2.B.1.3) Además, la medida resulta también desproporcionada porque «la subrepresentación de las mujeres en un segmento dado del mercado de trabajo, incluso si constituye una señal de una disparidad, no es necesariamente imputable a una voluntad consumada de marginar a las mujeres. De ahí surge el elemento de arbitrariedad inherente a todo trato preferente reservado, de manera mecánica, al grupo subrepresentado y fundado únicamente sobre este motivo» [punto 24].

(2.C) La medida en cuestión no promueve la verdadera igualdad de la mujer, sino una simple «igualdad numérica» que no es otra cosa que «formal». «Lo que es necesario, en definitiva, es sobre todo un cambio de fondo del modelo económico, social y cultural que está en el origen de la disparidad, cambio que no se realiza ciertamente con cifras o con luchas intelectuales ya desfasadas» [puntos 27 y 28].

(3) Por lo tanto, la reglamentación del Estado de Bremen se opone a la directiva comunitaria.

4. Crítica de la fundamentación

Examinemos ahora brevemente los anteriores argumentos, teniendo en cuenta que (como se muestra en el esquema) hay una cierta intersección entre la línea argumentativa (2.A) y (2.B); o, más exactamente, que algunos de los argumentos de (2.B) suministran apoyos para algunos de los argumentos de (2.A).



Empiezo por la argumentación contenida en (2.A). En favor de la premisa (2.A.3) el abogado general da, como hemos visto, cuatro argumentos. Los dos primeros contienen razones de innegable peso, pero no parece que ellos solos, sin más argumentos adicionales, permitan justificar -y quizás tampoco lo pretenda el abogado general- la interpretación propuesta. En relación con (2.A.3.l), no basta con sostener que la interpretación de la Directiva debe hacerse de manera restrictiva; se necesitaría también, o sobre todo, precisar «cómo de restrictiva ha de ser esa interpretación». Y con respecto a (2.A.3.2), aun aceptando que el Tribunal debiera seguir la interpretación establecida para el artículo en un caso anterior, con el que el caso Kalanke guarda sólo una analogía de tipo formal[1] (y es obvio que no necesariamente tiene que ser así: los tribunales, bajo ciertas condiciones, pueden y deben modificar su jurisprudencia), el criterio interpretativo dista de ser claro: no es fácil saber qué significa que una medida es sólo «aparentemente» discriminatoria; uno tendería a pensar que «aparentemente» no puede significar más que «justificadamente», pues me parece innegable -y también se lo ha parecido al abogado general[2]- que cualquier medida que tenga como base el art. 2, aptdo. 4, de la Directiva implica de hecho una discriminación (esto es, un trato desigual). Ni tampoco si una medida como la prevista en la ley de Bremen está «destinada» a «eliminar los obstáculos de hecho que impiden la realización de la igualdad de oportunidades para las mujeres». Es cierto que el abogado general da razones -los argumentos (2.B.1.2) y (2.A.4.l)- para contestar a esta última pregunta en forma negativa, pero -como luego mostraré- tales razones son, cuando menos, discutibles.

Con respecto a (2.A.3.3), el punto problemático de la argumentación se contiene, naturalmente, en (2.A.3.3.3), esto es, en la cuestión referida a la situación de desventaja en que de hecho se encuentran las mujeres (lo que reconoce el abogado general) debido a las discriminaciones sufridas en el pasado. Y aquí es donde la argumentación del abogado general me parece un tanto confusa y elusiva. La premisa implícita de su razonamiento parece ser ésta: una política de cuotas -o, más en general, una acción positiva- en favor de las mujeres sólo puede aceptarse si: a) resulta un medio eficaz para remover los obstáculos que impiden la existencia de una verdadera igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres; y b) es jurídicamente aceptable, en el sentido de que no va contra ningún principio o valor fundamental. Ahora bien, de nuevo, en favor de la no eficacia de esa medida -en concreto, de la prevista por la ley de Bremen- sólo se aportan los argumentos (2.A.4.1) y (2.B.1.2), de los que paso a ocuparme en seguida. Y sobre su carácter

[1] Es decir, una analogía que no se refiere al contenido de los casos. Sobre la distinción entre analogía formal y material, véase Manuel Atienza, *Sobre la analogía en el Derecho*, Madrid, Civitas, 1986.

[2] En el punto 11, se puede leer: «La verdad es que toda acción específica en favor de una categoría minoritaria o, en todo caso, vulnerable, se opone al principio de igualdad en sentido formal».

injustificado, el único apoyo que encuentro en todo su escrito[3] es el argumento (2.B.1.3) que, tal y como lo usa el abogado general, resulta notablemente débil.

(2.A.3.4) es, por razones obvias, un argumento que en ningún caso puede significar un apoyo decisivo en favor de (2.A.3), esto es, de la interpretación de «igualdad de oportunidades» exclusivamente como «igualdad en el punto de partida»: en primer lugar, porque se trata simplemente de una «recomendación»; y, en segundo lugar, porque aunque sí lo que en la misma se propusiera fueran únicamente medidas de «incentivación», de ahí no puede seguirse, sin más, la prohibición de cualquier otro tipo de medidas.

Finalmente, en relación con (2.A.4.1) (la razón esgrimida para sostener que la reglamentación del Estado de Bremen no está en absoluto destinada a garantizar la igualdad en cuanto a los puntos de partida, sino en cuanto a los resultados), me parece bastante claro que no constituye propiamente un argumento, sino más bien una falacia (es decir algo que puede parecer un argumento -un buen argumento- sin serlo) basada en una ambigüedad.

Pues el poseer calificaciones equivalentes puede entenderse, en efecto, que significa tener «igualdad de oportunidades» para aspirar al puesto, pero no necesariamente que ambos hayan tenido «igualdad de oportunidades» para llegar hasta ahí, esto es, para alcanzar esa determinada calificación: el que ambos candidatos poseyeran calificaciones equivalentes no supone, por tanto, absolutamente nada en relación a si tuvieron o no igualdad de oportunidades, pues parece obvio que es la segunda noción de «igualdad de oportunidades», y no la primera, la que aquí interesa.

Por lo que se refiere a la segunda línea de argumentación, (2.B), los puntos a discutir son, sin duda, (2.B.1.2) y (2.B.1.3). El primero de estos argumentos -que, como ya se ha visto constituye una pieza fundamental de toda la argumentación- tiene un carácter empírico, pues lo que viene a decir es que una medida como la prevista en la ley de Bremen se dirige (es apta) sólo para eliminar la subrepresentación de la mujer, pero no los obstáculos, las causas, que provocan esa subrepresentación. El abogado general da por descontado que esto es así, pero me parece que ésa es una suposición discutible. Precisamente, el Tribunal de Luxemburgo recoge en su sentencia (aunque sin pronunciarse sobre el mismo) un argumento esgrimido por la jurisdicción de reenvío (el Tribunal de Trabajo Federal) en favor de un régimen de cuota como el que se discute, que «puede contribuir a superar en el futuro las desventajas sufridas actualmente por las mujeres y que perpetúan las desigualdades del pasado, en la medida en que crea el hábito de ver a las mujeres asumir igualmente ciertas funciones más prestigiosas» [punto 14]. Personalmente, no dispongo de ninguna información que permita confirmar o desmentir una tal hipótesis (ni el abogado general ni el tribunal suministran

[3] En el punto 9 hay simplemente una referencia a la discusión contemporánea sobre el particular, pero lo único que se desprende de ahí es que ése es un problema controvertido.

tampoco ningún dato al respecto), pero diría que, cuando menos, es una afirmación plausible.

(2.B.1.3) es un argumento que, en el discurso del abogado general, aparece en cierto modo *en passant*, de manera que queda un poco desdibujado e impreciso en cuanto a qué es lo que pretende justificar, esto es, al lugar que ocupa en la argumentación. Tal y como aparece formulado, lo que viene a decir es que la medida prevista por la ley de Bremen resulta arbitraria por que trataría de «compensar» a las mujeres por sufrir una marginación que puede no haber sido provocada de manera voluntaria (se entiende: por los varones). Así expresado, el argumento no tiene, en mi opinión, mucho peso, pues me parece claro que se puede ser responsable -jurídica y moralmente- por las consecuencias no deseadas o no previstas de nuestras acciones.

Finalmente, en relación con la línea argumentativa (2.C), un lector del libro de Bentham *Falacias políticas* se sentiría, creo yo, predispuesto a considerar que lo que allí se contiene es el tipo de falacia a la que el filósofo utilitarista llamó *ad verecundiam* y para la que daba esta regla de uso: «cuando se propone una medida a la que, por la razón que fuere, os conviene o complace oponeros (...) mostrad vuestro apoyo a cualquier otra medida que, por la razón que fuere, pueda parecer a vuestros oyentes de superior importancia (...) Por este medio creáis una diversión y apartáis de la odiada medida el favor y atención de la audiencia»[4]

5. ¿Una mejor argumentación?

El apartado anterior arroja, cabría decir, un resultado poco claro, en relación con la hipótesis que planteaba al final del apartado 1. Por un lado, podría decirse que la argumentación del abogado general presenta una serie de puntos débiles más o menos notorios, pero, por otro lado, esas debilidades o no son tan importantes como para quitar fuerza al conjunto de la argumentación o bien podrían subsanarse reformulando los argumentos. Así, por ejemplo, la línea argumentativa (2.C) no pasa de ser una especie de «desahogo» ideológico cuyo papel en la argumentación propiamente dicha no tiene mayor relevancia. En favor de (2.A.4) se podrían dar seguramente argumentos de mucho más peso que (2.A.4.l); en realidad, ésa es una premisa casi indiscutible (pues parece bastante obvio que una ley como la de Bremen se dirige de manera inmediata a alcanzar una igualdad en cuanto a los resultados, aunque mediatamente pretenda también la igualdad en cuanto al punto de partida), de manera que ni siquiera hubiese necesitado de ningún argumento. (2.B.1.2) podría reformularse en el siguiente sentido: quizás no esté claro que las medidas previstas en la ley carezcan de eficacia para remover

[4] Jeremy Bentham, *Falacias políticas* (estudio preliminar de B. Pendás, traducción de J. Ballarín), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 120.

los obstáculos que provocan la subrepresentación de las mujeres, pero ciertamente tampoco parece que pueda darse con facilidad una prueba clara de su eficacia; además, para justificar esa medida no bastaría con probar que es eficaz, sino que se necesitaría algo más, a saber, que está justificada, esto es, que no choca con principios fundamentales del Derecho comunitario. El centro de la argumentación se desplaza así hacia una cuestión que en el discurso del abogado general está, a pesar de las apariencias (ya se ha dicho que en los primeros puntos de su escrito hay una referencia relativamente amplia a la discusión contemporánea sobre la justificación o no de la discriminación inversa), básicamente eludida. El único argumento que hace al caso es (2.B.1.3) que, sin embargo, tal y como aparece formulado, no sirve de mucho. ¿Pero podría reformularse de manera que suministrara un apoyo decisivo a la tesis del abogado general? Probablemente sí.

Lo que vendría a decir ahora el argumento -y quizás fuera eso lo que pretendió decir el abogado general- es que la ley de Bremen -y, en general, cualquier sistema de discriminación inversa- establece un supuesto de responsabilidad indirecta y objetiva carente de justificación. Pues, por ejemplo en este caso, el señor Kalanke sufre un perjuicio en razón de la discriminación de la que fueron objeto en el pasado las mujeres; esto es, por acciones que él no realizó ni, por tanto, pudo evitar de ninguna forma: en definitiva, se le trata peor que a otro individuo no en razón de alguna circunstancia que esté bajo su control, sino por su pertenencia -obviamente no voluntaria- al grupo de los varones. Este es, sin duda, el argumento de más peso que cabe esgrimir contra cualquier medida que suponga una discriminación inversa (y que, formulado quizás de otra manera, lo que viene a decir es que los titulares de los derechos son exclusivamente los individuos y no los grupos[5]).

Sin embargo, a mi juicio (y me parece que en esto discrepo de la tesis de fondo del abogado general), no tiene por qué considerarse como una razón para excluir absolutamente una política de cuotas -o, en general, medidas de discriminación inversa-, aunque sí tiene fuerza suficiente como para exigir que su utilización transcurra dentro de límites que la ley de Bremen quizás haya transgredido.

En mi opinión, los dos principios que regulan (en el sentido de que permiten justificar) una medida de discriminación inversa podrían formularse así:

1) La utilización de una medida de discriminación inversa solo está justificada si:

[5] Una excelente, y breve, exposición y evaluación de los diferentes argumentos que suelen darse en contra de las políticas de discriminación inversa puede encontrarse en el artículo de Alfonso Ruiz Miguel, «Discriminación inversa e igualdad», en Amelia Valcárcel (comp.), *El concepto de igualdad*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994, pp. 77-93.

a) Resulta razonablemente eficaz y eficiente para alcanzar el objetivo perseguido: puede presumirse que se logrará el objetivo y sin un coste excesivo;

b) Se trata de un objetivo socialmente importante. En el caso de una medida de discriminación inversa que beneficia a las mujeres, tendría que darse el caso de que esa medida afectara positivamente, al menos en forma indirecta, a un grupo extenso de mujeres y que no redundara básicamente en beneficio de las mejor situadas socialmente.

c) No existe ninguna otra medida alternativa para alcanzar ese objetivo y que afecte en menor grado a derechos fundamentales de los individuos.

2) Quien pretende justificar (utilizar) una medida de discriminación inversa corre con la carga de la argumentación; es decir, es él quien debe probar que se dan las anteriores circunstancias a), b) y c).

Si ahora aplicáramos el anterior test a la medida propuesta por la ley de Bremen, mi opinión es que resulta bastante dudoso que logre superar *ambos* principios, a diferencia, por cierto, de lo que ocurriría en el caso de la utilización de cuotas para cargos políticos o para ser miembro de un tribunal como el de Luxemburgo. La diferencia fundamental consiste en que en estos últimos dos supuestos, no parece que una política de cuotas lleve consigo el sacrificio del derecho de un individuo: no tiene sentido decir que alguien tiene derecho a ostentar un cargo público o a ser nombrado juez -al menos, en un caso como el del Tribunal de Luxemburgo-, pero sí que lo tiene cuando de lo que se trata es de obtener un determinado puesto de trabajo o de lograr un ascenso.

6. La sentencia del tribunal de Luxemburgo y su interpretación

Ahora bien, lo que se contiene en la sentencia del Tribunal de Luxemburgo no es una reformulación de la argumentación del abogado general semejante a la que se acaba de efectuar, sino una asunción de la misma, pero presentada en forma considerablemente más sintética. Así, para llegar a la conclusión que ya nos es conocida, la argumentación del Tribunal transcurre por medio de estos tres pasos:

(1) El art. 2, aptdo. 4, de la Directiva ha de interpretarse de manera estricta, pues se trata de la derogación de un derecho individual consagrado por la Directiva [punto 21]. Además, y de acuerdo con la sentencia ya mencionada de 25 de octubre de 1988, ese aptdo. tiene «como fin preciso y limitado autorizar medidas que, aun siendo discriminatorias según las apariencias, se dirigen efectivamente a eliminar o a reducir las desigualdades de hecho que puedan existir en la realidad de la vida social» [punto 18].

(2) Más en concreto, el apartado en cuestión autorizaría medidas nacionales que tienen como objetivo mejorar la capacidad de las mujeres para

concurrir en el mercado de trabajo y para realizar una carrera en plan de igualdad con los hombres [punto 19]. Pero una reglamentación nacional que «garantiza una prioridad absoluta e incondicionada a la mujer en caso de nombramiento o promoción, va más allá de una promoción de la igualdad de oportunidades y sobrepasa los límites de la excepción prevista en el art. 2, aptdo. 4» [punto 22].

(3) La reglamentación de la ley de Bremen está en este segundo caso, pues «sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades contemplada en el art. 2, aptdo. 4, por el resultado al que sólo podría llegarse mediante la puesta en marcha de una tal igualdad de oportunidades» [punto 23].

El problema esencial que plantea la anterior fundamentación -como lo han señalado muchos comentaristas- es que su parquedad hace que no sea fácil determinar con precisión qué debe considerarse como la *ratio decidendi* del fallo. O, dicho de otra manera, lo que el Tribunal considera prohibido es un sistema que, dadas determinadas condiciones, asigna automáticamente una prioridad a las mujeres. Pero esto parece querer decir que bajo las mismas condiciones (promoción a un puesto de trabajo, subrepresentación femenina e igual calificación de los candidatos) podría ser aceptable un sistema que conceda prioridad a las mujeres, pero siempre que no sea de manera automática. Y para entender lo que este último criterio significa, conviene aclarar qué deba entenderse por «igual calificación» y por asignación «automática», puesto que los otros términos, «promoción a un puesto de trabajo» y «subrepresentación femenina» no ofrecen dudas.

«Igual calificación» es, obviamente, un concepto comparativo y, por tanto, relativo. Por ejemplo, A y B pueden tener la misma calificación con respecto a X y a Y, pero distinta con respecto a Z. Para aclarar el concepto se necesita, por tanto, precisar cuáles son las propiedades que se usan en la comparación y, también, de qué tipo de propiedades se trata. En el caso que nos ocupa, la comparación se establece únicamente en relación con una propiedad (haber sido o no clasificado en el nivel III de un determinado convenio colectivo) que además es considerablemente genérica (se está o no en el nivel, pero dentro del mismo no se establece ninguna gradación). Por supuesto, las autoridades administrativas o jurisdiccionales podrían haber hecho otra interpretación de la expresión «igual calificación» que aparece en la ley de Bremen. Podrían haber dicho que para determinar que dos candidatos tienen una «igual calificación» no basta con considerar esa propiedad, sino que debían tenerse en cuenta otras como la mayor o menor experiencia, los informes de sus superiores o de especialistas en la materia, etc. De haber sido así, es posible que el tribunal hubiese dicho que la ley en cuestión no era contraria a la Directiva, pero el caso es que no fue eso lo que ocurrió, y el Tribunal de Luxemburgo no tenía competencia para imponer a un Estado miembro una determinada interpretación de sus normas. Por lo tanto, el tribunal no tenía, por ese lado, ninguna capacidad de maniobra.

Ahora bien, el mismo efecto que podría haber producido esa otra interpretación del término «igual calificación» puede lograrse si a las tres condiciones que contiene la ley alemana se le añade la de que la prioridad en favor de la mujer no sea «automática» o «absoluta e incondicionada» como también se dice en otro de los puntos de la sentencia. O sea, lo que el tribunal parece querer decir es que la asignación de una ventaja a las mujeres para lograr una determinada promoción puede ser aceptable si no se considera únicamente la igualdad de oportunidades entendida en el primero de los sentidos (esto es, de manera completamente genérica), sino también otra serie de elementos, de propiedades, que el tribunal no precisa, pero que deberían ser de tal naturaleza que permitieran efectuar algo así como una «ponderación», un «equilibrio», etc. (pues parece que éstas son, justamente, las ideas que se oponen a «automática»). Dicho de otra manera, a lo que apunta el tribunal es a que la Directiva podría ser compatible con un sistema de objetivos o *goals* que asigne una cierta puntuación al hecho de ser mujer, como parte de un determinado baremo que incluya un número suficientemente elevado -y quizás graduable- de *items*, de manera tal que el hecho de ser varón no se convierta en una característica prácticamente insuperable para lograr la promoción.

Interpretada de esta última manera la *ratio decidendi* del fallo, la sentencia del Tribunal de Luxemburgo es, en mi opinión, una decisión jurídica y moralmente correcta que, además, no resulta incompatible con una política de discriminación inversa (o de acción afirmativa) en favor de la mujer, y ni siquiera con todo sistema de cuotas.

LA DISCRIMINACIÓN INVERSA Y EL CASO KALANKE*

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de octubre de 1995, sobre el llamado caso Kalanke (un ingeniero que competía con una ingeniera, llamada Glissmann, por la jefatura de sección del Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen), ha considerado contraria a una Directiva de la Comunidad una norma del Land alemán de Bremen de 1990 que en los ascensos en la función pública concedía

> «preferencia a las mujeres frente a los candidatos masculinos con la misma capacitación si, en el sector de que se trata, están infrarrepresentadas».

Así se ha vuelto a poner de actualidad la cuestión de la legitimidad de la discriminación inversa o positiva y su relación con las medidas de acción positiva. Las páginas que siguen pretenden fundamentalmente dos cosas: plantear las relaciones entre acciones positivas, discriminación inversa y discriminación clásica para proponer algunas consideraciones justificatorias de la discriminación inversa y formular una crítica de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo y de los criterios que la fundamentan. Antes de todo ello, sin embargo, avanzaré unos comentarios generales que servirán también como declaración expresa de mis criterios o, si se prefiere, de mis prejuicios.

Un punto de partida igualitario

Una de las críticas que ha recibido la sentencia del caso Kalanke, es que ninguno de los once jueces que la dictó era mujer (y lo mismo se aplicaría,

---

* El presente texto -que se integra en el proyecto de investigación núm. PB94-0193, del Programa Sectorial de Promoción del Conocimiento de la DGICYT- amplía considerablemente mi contribución a una mesa redonda organizada por la Fundación Mujeres el 6 de noviembre de 1995, cuya primera elaboración se publicó, como «Discriminación inversa, acciones positivas e igualdad (a propósito de la sentencia del caso Kalanke)», en la revista *Jóvenas* (nn. 4-5, 1995, pp. 98-108); como no recibí pruebas de esa primera versión, en ésta he introducido algunas correcciones que habrían debido aparecer ya en aquella publicación.

Agradezco a mis compañeros del Área de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid las varias y valiosas observaciones que hicieron en la sesión del seminario dedicada a la versión anterior de este texto.

hoy, al Tribunal Constitucional español o a la Corte Costituzionale italiana, que no hace mucho tiempo rechazó la constitucionalidad de la legislación electoral que establecía ciertas medidas de discriminación inversa en favor de una mayor igualdad en las candidaturas municipales entre hombres y mujeres[1]).

Alguien podría pensar que, por ello, la intervención de un varón en este tipo de debates no hace más que echar leña al mismo fuego. Creo, sin embargo, que asumir culpas colectivas por los comportamientos de otros especímenes del propio grupo sería contradecir los presupuestos morales básicos desde los que parece exigible la igualdad entre hombres y mujeres y, por ella misma, las propias políticas de discriminación inversa. Y por la misma razón, que sea un varón quien adopte y argumente en favor de ese punto de vista -de modo simétrico a como también hay mujeres que se oponen a él- podrá ser difícil de explicar para quien crea en la desigualdad básica entre hombres y mujeres, pero no para quien mantiene justamente el punto de vista opuesto.

Las alianzas cruzadas suelen ser aquí complejas, pues si las mujeres que se oponen a la discriminación inversa suelen hacerlo predominantemente en nombre de la igualdad entre los sexos, en el caso de los hombres esa misma oposición tiende a cubrirse bajo el manto de la diferencia y su lema «diferentes pero iguales». Pero la idea de diferencia, que algunas mujeres también pueden tener la tentación de alegar como razón de la discriminación inversa, es peligrosa compañera que, al no apelar a la igualdad, fácilmente puede terminar desvelando el rostro de la peor desigualdad.

Con todo, como decía, la reproducción de alianzas complejas y cruzadas entre hombres y mujeres en favor o en contra de la discriminación inversa resulta bien natural y sencilla de justificar para quien, como el que suscribe, cree en la igualdad básica, no sólo ético-política sino también cognitiva, entre hombres y mujeres; o, por decirlo de manera algo más precisa, para quien considera que entre las múltiples diferencias entre hombres y mujeres, tomados todos y cada uno como individuos, ninguna les escinde como grupos incomunicables, radicalmente diferentes y, por tanto, fácilmente destinados a ser desiguales. Porque la igualdad deseable impone que, aceptando una gran diversidad de diferencias individuales, ninguna de ellas se adscriba a este o aquel grupo para aplicarlas después indiferenciadamente a los individuos que lo componen. Y para conseguir ese ideal es por lo

[1] Se trata de la sentencia 6-12 de septiembre de 1995, n. 422.

Sobre la legislación anulada por esta sentencia, críticamente, vid. Giuditta Brunelli, «L'alterazione del concetto di rappresentanza politica: leggi elettorali e «quote» riservate alle donne», *Diritto e società*, n. 3, 1994, pp. 545ss.; y «Azioni positive in materia elettorale?», *Ragion Pratica*, n. 4, 1995, pp. 243-50; escritos de los que la Corte Costituzionale italiana parece haber recibido amplia inspiración: cf. Maria Vittoria Ballestrero, «"Goals are good but quotas are bad". Discutendo di azioni positive e di quote», *Ragion pratica*, n. 5, 1996, p. 260, nota 3; este escrito de Ballestrero, en cambio, es crítico con la sentencia.

que las medidas de discriminación inversa pueden ser, instrumental y temporalmente, defendibles.

Acciones positivas, discriminación inversa y discriminación clásica

Discriminación inversa y acciones positivas

La discriminación inversa, al parecer, nació en la India, ya en los años 30, como una política aceptada por los colonizadores británicos para intentar superar la aguda división en castas de aquella sociedad. Su conocimiento y extensión actual, sin embargo, procede de su introducción en los Estados Unidos a partir de principios de los años 70. En Europa, su formulación más conocida es la de las cuotas en órganos de partidos políticos, que se aplican en los países nórdicos desde principios de los años 80 y en España desde 1988[2].

Dos casos que llegaron al Tribunal Supremo de Estados Unidos expresan bien los rasgos más salientes de la discriminación inversa. Por una parte, el caso Bakke, un estudiante blanco que había sido rechazado por una Facultad de Medicina que había reservado 16 de las 100 plazas de nuevo ingreso para minorías raciales desfavorecidas. Por otra parte, el caso DeFunis, otro blanco (aunque perteneciente a la minoría judía, sobradamente representada en el nivel universitario) que fue rechazado por una Facultad de Derecho que otorgaba puntos extra al mismo tipo de minorías. El primer caso, aunque no el segundo, fue declarado inconstitucional por el Tribunal Supremo, debido a la importancia que se atribuyó a la rigidez del sistema de cuotas frente al de puntos extra.

Sea como sea, lo cierto es que la pretensión de las políticas de discriminación inversa es intentar paliar situaciones de desigualdad particularmente recalcitrantes. La gravedad de tales situaciones explica la gravedad de la discriminación inversa, que tiene posibilidades de aplicación muy extremas, sobre todo en cuanto en la esfera laboral y universitaria parece prescindir de la idea de mérito, y todo ello explica también el que se trate de una figura jurídica y moralmente muy discutida.

Esa controvertibilidad, sin embargo, no tiene por qué afectar en igual medida a otro tipo de políticas de igualación social, dentro de las que la discriminación inversa se puede integrar como una forma particularmente severa pero sin ser identificada por completo con ellas. Me refiero a las llamadas

---

[2] En el ámbito anglosajón existe una extenuante literatura sobre la discriminación inversa, una selección de la cual puede verse en mi artículo «Discriminación inversa e igualdad», en Amelia Valcárcel (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Fundación Pablo Iglesias, 1994, pp. 90-3. Desde un punto de vista jurídico-constitucional, trata el tema con amplitud, documentación y rigor Fernando Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, pp. 83ss.

acciones positivas, que pueden caracterizarse en general como todo tipo de medidas que tienen el fin de conseguir una mayor igualdad social sustantiva entre grupos sociales con problemas de discriminación o de desigualdad de oportunidades: valgan como ejemplos de tales acciones positivas las subvenciones para la contratación laboral de jóvenes o de mayores, las becas de enseñanza para familias de escasos recursos, las políticas de integración social de los gitanos o las ayudas para la contratación de minusválidos; o, en relación con la igualdad de las mujeres, las ayudas para guardería, las campañas de publicidad para la igualdad sexual, el fomento de cursos especiales de especialización y promoción para mujeres o la facilitación de trabajos a tiempo parcial y con horarios flexibles.

Dos requisitos fundamentales pueden servir para diferenciar la discriminación inversa del resto de las medidas de acción positiva: la atribución de una preferencia por determinados rasgos y la existencia de una particular escasez de recursos.

Ante todo, en efecto, la discriminación inversa favorece a una persona por su pertenencia a un grupo históricamente discriminado, preferencia que supone, de un lado, desigualdad y, de otro, utilización de un rasgo o motivo *sospechoso*. Téngase en cuenta que tal desigualdad no siempre es necesaria ni siquiera para llevar a cabo determinadas acciones positivas: así, las ayudas a guardería, que dadas las circunstancias sociales tienden a favorecer la incorporación al trabajo de las mujeres, pueden cumplir también esa función cuando se otorgan a cualquiera de los padres (no obstante, como en seguida diré, una ayuda de guardería sólo para la madre no es todavía, por sí sola, discriminación inversa). Por su parte, la utilización de un rasgo o motivo *sospechoso* es lo que permite hablar de «discriminación» en el sentido fuerte de la palabra, por el que la discriminación racial o sexual nos parece cualitativamente más grave que otras desigualdades, incluso injustas, como, por ejemplo, las que pueden afectar a las rentas de distintas regiones del mismo país: la relevancia de los rasgos sospechosos, como los enumerados en el art. 14 de nuestra Constitución, procede de la larga historia de gravísimas desigualdades que de forma opresiva y persistente han afectado a ciertos grupos caracterizados usualmente por la posesión de rasgos físicos -como el color o el sexo- o cuasi-físicos -los apellidos de los judíos, la adscripción a una religión, etc.-, que tienden a tener un carácter social transparente y son inmodificables o muy difícilmente modificables para los individuos que los portan y, final y decisivamente, cuya posesión ha sido tradicionalmente vista de forma socialmente negativa al menos por los grupos dominantes, sea sólo minusvaloradora o sea también despectiva y hasta estigmatizadora (como después diré, sin embargo, esto no quiere decir que toda medida que utilice un rasgo sospechoso sea necesariamente y siempre injusta).

Junto a la anterior, la otra condición necesaria de la discriminación inversa que la distingue de otras acciones positivas más moderadas y menos conflictivas es su localización en posiciones de particular escasez y, por tanto,

de fuerte competitividad, como son los puestos de trabajo, las labores de responsabilidad laboral, los cargos políticos o las plazas universitarias, espacios en los que se compite, por decirlo así, cuerpo a cuerpo, en forma individualizada. Es verdad que ésta no es una condición tajante, de todo o nada, que permita distinguir netamente en los casos fronterizos, pero sí sirve al menos para excluir como formas de discriminación inversa muchas acciones positivas, en las que el coste de la medida tiende a repartirse difusa e innominadamente, por lo general sólo a través de impuestos. Así, no constituyen discriminación inversa, y no suelen plantear la oposición y conflictividad que ésta genera, las simples ayudas de guardería reservadas a las madres, las ayudas especiales a mujeres para cursos de especialización o perfeccionamiento, o los estudios sociológicos y las campañas publicitarias dirigidos a destacar la situación laboral femenina y otras similares[3]. Frente a ello, me parece menos relevante que, tratándose de puestos especialmente codiciados, la discriminación inversa se instrumente mediante cuotas, o con puntos extra o a través de objetivos como las llamadas «metas y calendarios», pues aunque las cuotas sean ciertamente la forma más extrema y llamativa de reservar plazas, también en las otras versiones se termina produciendo, aun determinada *a posteriori*, una reserva en condiciones de especial escasez que favorece a tal individuo frente a tal otro[4].

Además de su importancia teórica, especialmente clarificadora, las anteriores distinciones tienen también relevancia práctica. Por un lado, si la discriminación inversa se justifica, con mayor razón se justificarán las medidas de acción positiva, que son menos «discriminatorias», costosas y socialmente conflictivas. Y, por otro lado, aunque la discriminación inversa no se justificara, eso no excluiría la justificación de otras medidas menos fuertes de acción positiva. En adelante defenderé que, al menos ciertas medidas de discriminación inversa, se pueden justificar, tanto ética como jurídicamente.

De la discriminación clásica a la discriminación inversa

Al oír la expresión «discriminación inversa» o «discriminación positiva», seguramente la tentación inmediata es resolver verbalmente el problema de su justificación, como, según se verá, hace en buena parte la sentencia

[3] Para más datos, véase la enumeración de acciones positivas propuesta en la Recomendación del Consejo de Ministros de la CEE de 13 de diciembre de 1984 (84/635/CEE).

[4] En el caso de regulaciones como la del caso Kalanke, por lo demás, la diferencia práctica se evapora por completo, puesto que, a igualdad de méritos, el resultado de reservar una plaza a la mujer en igualdad de méritos cuando compite con un hombre es exactamente el mismo que el de atribuir a la circunstancia de ser mujer cualquier punto extra, por mínimo que resulte porcentualmente. En tal sentido, no concuerdo con la distinción con la que Atienza concluye «Un comentario al caso Kalanke», *Cuadernos Jurídicos. Revista Mensual de Derecho*, n. 39, marzo 1996, p. 12.

de Luxemburgo. Probablemente, la idea que primero viene a la cabeza en este asunto viene a rezar más o menos así:

> «¿Pero cómo van a ser justas las cuotas si son una discriminación, si violan el derecho de los hombres a ser tratados igualmente? la misma palabra lo está diciendo: discriminación inversa, o positiva, pero dis-cri-mi-na-ción a fin de cuentas y, por tanto, injusta; el fin no justifica los medios y la igualdad entre hombres y mujeres no puede conseguirse mediante discriminaciones».

Este tipo de respuestas se acoge de manera directa a la carga valorativa desfavorable del término «discriminación»[5], que procede y se explica por siglos de opresión y desigualdad *en contra* de determinados grupos concretos pero que ha adquirido un significado abstracto y tiende a mirar a los dos lados de la relación: no se refiere ya sólo a los grupos tradicionalmente, y en parte todavía, discriminados, como los negros, los gitanos, los judíos o las mujeres, sino que, formulado en referencia genérica a la raza, la religión o el sexo, comprende también a los blancos, los payos, los gentiles y los varones, por donde cualquier distinción en favor de los grupos antes discriminados es discriminación en contra de los otros grupos. Y no es que esta abstracción carezca de toda justificación, conviene precisar, pues si mala fue la discriminación contra unos grupos en el pasado, eso no justificaría la revancha y siempre será conveniente prevenir similares injusticias en el futuro.

Con todo, el uso anterior del término «discriminación», claramente valorativo, comporta una absoluta identificación entre discriminación y distinción (o desigualdad) injusta que conviene analizar despacio. Evidentemente, en la lucha por el nombrar -que, recuérdese a Alicia, tiene mucho que ver con la lucha por el poder- el camino más fácil es aprovechar la carga peyorativa de aquel término y dar por zanjada la discusión. Y quienes primero nombraron en esta materia fueron, al parecer, quienes se oponían a la «discriminación inversa». La denominación, como ha ocurrido tantas veces en la historia, ha terminado siendo aceptada por quienes la defienden, sin que la alternativa de «discriminación positiva» mejore mucho las cosas: en el fondo, el problema está en el sustantivo «discriminación» y en su carga peyorativa y no en el adjetivo que lo califica. Por eso, para responder a quienes sostienen que tratar de eliminar la discriminación tradicional mediante otra es como intentar curar a un alcohólico a base de whisky, no basta con replicar que la segunda discriminación es inversa porque trata de devolver a sus justos términos lo que se había pasado de largo, o que es positiva porque tiende a promover la igualdad. Hay que decir eso, desde luego, y también que, como metáforas hay para todo, tales medidas pueden servir como

[5] Es lo que hace José Luis Abellán, en «Sobre la discriminación positiva», *El País*, miércoles 1 de mayo de 1996, p. 29, donde afirma que «decir discriminación es lo mismo que decir irracionalidad», si bien se limita a «impugnar la discriminación positiva, no para negarla en toda su radicalidad, sino para reducirla al mínimo posible», usándola «con máxima prudencia» y reduciendo su aplicación «a muy contados casos», para «situaciones límite en que se hubieran agotado todas las posibilidades de una elección racional».

el antídoto que neutraliza otro veneno o, mejor, como el clavo que saca otro clavo. Pero hay que decir más, pues el problema central está en el significado de las prácticas de discriminación, más allá del significado habitual, peyorativo, de la palabra «discriminación».

Por ello, tomemos por un momento el término «discriminación» en un significado puramente descriptivo o neutro, como cuando decimos que una persona distingue o discrimina bien entre conceptos diferentes. Pues bien, si discriminar en contextos normativos es distinguir sin más, aun tomando como base rasgos sospechosos como los de raza, sexo, religión, opinión política y similares, existen casos de discriminación, por muy excepcionales que puedan resultar, en los que no hay injusticia ninguna, sino todo lo contrario, que están perfectamente justificados, hasta el punto de que ninguna legislación los prohíbe: piénsese en la protección jurídica por parto, en posibles campañas sanitarias por enfermedades ligadas a los sexos, como el cáncer de mama o el de próstata, en la aceptabilidad de la contratación de personal de la propia religión o filiación política para tareas de administración y similares de la Iglesia o partido, o, aunque anecdótico pero expresivo, en la selección exclusiva de actores de una determinada raza para hacer una película histórica; en fin, en España el Real Decreto 1451/1983 obliga a las empresas con más de 50 trabajadores a reservar una cuota del dos por ciento de su plantilla para minusválidos y ningún tribunal ha considerado ilegal o inconstitucional tal reglamento. Y si hay casos de discriminación genérica (en el sentido descriptivo del término «discriminación») que, como los anteriores, parecen justificados, no hay que excluir que la discriminación inversa pueda también situarse entre ellos.

¿Por qué ha sido injusta la discriminación clásica contra los negros, los judíos o las mujeres? Pueden describirse cuatro rasgos típicos de la discriminación injusta, cuya gravedad explica por qué con sólo decir «discriminación» se suele implicar que se trata de distinción injusta:

> 1º) una motivación social minusvaloradora, despectiva o, incluso, estigmatizadora: las personas contra las que se discrimina, caracterizadas por lo general mediante su pertenencia a un grupo socialmente señalado, son vistas, como mínimo, como inferiores en la medida en que, sea por razones físicas, intelectuales o morales, se las considera incapaces para realizar las tareas socialmente más importantes, de la administración de sus bienes a los cargos políticos o de responsabilidad laboral; y así como la negativa al sacerdocio de las mujeres da cuenta de la ideología que anima al conglomerado de provectos solteros que gobierna a la Iglesia católica, la preferencia laboral por los varones ante las cargas familiares de las mujeres, por más que pueda presentarse externamente como meramente utilitaria o económica por parte del empresario, depende a fin de cuentas de la existencia de un criterio social minusvalorador de la mujer, como residuo de una larga historia que la relega a la esfera privada, que es a fin de cuentas la no importante;

2º) una finalidad de desigualdad injusta, que mediante las acciones discriminatorias tiende a mantener y a perpetuar la inferioridad de las personas y el grupo desfavorecido: aunque en los casos más extremos, como el de la esclavitud de los negros o el de la persecución de los judíos, la discriminación ha podido conducir al genocidio o, al menos, a la explotación y a la opresión social, política y económica, tampoco en casos más moderados, como en el de la mujer occidental actual, dejan de aparecer formas bien conocidas de la desigualdad injusta, como su mayor índice de paro, su menor salario en promedio, su predominante acceso a los puestos laborales menos prestigiosos y pagados o, en fin, su inexistencia o invisibilidad en los puestos de responsabilidad de mayor prestigio. Para la mujer se verifica así el proverbio chino: «Los asuntos de las mujeres, por importantes que sean, son pequeños. Los asuntos de los hombres, por pequeños que sean, son importantes».

3º) un objeto o contenido que afecta, además de a otros bienes, a la negación o la restricción de derechos básicos: en sus formas más extremas, el medio discriminatorio es jurídico, y en el caso de las mujeres no está tan lejana su exclusión del derecho al voto o al acceso a cargos públicos ni, hasta el final del franquismo, su incapacidad de plena disposición sobre su propia persona y bienes frente al marido; pero es importante advertir que la superación de este tipo de negaciones jurídicas no suele tener efectos taumatúrgicos en la esfera social, como lo prueba de manera clamorosa la situación de marginalidad social en la que se encuentra la minoría negra estadounidense: del reconocimiento de la igualdad formal por el Derecho a la realización de la igualdad real por la sociedad puede haber un largo trecho.

4º) un resultado o efectos sociales que tienden a mantener, consolidar y perpetuar la situación de subordinación, marginación u opresión del grupo discriminado respecto del grupo que ejerce la discriminación; en algunos casos, por lo demás, los resultados discriminatorios pueden producirse como consecuencia de desigualdades fundamentadas en criterios y medidas de protección que operan de hecho afianzando la desigualdad preexistente: así, es conocido el mecanismo por el que ciertas medidas protectoras de las mujeres en la esfera laboral (exclusión de ciertos trabajos duros, pago especial de horas nocturnas, vacaciones especiales, etc.) tienen el efecto perverso de encarecer el trabajo femenino, desincentivando la contratación de mujeres y consolidando su desigualdad en esa esfera respecto de los hombres.

En contraste con los tres elementos anteriores, la discriminación inversa, en primer lugar, no contiene en absoluto ninguna motivación social despectiva o minusvaloradora ni que se pueda asemejar a ello ni siquiera de lejos: en el caso considerado por el Tribunal de Luxemburgo, el Land de Bremen no le dijo ni le dio a entender al Sr. Kalanke que prefería a su competidora porque él era inferior por pertenecer al minusvalorado o despreciado grupo de los varones, sino porque las mujeres están infrarrepresentadas en su sector laboral y, en igualdad de méritos, la ley le daba especial prioridad al logro de un objetivo de mayor igualdad social. En segundo lugar, la finalidad de la discriminación inversa es, y debe ser, efectivamente, conseguir

una situación social más igualitaria entre grupos injustamente discriminados con anterioridad. Y, en fin, el objeto de la discriminación inversa no afecta nunca a los derechos básicos que, como el voto, la libertad ideológica y de reunión o los derechos de defensa en juicio, no son sometibles a balances con fines sociales genéricos, sino sólo a la distribución de derechos o bienes sociales en los que, en diferentes contextos, se aceptan restricciones legales por finalidades de interés social, como en el caso del fomento a la contratación de trabajadores jóvenes, o mayores de cierta edad, etc.; naturalmente, si alguien replicara que la discriminación inversa afecta al derecho básico a la igualdad ante la ley, la respuesta debería ser, simplemente, que está concluyendo sin argumentos justamente aquello que se trata de demostrar, eso que los filósofos denominan petición de principio.

¿Quiere lo anterior decir que la discriminación inversa es por completo justa, necesaria y saludable, e inofensiva, aproblemática y generalizable? Yo no creo, ni me parece que sus defensores crean, que la discriminación inversa es la panacea que eliminará las desigualdades del mundo. Entre otras razones, porque puede aplicarse a cierto tipo de desigualdades y no a otras: así, es obvio que su utilización para cubrir los puestos sociales de responsabilidad o más prestigiosos no afecta a la desigualdad en los distintos puestos sociales mismos, sino sólo a que su distribución no esté desigualmente sesgada contra determinadas razas o contra las mujeres, como insistiré después con mayor detalle.

Por lo demás, hasta ahora no he considerado el argumento de que la discriminación inversa prescinde del criterio de los méritos, que es asunto sensible en sociedades ideológicamente meritocráticas como las occidentales. Aunque la apelación al mérito no se plantee propiamente en el caso considerado por la sentencia del tribunal de Luxemburgo -como tampoco se plantea, por cierto, en las cuotas en órganos de partidos políticos, al menos en la medida en que se piense que ahí se trata de *elegir* entre iguales y no de *seleccionar* por competencias académicas o profesionales-, la réplica estándar de que la discriminación inversa tiende a compensar los persistentes sesgos sexistas en la valoración de los méritos de las mujeres vale más en abstracto que en concreto. Quiero decir, vale más globalmente considerada, estadísticamente o en promedio, que a la hora de decidir en concreto qué hacer con esta reclamación en la que la reserva predomina sobre los méritos acreditados por quien juzga, donde el procedimiento de valoración de los méritos no viene impugnado por sesgar sus criterios discriminatoriamente contra la mujer. No digo que no haya también otras posibles razones mitigadoras de la seguramente excesiva preponderancia que se atribuye a los méritos individuales (en realidad, a cierta concepción sobre lo que son tales méritos) en la ocupación de puestos de responsabilidad, en los que por lo demás nadie pretende prescindir de las cualificaciones básicas necesarias. Pero el criterio de los méritos, entendido como selección de la persona que acredita ser la más cualificada en cada caso, presenta un patente conflicto

con algunas formas de discriminación inversa y eso es una razón genérica para no considerar a ésta como una medida legal o moralmente obligatoria, a modo de razón excluyente de cualquier otro posible curso de acción política: cuando se produce un conflicto de criterios, se ha de estudiar con cuidado las medidas de discriminación inversa, que pueden ser lícitas y posibles según las circunstancias y las condiciones, pero no obligatorias sin más cualificación.

Asimismo, la discriminación inversa, aun siendo justa, puede suscitar efectos sociales negativos que sería necio desconsiderar con el kantiano *fiat iustitia et ruat caelum*: las reacciones de agravio comparativo, la posible reestigmatización social de las personas inversamente discriminadas («entró por la cuota, pero no vale nada») y otras objeciones semejantes, que no deben aceptarse acríticamente sino que han de contrastarse sociológicamente, pueden constituir serios obstáculos de hecho a la extensión de las medidas de discriminación inversa, que han de valorarse políticamente.

En síntesis, se debe reconocer que la discriminación inversa es un tipo de medida que tiene sus límites. En general, como en todo, la sensatez ha de operar a la hora de diseñar cualquier política de acción positiva, incluidas de manera muy particular las de discriminación inversa (pero conste que hago esta advertencia más bien para aviso de desconfiados, pues las políticas españolas y, en general, europeas son muy morigeradas en comparación con las del otro lado del Atlántico y se hallan todavía lejos de sobrepasar los límites razonables). Y, en especial, la temporalidad de las medidas de discriminación inversa es un rasgo que nadie, entre quienes las han propugnado, ha olvidado mencionar: nada en la discriminación inversa propugna el dar la vuelta a la tortilla porque deban ser otros, u otras, quienes tengan la sartén por el mango, sino que la consecución de los objetivos llama a desactivar su aplicación. Y téngase en cuenta que la misma definición de los objetivos ha de hacerse políticamente, sin que sea forzoso siempre perseguir los objetivos más maximalistas: según las circunstancias, puede ser más sensato plantearse no tanto el logro de la igualdad plena e ideal cuanto apuntar a ella tras la utilización de las cuotas como forma de denuncia y visualización de las desigualdades presentes.

La fundamentación de la sentencia del caso Kalanke

La sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1995 está sorprendentemente poco y mal argumentada para las pautas habituales del Tribunal y la importancia del tema[6]. Sin duda, muchas de sus escuetas referencias remiten a

[6] De la misma opinión es Ballestrero, «Goals are good...» cit., p. 257.

Sobre esta sentencia, en parte con una argumentación sustancialmente coincidente con la aquí mantenida y en parte con comentarios jurídicos diferentes, relativos al Derecho internacional, el comunitario y el constitucional español, véase Teresa Pérez del Río, «La acción positiva. Justificación jurídico-constitucional», *Jóvenas*, nn. 4-5, 1995, pp. 82-91.

la argumentación del Abogado General, Giuseppe Tesauro, que aunque es mucho más amplia -y, a decir verdad, algo desordenada, y hasta farragosa-, no por ello resulta más convincente. Voy a ordenar la exposición que sigue en torno al criterio general contenido en la sentencia y a las tres razones que intentan desarrollarlo. Al hilo de esos puntos, y siempre que sea pertinente, tomaré también en consideración los argumentos del Abogado General.

El reproche de trato discriminatorio

El criterio general de la sentencia es la afirmación del número 16 de que la norma impugnada «entraña una discriminación por razón de sexo» prohibida por la Directiva 76/207. Esta Directiva -esto es, una norma aprobada por el Consejo de la Comunidad que el Tratado obliga a los Estados miembros a incorporar a su legislación- en su art. 1.1

> «contempla la aplicación [...] del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional, así como a las condiciones de trabajo...»,

y en su art. 2.1 dice que tal principio

> «supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar».

Ahora bien, la afirmación de la sentencia de que la norma del Land de Bremen «entraña una *discriminación*» o bien está recogiendo sólo el significado descriptivo del término «discriminación», entendiéndolo como mera distinción, que podría estar justificada, o bien está afirmando apodícticamente, sin aportar una sola razón en favor de tal conclusión, que la preferencia de la normativa de Bremen es contraria al Derecho comunitario.

Aparentemente, la discusión de los números siguientes de la sentencia sugeriría que el Tribunal, como había hecho en alguna ocasión anterior, acepta la posibilidad de una discriminación en el primer sentido, como cuando recuerda su aceptación precedente de la posibilidad de distinciones de trato «discriminatorias en apariencia» (n. 18). Y así, mientras por un lado el n. 16 de la sentencia afirma sin más que la norma nacional impugnada «entraña una discriminación por razón de sexo», por otro lado, a renglón seguido, en el n. 17, precisa:

> «No obstante, se debe examinar si tal norma nacional puede ampararse en el apartado 4 del artículo 2, conforme al cual la Directiva «no obstará a las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres».

Sin embargo, las razones que pretenden justificar la inaplicabilidad al caso de este último precepto ponen de manifiesto que en realidad el TJCE termina entendiendo el principio de no discriminación en su sentido peyorativo,

como distinción injusta, acogiendo así el significado en el que usa siempre el término el Abogado General en sus conclusiones. De este modo, la sentencia incorpora por vía implícita el, en mi opinión, injustificado prejuicio contra las distinciones o diferencias de trato en favor de las mujeres que trasluce la argumentación del Abogado General, una argumentación particularmente formalista en su abstracción a propósito de las desigualdades reales y de las circunstancias capaces de influir de manera efectiva en ellas. Veámoslo considerando en mayor detalle las tres razones aducidas por el Tribunal.

Sobre la interpretación restrictiva: excepciones y cualificaciones

La primera razón es que, según la sentencia, el citado art. 2.4 de la Directiva constituye «una excepción» a un derecho individual que, como tal excepción, debe interpretarse restrictivamente (n. 21). Sin embargo, el Tribunal confunde aquí claramente *excepción* y *cualificación*. Por ejemplificar esta distinción con la clásica prohibición de entrada de perros en un local, una cosa es la *excepción* que taxativamente dice: «No obstante, se autoriza la entrada de perros lazarillos» y otra bien distinta la *cualificación* que dice: «La prohibición anterior no se refiere a la entrada de perros por causas razonablemente justificadas». Mientras en el primer caso, ante el supuesto de la entrada de un perro antidroga o bien la excepción mantiene la prohibición o bien debe suplementarse mediante la creación por analogía de una nueva excepción que autoriza aquella entrada, en cambio, en el segundo caso la cualificación, que configura directamente el alcance y sentido de la prohibición, lleva a interpretar de forma natural como razonable la entrada de perros antidroga. Pues bien, si se lee el texto de la Directiva, ya citado, la exigencia de promover la igualdad de oportunidades para corregir desigualdades de hecho no parece que excepcione en el anterior significado, sino que cualifica o sirve para interpretar el sentido apropiado de la exclusión de discriminaciones injustas, que no ha de interpretarse restrictivamente, sino correctamente.

¿Una preferencia absoluta?

La segunda razón mencionada en la sentencia para considerar discriminatoria, en el sentido de injustificada, la norma del Estado de Bremen es que

> «una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato» (n. 22; la cursiva es mía).

Esta parece ser, a fin de cuentas, la línea de resistencia básica de la sentencia, que parece querer excluir cualquier forma de reserva de cuotas como mecanismo de igualación de las oportunidades. Sin embargo, el carácter

absoluto e incondicional de la preferencia de la ley de Bremen es afirmado sin más pero no justificado. Más todavía, es afirmado contra toda evidencia, pues es indiscutible que una preferencia por las mujeres sometida a dos condiciones graves, como son la igualdad de capacitación y la existencia de infrarrepresentación en el sector laboral correspondiente, no es incondicional o absoluta[7].

Hasta el punto de que, en realidad, en casos como éstos no hay una cuota en el sentido fuerte de la expresión, como reserva de un puesto con independencia de la mejor cualificación, sino, todo lo más, lo equivalente al otorgamiento de un punto extra para la mujer que, en igualdad de condiciones, opta por una plaza en un sector en el que hay infrarrepresentación. La conclusión es tanto más sorprendente cuanto que en las conclusiones del Abogado General se razonaba que en este caso

«no se trata de cuotas rígidas (que fijan un cierto porcentaje de puestos a obtener con independencia del mérito de las personas afectadas por las medidas), ni de cuotas que fijen exigencias mínimas que se deban cumplir. Se trata, por el contrario, de cuotas que no instauran un trato preferente en favor de las mujeres más que en presencia de una cualificación equivalente a la de los concurrentes de sexo masculino» (n. 10).

Igualdad de oportunidades y de resultados: individuos y grupos

La tercera razón de la sentencia, en fin, es la distinción entre medidas para la *promoción* de la igualdad de oportunidades y medidas de aplicación de tal igualdad. El texto literal de la sentencia en este punto es el siguiente:

> «Además, procede añadir que un sistema de dicha naturaleza, en la medida en que pretende establecer una igualdad de representación de la mujer en relación con el hombre en todos los grados y niveles de un servicio sustituye la *promoción* de la igualdad de oportunidades contemplada en el apartado 4 del artículo 2 por su resultado, que sólo podría alcanzarse a través de la *aplicación* de dicha igualdad de oportunidades» (n. 23; cursiva mía).

Literalmente entendida, parece una distinción que no diferencia -típica del más rancio, y con razón denostado, formalismo jurídico-, según la cual los poderes públicos podrían alentar a que la sociedad confiera iguales oportunidades a hombres y a mujeres pero sin poder emprender medidas para garantizar de manera efectiva tal forma de igualdad entre ambos, como si lo primero fuera posible o útil sin lo segundo. Sin embargo, lo más probable es que, de forma oscura, el Tribunal esté asumiendo así el reductivo concepto de la igualdad de oportunidades que constituye el núcleo de la argumentación del Abogado General.

---

[7] Esta crítica, contenida ya en la primera versión de este escrito, aparece también en Ballestrero, «Goals are good...» cit., p. 259.

En efecto, el Abogado General, interpretando la referencia del citado art. 2.4 a «la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres» en el sentido más restrictivo posible, coincidente con el punto de vista meritocrático del liberalismo tradicional, la reduce prácticamente a la exclusión individualizada de cualquier obstáculo a la inscripción o acceso a una carrera que es necesariamente desigual en los resultados. En este entendimiento individualista la igualdad de oportunidades viene a coincidir con la simple igualdad formal ante la ley, que permite por igual a los pobres y los ricos dormir bajo los puentes y vivir en un palacio, esto es, en el caso concreto, que excluye sin análisis ni matización alguna la utilización de criterios como la raza, el sexo, el nacimiento, la religión o similares.

Conforme al esquema anterior, el Abogado General bien puede insistir repetidamente en que la igualdad de oportunidades no equivale a la igualdad de resultados (cf. nn. 13, 19, 22 y 25), puesto que, individualmente considerada, la igualdad de oportunidades es siempre una igualdad en la partida para establecer desigualdades en la meta. Sin embargo, es bien dudoso que la Directiva adopte ese punto de vista cuando -si se me permite repetir el texto del art. 24- se toma la preocupación de autorizar

> «las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres».

Si el problema de la desigualdad de las mujeres no es sólo individual sino que, como reconoce el Abogado General, «concierne a todas las mujeres en cuanto tales» (n. 18), no es difícil ver cómo la previsión de una medida que, como las cuotas, facilita *individualmente* a algunas mujeres la obtención de ciertos resultados es una clara forma o instrumento para aumentar las iguales oportunidades de las mujeres *conjuntamente* consideradas. Pero esto hay que verlo más despacio.

No es descabellado pensar que la llamativa desigualdad de hecho que en puestos y actividades de prestigio afecta a la igualdad de oportunidades de las mujeres puede ir siendo corregida mediante la especial facilitación de su ocupación y desempeño por ellas, de forma que sirvan de modelos de rol positivos para otras mujeres y para el conjunto de la sociedad[8]. Hasta ahora, hay que reconocer que la utilización de los mecanismos tradicionales, asociados sobre todo a la exclusión de obstáculos propia de la simple igualdad formal, se ha mostrado bien mostrenca a la hora de facilitar el acceso de mujeres a las funciones sociales más valoradas y prestigiosas. Para comprobarlo

---

[8] Este es, con poco margen para la duda, el sentido de la citada Recomendación del Consejo de 13 de diciembre de 1984 que, aunque como tal no es vinculante, el propio Abogado General reconoce, conforme a la doctrina del propio TJCE, como ayuda para la interpretación del Derecho comunitario y como complemento de éste (cf. el n. 20 de las Conclusiones del Abogado General, así como la Sentencia del TJCE de 13 diciembre de 1989, *Grimaldi*, C 322/1988, nn. 18-19). Así, el número 1 de dicha disposición recomienda a los Estados miembros «Que adopten una política de acción positiva destinada a eliminar las desigualdades de hecho, de las que son objeto las mujeres en la vida profesional, así como promover los empleos mixtos desarrollando unas medidas generales específicas apropiadas [...] a fin de: (a) eliminar o compensar los efectos perjudiciales que, para las mujeres que trabajan o que buscan un empleo, provienen de actitudes, comportamientos y estructuras basadas en la idea de un reparto tradicional de las funciones entre los hombres y las mujeres en la sociedad; (b) estimular la participación de las mujeres en las diferentes actividades de los sectores de la vida profesional en los que actualmente tienen una baja representación, en particular en los sectores de futuro y a niveles superiores de responsabilidad, para conseguir una mejor utilización de todos los recursos humanos».

no hace falta más que echar una ojeada a las cúpulas financieras, empresariales, administrativas, judiciales y políticas en los países occidentales (del resto no hablamos). El Abogado General, además de su oposición jurídica por discriminatorias, considera sin embargo que «es más que evidente» que las cuotas tampoco sirven para conseguir la igualdad real (cf. n. 18) y como lo evidente excusa de cualquier demostración, no acompaña esta afirmación empírica de ningún dato ni argumento sociológico. En realidad, que las cuotas sean un medio inadecuado para obtener el fin de la igualdad está lejos de ser evidente, y aunque tampoco sea indiscutible su adecuación universal y perfecta[9], tanto el sentido común como la defensa que de ellas se hace desde una buena parte del pensamiento feminista sugieren que no deben de ser tan inapropiadas para ir avanzando en una más efectiva igualdad de oportunidades para las mujeres.

En todo caso, la línea de resistencia fundamental del Abogado General está en el mencionado argumento jurídico de que la igualdad de oportunidades es incompatible con la igualdad de resultados, esto es, con la atribución directa de iguales puestos a hombres y a mujeres, como muy modesta y limitadamente, en efecto, pretendía la política de cuotas en la función pública del Estado de Bremen. Sin embargo, esa contraposición entre igualdad de oportunidades y de resultados, que es innegable[10], opera únicamente cuando se adopta la perspectiva del individuo, pero no la del grupo (entendido éste simplemente como conjunto de individuos). Así, es cierto que cuando a un individuo se le da una igual oportunidad que a otros sobre algo (p. ej., la educación o el acceso a un cargo público), lo que se le da es una posibilidad y no el bien o resultado en cuestión, mientras que cuando se iguala en resultados a dos individuos con diferentes méritos necesariamente se han debido desigualar sus oportunidades.

Ahora bien, en cuanto entra en juego la variable del grupo, la preferencia en ciertos resultados hacia algunos individuos que forman parte del grupo tradicionalmente discriminado sobre individuos del grupo tradicionalmente privilegiado puede cumplir dos funciones: por un lado, incrementar

[9] Cf. mi artículo «Discriminación inversa e igualdad» cit., pp. 84-6.

[10] Cf. el claro análisis de Giovanni Sartori, *Elementi di teoria politica*, Bolonia, Il Mulino, 1987; cito por la t. c. de María Luz Morán, *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza, 1992, pp. 90-92 y 95-7.

la igualdad de resultados globales entre los dos grupos, que, por hipótesis, son desiguales en tal aspecto como efecto de la discriminación tradicional; y, por otro lado, realizar una más apropiada igualdad en las oportunidades del conjunto de las personas pertenecientes al grupo tradicionalmente discriminado, al alentarlas a dotarse de la formación y las condiciones necesarias y a no desistir de intentar ocupar lugares considerados inaccesibles o de muy difícil acceso[11]. Esta perspectiva del grupo puede ser muy bien la adoptada por la Directiva de la CEE. En realidad, el propio Abogado General la suscribe en algún momento, aunque luego la abandone en la sustancia de su argumentación, cuando relaciona estrechamente la igualdad de posibilidades y la igualdad sustancial (n. 9) y llega a reconocer que las desigualdades de hecho que afectan a las personas por su pertenencia a determinados grupos deben ser atacadas mediante «un derecho desigual» como «instrumento de realización de la igualdad»[12]. Si este reconocimiento no es mera retórica, significa que la igualdad de oportunidades entre los grupos puede ser realizada mediante medidas de desigualdad entre los individuos, como la que se impuso por el Estado de Bremen en el caso Kalanke.

Claro que esto supone reconocer que, como antes avancé, las políticas de discriminación inversa no son políticas de igualdad sustancial absoluta,

[11] El economista americano Lester Thurow ha utilizado expresivamente la clásica imagen de la carrera, típico reflejo de la igualdad de oportunidades, para ilustrar este proceso: «Supongamos que se ha identificado a un grupo que sufre negación de iguales oportunidades. ¿Cómo debe corregirse esta situación? Imaginemos una carrera en la que a algunos corredores se les ha asignado una pesada carga porque pertenecen a un determinado grupo. A causa de este handicap el corredor medio con carga quedará rezagado del corredor medio sin carga, aunque algunos corredores con carga adelantarán a algunos corredores sin carga. Ahora supongamos que alguien agita una varita mágica y que las cargas desaparecen de las espaldas de todos los corredores. Si los dos grupos de corredores son iguales en capacidad, la principal diferencia entre los grupos con carga y sin carga deja de aumentar, pero aquellos que sufrían por la discriminación previa nunca se equipararán. Si se tratara de una carrera donde los padres en cabeza pudieran pasar el relevo a sus hijos, no habría igualación de la carrera ni siquiera a través de generaciones. La carrera sólo podría volverse limpia si cada uno fuera obligado a parar y a comenzar de nuevo en la misma línea de salida, si todos los que no llevaban carga fueran obligados a cargar peso hasta que las diferencias en el promedio de ejecución de grupos desaparecieran o si quienes habían sufrido desventajas en el pasado recibieran privilegios especiales hasta que se equiparasen» («A Theory of Groups and Economic Redistribution», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 9, n. 1, 1979, p. 35).

[12] Dice textualmente el Abogado General que «el principio de igualdad sustancial implica tomar en consideración las disparidades de hecho ligadas a la pertenencia a una categoría de personas o a un grupo social determinado, permitiendo e imponiendo eliminar, o al menos neutralizar, mediante medidas específicas, los efectos desiguales y perjudiciales que resultan de esas disparidades para las personas que pertenecen al grupo en cuestión», de modo que, según él, sería posible «legitimar un derecho desigual [...como] instrumento de realización de la igualdad. En definitiva, el principio de igualdad sustancial completa el principio de igualdad formal, al que no permite añadir más que las derogaciones que están justificadas por el fin al que éstas tienden: asegurar una igualdad efectiva» (n. 16).

que pretendan afectar al conjunto de las jerarquías sociales en la distribución de bienes, sino, precisamente, políticas de igualdad de oportunidades entre grupos desiguales de hecho. Si se quiere visualizar esquemáticamente, la desigualdad de hecho entre hombres y mujeres en la distribución de puestos de prestigio puede representarse con una pirámide que, simplificadamente, coloca a los hombres arriba y a las mujeres abajo. Pues bien, ideal y también simplificadamente, una política de discriminación inversa sistemática y masiva conduciría a la misma pirámide pero dividida por la mitad a izquierda y derecha entre hombres y mujeres. La pirámide sigue estableciendo las mismas desigualdades de resultados entre los distintos individuos, pero -salvo que se afirme que las mujeres son en promedio inferiores a los hombres- es al fin el producto y el incentivo de una igual distribución de las oportunidades entre el grupo de los hombres y el de las mujeres para el acceso a los puestos socialmente más valorados[13].

Conclusión: igualdades y discriminaciones

Quizá la anterior conclusión parezca pobre y hasta poco atractiva para quienes desean una mayor igualdad social no sólo con independencia del sexo, sino en el sentido económico, cultural y político. Sin embargo, es aquel ideal y no éste el que se persigue cuando se habla de igualdad de oportunidades

[13] En este sentido, las políticas de discriminación inversa no garantizan -porque no es su pretensión hacerlo- la igualdad de oportunidades en el interior del grupo de las mujeres, aunque tampoco la excluyen. Por esa razón no me parece acertada la segunda de las tres condiciones sustantivas que Manuel Atienza exige para justificar la discriminación inversa: «tendría que darse el caso de que esa medida afectara positivamente, al menos en forma indirecta, a un grupo extenso de mujeres y que no redundara básicamente en beneficio de las mejor situadas socialmente» («Un comentario al caso Kalanke» cit., p. 10). A mi modo de ver, en cambio, las políticas de discriminación inversa, que de manera casi inevitable redundarán en beneficio de las mujeres socialmente mejor situadas, no por ello dejarán de beneficiar a las mujeres en su conjunto, siquiera sea indirectamente, disminuyendo y, en el límite, eliminando la imagen social minusvaloradora con las que tradicionalmente se las viene caracterizando por su pertenencia indiferenciada a un grupo.

Las otras dos condiciones sustantivas que Atienza propone para justificar la discriminación inversa, son que la medida sea «razonablemente eficaz y eficiente», y que no haya «ninguna otra medida alternativa [...] que afecte en menor grado a derechos fundamentales de los individuos». Considero a la primera perfectamente razonable -valga la redundancia-, pero tengo reservas sobre la otra. Por un lado, no es claro que la discriminación inversa implique sacrificar derechos fundamentales, pues, en el plano de la justificación moral al menos, es debatible si hay o no un derecho a ser elegido sólo por los méritos, sin posibilidad de introducir ninguna otra consideración, que, por cierto, aparece como necesaria ante la igualdad de méritos (reconozco, no obstante, que en el plano jurídico al menos, preceptos como los artículos 23.2 y 103.3 de nuestra Constitución pueden suscitar objeciones en este punto, por más que alguna base para matizar una absolutización del criterio de los méritos exista en alguna sentencia del Tribunal Constitucional, como la 27/1991, de 14 de febrero). Por otro lado, si Atienza acepta que la discriminación inversa puede justificarse aunque afecte a derechos fundamentales, siquiera sea «en menor grado», es que ella misma o, preferiblemente, sus objetivos de igualdad deben tener el rango o valor de derecho fundamental, lo que animaría a excluir la absolutización del criterio de los méritos.

entre hombres y mujeres. Debe reconocerse que no se trata de un ideal completo o suficiente, sino sólo de una exigencia necesaria, diría que incluso mínima si no fuera por lo lejos que todavía nos encontramos de ella. Es, en realidad, la elemental aspiración a eliminar una forma vieja, persistente e injusta de discriminación que las estructuras sociales insisten en mantener por encima de las propuestas y buenos deseos de las leyes. Pero, como lo muestra la sentencia Kalanke, constituye una aspiración difícil de lograr.

Para concluir, quién sabe si los magistrados y el Abogado General del Tribunal de Luxemburgo, como quizá tanta gente que opina en este debate, se han dejado también cautivar por la magia negativa de la palabra «discriminación», incluso si es inversa o positiva. Pero, por insistir en el núcleo duro de lo que he pretendido decir, en el fondo, que puede haber distinciones justificadas aunque tomen rasgos sospechosos como criterio es algo en realidad muy viejo. Tan viejo como la idea de que se deben tratar igualmente las situaciones iguales y desigualmente las que son desiguales. Una idea que, por más que formulada por vez primera por el esclavista, misógino y conservador Aristóteles, sigue sirviendo para quienes, a diferencia de él, creemos que tratar desigualmente a los injustamente desiguales puede ser un buen instrumento para ir logrando su igualdad.

R A Z O N E S Y R E G L A S

SOBRE LA RACIONALIDAD DE DICTAR Y SEGUIR REGLAS

Casi veinte años después de la publicación de *Practical Reason and Norms*, de Joseph Raz, creo que se encuentra ya bastante extendida la convicción, vigorosamente defendida en esa obra, de que la teoría del derecho debe tener su punto de partida en la clarificación de las formas de razonamiento práctico que, allí donde existe un sistema jurídico, desarrollan en relación con él tanto sus operadores como los ciudadanos a los que se aplica. Es sin duda un lugar común afirmar que todo derecho reclama para sí autoridad legítima y que, por consiguiente, pretende proporcionar a sus destinatarios razones para actuar que no son sólo -ni principalmente- de tipo prudencial. Pero la clarificación del sentido exacto de esas pretensiones exige analizar con precisión la relación entre razones y reglas dictadas por autoridades, esto es, dar cuenta del papel de estas reglas en los razonamientos prácticos tanto desde el punto de vista de sus edictores como desde el de sus destinatarios. Y esa es la cuestión en torno a la cual gira este trabajo.

En rigor, un planteamiento como éste sólo podría desarrollarse sobre bases sólidas si antes se han despejado un buen número de dificultadas previas. En primer lugar habría que aclarar, naturalmente, qué se entiende por «razón para la acción», qué tipos de razones para actuar hay y qué relaciones median entre ellas (cuestiones que, como es notorio, distan mucho de ser pacíficas). Y en segundo lugar habría que argumentar la pertinencia misma del enfoque que se propone, puesto que no faltan quienes cuestionan la idea aquí presupuesta de que la mejor forma de entender la naturaleza de las reglas pasa por su intelección en términos de razones para actuar. Aquí, sin embargo, no voy a abordar ninguna de estas cuestiones (de las que me he ocupado extensamente en otro lugar: Bayón, 1991a). En relación con las primeras, baste con señalar que a mi entender un buen número de problemas formales o estructurales que tienen que ver con cómo se razona adecuadamente a partir de las razones relevantes -como, por ejemplo, el que tiene que ver con el papel de las reglas en el razonamiento práctico- se prestan a ser analizados con independencia de cómo se responda al problema

sustantivo previo de qué (y en virtud de qué) cuenta en un caso dado como una razón relevante. En cuanto a la segunda dificultad, en vez de intentar construir alguna clase de argumento general en favor del enfoque adoptado prefiero que sean ustedes los que juzguen al término de la exposición si nos ha conducido o no a alguna conclusión interesante.

En la literatura acerca de la naturaleza de las reglas desde el punto de vista de su papel en los razonamientos prácticos hay a mi entender dos hitos fundamentales. El primero es, naturalmente, la ya mencionada obra de Raz, en la que el concepto clave es el de razón excluyente. Esa noción, sin embargo, ha sido objeto de reiteradas y a mi juicio insuperables críticas, que no pretendo en modo alguno reproducir aquí en detalle[1] (aunque sí aludiré brevemente a las discusiones en torno a dicho concepto sólo para entresacar unas pocas ideas de las que intentaré servirme más tarde). En cualquier caso -y creo que esto merece ser destacado-, el fracaso de esa noción nos coloca en una situación incómoda, puesto que si no me equivoco la forma más común de entender las relaciones de autoridad y la especificidad estructural del razonamiento jurídico parece descansar precisamente sobre esa idea ahora puesta en tela de juicio. Necesitamos, por tanto, reconstruir sobre bases nuevas nuestra comprensión de estas cuestiones.

Esas bases, me parece, bien podrían ser las que nos proporciona F. Schauer en *Playing by the Rules*, el segundo de esos hitos fundamentales a los que me refería hace un momento. En mi opinión Schauer ha puesto a punto un valioso aparato conceptual, que arroja luz nueva sobre algunos temas clásicos de la teoría del derecho y del que voy a servirme aquí en gran medida. Si bien, a mi juicio, Schauer está más cerca del blanco de lo que pueda estar cualquier otro que haya analizado con anterioridad los mismos problemas, intentaré también evaluar críticamente su punto de vista y sugerir algunas correcciones al mismo que me parecen pertinentes.

1. Razones excluyentes: una explicación fallida del papel de las reglas en el razonamiento práctico

Puede ser útil exponer abiertamente y desde el principio mi discrepancia con Raz: a mi entender, un agente verdaderamente racional no puede en ningún caso aceptar reglas como razones excluyentes. Eso es tanto como decir que un agente racional nunca queda eximido de componer el balance de *todas* las razones en juego y de actuar con arreglo al resultado del mismo. Por tanto, si un agente aprecia que lo debido, todas las cosas consideradas, no coincide con lo exigido por una regla y no obstante decide seguirla, su decisión

[1] Vid. Clarke, 1977; Flathman, 1980, 111-113 y 258-259; Gans, 1981, cap. IV; Gans, 1986; Moore, 1989; Perry, 1989; Regan, 1989; Alexander, 1990; Bayón, 1991a, apartado 8.2; Bayón 1991b; Hurd, 1991; Shiner, 1992; Edmundson, 1993.

sólo puede ser calificada como el producto de una irracional reverencia hacia la regla.

Creo que Raz admitiría la tesis que acabo de sostener si la deliberación práctica se desarrollara siempre en condiciones ideales, en las que el agente maneja información perfecta, dispone de un tiempo ilimitado para deliberar y no se ve envuelto en problemas de acción colectiva. Pero naturalmente la realidad no es así. Y lo que Raz nos sugiere es que el papel distintivo de las reglas en la deliberación práctica de un agente racional consiste en operar como mecanismos de toma de decisiones ciertamente subóptimos en relación con condiciones de deliberación ideales, pero posiblemente óptimos en circunstancias de deliberación reales. Porque en las circunstancias del mundo real el intento de actuar en cada caso con arreglo al balance de razones de primer orden (es decir, lo que yo he afirmado que debe hacer siempre un agente racional) podría resultar autofrustrante, en el sentido de que podría haber un procedimiento indirecto y alternativo de toma de decisiones que en conjunto -aunque no necesariamente en cada caso nos aproximara más a las decisiones correctas con arreglo a aquel balance. Y en esas circunstancias la racionalidad exigiría precisamente seguir ese procedimiento indirecto.

Las razones excluyentes serían entonces estrategias indirectas que, en circunstancias no ideales, servirían para maximizar en conjunto la conformidad con las razones de primer orden que excluyen[2]; y una razón excluyente sería válida, es decir, el agente tendría realmente una razón de esa clase, cuando sea cierto que la mejor estrategia de la que dispone en unas circunstancias dadas para actuar de acuerdo con las razones relevantes consiste no en intentar determinar por sí mismo qué resulta de su balance, sino en postergar su propio juicio al respecto y tomar la razón excluyente como guía de su acción[3].

---

[2] A lo largo de la obra de Raz no siempre se ha manejado el concepto de razón excluyente en este sentido, que es a mi juicio, sin embargo, el dotado de mayor coherencia y que en principio podría resultar más defendible. Sobre ello, vid. Bayón, 1991b, 43-50.

[3] Por todo ello, no debe sorprendernos que, como ha señalado Eerik Lagerspetz (Lagerspetz, 1989, 65-67), un precedente directo de las tesis de Raz se encuentre no tanto en el remoto lugar en que lo localizó Hart -el concepto hobbesiano de mandato- (Hart, 1982, 244), sino en la obra mucho más próxima en el tiempo (pero probablemente más alejada de la atención de los teóricos del derecho) de un economista estudioso de la elección racional en condiciones no ideales. Se trata de Herbert Simon, que no en vano ha encontrado un lugar en el pensamiento económico contemporáneo como teórico de la racionalidad limitada y que, exactamente como Raz, sostiene que la postergación del juicio propio es el elemento clave para entender lo que significa aceptar las reglas dictadas por una autoridad. Más aún, según Simon los supuestos en los que dicha actitud no sólo no es irracional, sino, antes bien, lo que exige la racionalidad rectamente entendida, son justamente aquellos dos a los que también alude Raz: bien cuando la autoridad es respecto a la decisión a tomar más experta que el sujeto que delibera, bien cuando se trata de resolver problemas de coordinación (Simon, 1959, 125-139).

A partir de ahí, resulta fácil entender cuándo una regla constituye para Raz una razón excluyente válida: cuando es cierto -y no siempre lo es- que en conjunto el agente maximiza la conformidad con las razones para actuar aplicables al caso si se limita a seguir la regla (incluso si él considera en un caso dado que lo debido, todas las cosas consideradas, no coincide con lo exigido por la regla). Y las relaciones de autoridad se definirían así: pretende autoridad legítima quien sostiene -sincera o insinceramente- que las reglas que emite constituyen para sus destinatarios razones excluyentes válidas; y acepta una autoridad como legítima quien da por buena esa pretensión. Y por consiguiente, *recto sensu*, no acepta una autoridad (ni sus reglas) quien en cada caso en que una regla es aplicable intenta determinar el resultado del balance de razones relevantes y hace lo que la regla exige si y sólo si coincide con ese resultado; ni reclama para sí autoridad quien dicta reglas para que sus destinatarios deliberen y actúen de ese modo ante ellas.

Hasta aquí, prescindiendo de muchas cosas que ahora no vienen al caso, la posición de Raz. Lo que interesa destacar es que para Raz no tiene por qué ser irracional -aunque a veces sí lo sea- aceptar y seguir las reglas dictadas por una autoridad como razones excluyentes. Entonces, la cuestión interesante es ésta: ¿es correcto sostener lo contrario, como yo he hecho al comienzo, incluso cuando se reconoce que la deliberación práctica real se desarrolla típicamente en condiciones no ideales? En mi opinión sí lo es. Pero para entender por qué lo es hay que superar una idea inaceptablemente simple de lo que significa determinar qué es lo debido, todas las cosas consideradas. No toma en cuenta *todas* las cosas relevantes quien considera que el paisaje de las razones para actuar no se puede ver afectado en modo alguno por la existencia de reglas e instituciones sociales; ni tampoco quien se muestra insensible ante la importancia de sus propias deficiencias epistémicas y ante el coste de adquirir y procesar información. La consideración de estos factores obliga, según creo, a refinar la teoría de las razones para actuar dando entrada a dos ideas.

La primera es la que, siguiendo a Gans, podemos llamar razones invocadas por las reglas (Gans, 1981, cap. VIII). Un agente *puede* tener dos clases de razones para realizar una acción exigida por una regla dictada por una autoridad. Unas (dependientes del contenido) las tendría de igual modo si la regla no hubiera sido dictada. Otras, sin embargo, las tiene precisamente porque se ha dictado y no tienen que ver con la calidad intrínseca del acto exigido (son independientes del contenido). Estas razones, *cuando existen*, no han sido en sentido estricto «creadas por la regla»: lo que sucede, más bien, es que la alteración del contexto fáctico (fundamentalmente, la alteración de las expectativas y disposiciones de conducta de los agentes implicados) de la que ha *podido* ser causa la emisión de la regla ha atraído hacia la acción exigida razones preexistentes que hasta entonces no eran específicamente razones para esa acción. Aquí no puedo explorar esta idea en toda su complejidad. Pero, en cualquier caso, lo que me interesa resaltar es que

un agente que trata de determinar si, *todas las cosas consideradas*, debe o no realizar la acción exigida por una regla debe naturalmente incluir en el balance *todas* las razones relevantes: también, si las hay, las invocadas por las reglas.

La segunda idea que ha de ser introducida es la que Regan ha denominado reglas indicativas (Regan, 1989, 1.004-1.013), que a mi juicio aclara satisfactoriamente el papel en el razonamiento práctico de lo que, con contornos no muy claros, suele denominarse reglas de experiencia [*rules of thumb*]. Las reglas indicativas son mecanismos para minimizar errores en condiciones de incertidumbre y ahorrar costes de decisión. Consisten en generalizaciones acerca de lo que *suele* ser correcto en ciertas clases de situaciones: no son por tanto, en sentido estricto, razones para actuar, sino razones *para creer* en situaciones de incertidumbre que cierta acción es *con la mayor probabilidad* la que uno tiene razones para realizar. Como tales, son naturalmente falibles. Pero cuando el agente sabe que no sabe lo que resulta del balance de razones, la racionalidad práctica le exige adoptar aquel procedimiento de decisión que, aun *falible*, cuente con las mayores probabilidades de aproximarle a la decisión correcta (y que es por lo tanto, en esas circunstancias, el más *fiable*). Las reglas indicativas, por tanto, no son en modo alguno razones para postergar el juicio propio acerca de los méritos del caso, sino mecanismos para conjeturar cuáles son éstos con mayor probabilidad cuando dicho juicio no puede ser formado.

Ahora podemos decir que el agente verdaderamente racional que trata de determinar seriamente el resultado del balance de razones, esto es, de identificar lo debido, todas las cosas consideradas, toma también en cuenta -si las hay- las razones invocadas por las reglas y -si es necesario- las reglas indicativas que puedan ser aplicables al caso; y que al hacerlo desarrolla lo que, estipulativamente, llamaré un balance de razones refinado o «esclarecido». No obstante, con ello no llega aún a aceptar ninguna regla como razón excluyente. Sigue entendiendo que si lo debido, todas las cosas consideradas (pero con arreglo a un balance esclarecido), no coincide con lo exigido por una regla, *siempre* será irracional seguir la regla. Lo interesante ahora es entender qué clase de argumento necesita Raz para resistirse a esa conclusión. Necesita probar que *alguna vez* es cierto que en conjunto el agente maximiza la conformidad con las razones para actuar aplicables al caso si se limita a seguir la regla (incluso aunque él considere en un caso dado que lo debido, todas las cosas consideradas -en un balance esclarecido-, no coincide con lo exigido por la regla). Si no hay ninguna situación de este tipo, entonces la clase de las razones excluyentes que son *válidas* es vacía. Y si lo es, el concepto mismo de razón excluyente resulta superfluo.

La carga de la prueba, por tanto, cae sobre Raz. Como es sabido, Raz ha sostenido que hay al menos dos contextos en los que la racionalidad práctica exigiría aceptar las reglas dictadas por una autoridad como razones excluyentes[4]. Pero me parece que en ninguno de estos dos casos su argumento

[4] Vid. Raz 1975, 64; Raz, 1986, 30, 49-50, 56, 67-69; Raz, 1989, 1194-1196; Raz, 1990, 195.

tiene éxito. El primero de estos contextos es el de la resolución de problemas de coordinación. Una regla dictada por una autoridad puede proporcionar la solución de un problema de coordinación cuando es causalmente eficaz para modificar el entramado de expectativas de los agentes implicados, lo que se conseguirá cuando todos ellos perciban como solución sobresaliente [*salient*] la acción conforme a la regla[5]. Si tras la emisión de la regla cada agente tiene razones para creer que lo que los demás harán es lo que ésta exige, entonces es sin duda su propio juicio acerca de lo que, todas las cosas consideradas, resulta del balance de razones relevantes el que le dice que ha de realizar la acción conforme a la regla. Y si, por el contrario, tiene razones para creer que la emisión de la regla no ha sido causalmente eficaz para generar las expectativas requeridas, entonces simplemente no tiene ninguna razón para hacer lo que la regla exige, ni para limitarse a obedecerla postergando su juicio de que no tiene ninguna razón para hacerlo. El argumento de la coordinación, por tanto, no demuestra que hayamos de reconocer razones excluyentes válidas.

Tampoco lo demuestra, en mi opinión, el segundo argumento que propone Raz, centrado en la idea del juicio de un experto. La consideración de este argumento me ofrece por otra parte la ocasión de decir algo más acerca de las reglas indicativas y de cómo, aunque consistan en el fondo en estrategias indirectas para la conformidad con las razones relevantes, difieren profundamente de las reglas aceptadas como razones excluyentes. Un agente trata una regla como «absolutamente transparente» si considera que sólo es racional hacer lo que la regla establece cuando se tiene la certeza de que ésa es la acción correcta según el balance de razones; y como «absolutamente opaca» si considera que ha de hacer siempre lo que la regla establezca aun cuando tenga la certeza de que no es ésa la acción correcta según el balance de razones. Una regla indicativa no es absolutamente transparente, puesto que ofrece una guía racional al agente precisamente cuando éste no sabe con certeza qué resulta del balance de razones; ni absolutamente opaca, puesto que ha de ser simplemente ignorada cuando en un caso dado el agente tiene elementos de juicio para darse cuenta con seguridad de que la acción correcta según el balance de razones no es la que la regla indicativa recomienda.

Volvamos ahora al argumento de Raz. ¿Qué actitud adoptaría un agente racional ante las reglas dictadas por una autoridad si tiene razones para creer que el juicio de ésta acerca de lo que resulta del balance de razones aplicables a cierta de clase de casos *suele* ser más fiable que el suyo propio? En mi opinión debería aceptar como *una regla indicativa* que debe cumplir las reglas de esa autoridad, lo que implica, según la explicación propuesta, que no es de ninguna manera racional postergar el propio juicio ante el de aquel

[5] En Bayón, 1991a, 670-673 he intentado explicar con detalle de qué modo puede producirse ese resultado.

cuyo juicio suele ser más fiable (el «experto») cuando se tiene la certeza de que en una ocasión determinada no lo es, de que *en esa ocasión* se ha equivocado. Pero es justamente eso lo que exigiría aceptar las reglas de la autoridad como razones excluyentes[6]. Y ello demuestra la significativa distancia que existe entre admitir el papel de las reglas indicativas en la deliberación de un agente racional y aceptar la existencia de razones excluyentes válidas.

Entiendo por tanto que no hay argumentos para dejar de mantener la tesis que presenté al comienzo: que un agente racional nunca puede aceptar reglas como razones excluyentes. Lo que ocurre es que esta tesis tiene implicaciones muy graves. Si aceptar una autoridad es aceptar sus reglas como razones excluyentes (y si pretender autoridad es pretender que las reglas que se dictan sean aceptadas de ese modo por sus destinatarios), entonces la práctica de la autoridad simplemente no puede tener lugar entre sujetos racionales. Chocamos por consiguiente con este dilema: o bien reformulamos el concepto de autoridad, de un modo tal que no haya de resultar por principio incompatible con la racionalidad; o, de lo contrario, tendríamos que admitir que, puesto que en la realidad existen relaciones de autoridad, éstas sólo serían posibles sobre la base de un importante error colectivo (en los términos de Mackie -Mackie, 1977, 35-, deberíamos postular una teoría del error respecto a la práctica real de la autoridad).

No es posible entender el derecho sin relaciones de autoridad. Y uno y otras ocupan un lugar demasiado importante en la vida de las sociedades humanas como para resignarse de entrada a aceptar la segunda de las opciones descritas. En un trabajo anterior (Bayón, 1991a, 689-691) insinué, muy de pasada, una posibilidad alternativa de entender, desde el punto de vista de quien dicta las reglas, qué podría significar pretender autoridad legítima: pretender que lo prescrito por la regla es, tras la emisión de la misma y una vez tomado en cuenta el impacto que dicha emisión haya podido tener sobre la razones para actuar de sus destinatarios, lo que éstos deben hacer, todas las cosas consideradas, cada vez que la regla es aplicable. Ahora entiendo, sin embargo, que esta explicación no es satisfactoria porque ignora algo bastante obvio en cuanto a la forma en que se guía la conducta mediante reglas generales y abstractas. Como creo que la idea a la que me refiero puede entenderse mejor a través del aparato conceptual propuesto por Schauer, permítanme que deje aquí momentáneamente la argumentación para recordar algunas de las ideas centrales de *Playing by the Rules*.

2. Un nuevo punto de partida: los modelos de toma de decisiones de Schauer

La reflexión de Schauer arranca de la constatación de que las reglas dictadas por una autoridad típicamente incluyen demasiado o demasiado poco

[6] El desarrollo completo del argumento resulta más complejo: vid. Bayón, 1991b, 59-61.

en relación al propósito que guía su producción (de manera que serían, nos dice Schauer, «supraincluyentes» [*over-inclusive*] y/o «infraincluyentes» [*under-inclusive*]: Schauer, 1991, 32-33). El sentido de esta críptica afirmación puede aclararse trayendo a la memoria algunas cosas que todos sabemos. En primer lugar, las reglas (entendiendo siempre por tales reglas de mandato generales y abstractas) prescriben cierta clase de conductas a clases de individuos en clases de situaciones. Y hay innumerables formas de agrupar en clases los objetos particulares, dependiendo de cuáles, entre las múltiples propiedades predicables de cada uno de ellos, seleccionemos como relevantes. Ello implica, naturalmente, que objetos encuadrables en una misma clase -por tener todos ellos las propiedades seleccionadas como relevantes- pueden diferir entre sí en incontables aspectos (los considerados irrelevantes para la pertenencia a la clase en cuestión).

En segundo lugar, las reglas tienen una justificación o propósito [*rationale*]. Se dictan por una razón, para conseguir algún objetivo. *Idealmente*, existirá un cierto conjunto de acciones (por parte de un conjunto de individuos y en un conjunto de situaciones) tal que su realización (u omisión) implique la satisfacción *perfecta* de ese objetivo. Llamemos a ese conjunto el conjunto ideal. El problema de quien dicta la regla consiste entonces en *cómo comunicar* cuál es el conjunto ideal, el conjunto de acciones (por qué conjunto de individuos y en qué conjunto de situaciones) que quiere ver realizadas. Podría referirse a las mismas meramente como aquellas que satisfagan el propósito buscado, pero entonces su identificación en concreto quedaría librada enteramente al juicio de quienes apliquen la directiva. Así que, si desea evitar esa pérdida de control -al menos en la medida de lo posible-, tiene que buscar la forma de agrupar a los miembros del conjunto ideal en una clase, cuya extensión sea lo más parecida posible a la del conjunto ideal, y para pertenecer a la cual haya de concurrir alguna propiedad cuya identificación no dependa del juicio *de otro* acerca de si queda o no satisfecho el propósito buscado.

Pero, como ya sabemos, cada uno de los miembros del conjunto ideal posee innumerables propiedades, que, una por una, pueden ser predicables también de acciones, individuos y situaciones que no pertenecen al mismo. Más aún, es posible que la única propiedad común a *todos* los miembros del conjunto ideal sea precisamente satisfacer el propósito de la regla. Así que, nos dice Schauer, todo lo que puede hacer quien dicta la regla es basar la selección en una relación de probabilidad (Schauer, 1991, 29): ha de seleccionar aquellas propiedades cuya concurrencia maximice la probabilidad de que nos hallamos ante miembros del conjunto ideal. Pero ello implica, por supuesto, que frente a una regla formulada con ese criterio podemos encontrar casos en los que la regla es aplicable pero en los que su cumplimiento no promueve su propósito; y casos en los que hacer lo que la regla exige promovería su propósito, pero en los que sin embargo no resulta aplicable.

Con respecto a los primeros, la regla es supraincluyente; con respecto a los segundos, infraincluyente.

Schauer denomina «experiencias recalcitrantes» a estos tipos de casos en los que no hay un ajuste perfecto entre aplicabilidad de la regla y promoción de su justificación o propósito (Schauer, 1991, 39). Y la aparición de experiencias recalcitrantes proporciona la ocasión para distinguir entre dos modelos básicos de toma de decisiones, cada uno de los cuales asigna un papel diferente a las reglas en el razonamiento práctico[7].

El primero de esos modelos es el que Schauer denomina «particularista». En él es siempre la justificación subyacente a la regla la que guía la decisión. A la regla, tal y como ha sido formulada, no se le reconoce ningún peso propio o independiente, se considera que no aporta por sí misma nada al proceso de toma de decisión, es vista, simplemente, como una ejemplificación ilustrativa y siempre derrotable [*defeasible*] de su justificación, es decir, como algo completamente transparente con respecto a las razones que están tras ella. Son éstas las que guían realmente la decisión en cada caso concreto y cada vez que la regla resulta supraincluyente o infraincluyente simplemente se deja a un lado y se resuelve directamente en virtud de la justificación subyacente.

El segundo modelo es el que cabría llamar con propiedad «basado en reglas» (el único, podría decirse, que trata a las reglas como *auténticas* reglas). Con arreglo al mismo, la regla es la que guía la decisión en cada caso concreto en que resulta aplicable, incluso cuando su aplicación no sirve a la promoción de su propósito u objetivo, es decir, incluso cuando lo que la regla exige no coincide en un caso concreto con lo que exigiría su justificación subyacente. Es la regla la que controla la decisión, bloqueando, incluso en el caso de experiencias recalcitrantes, el recurso directo a las razones que están tras ella. Como dice Schauer, la regla no es maleable a la luz de su justificación, sino que se torna resistente o queda resguardada [*entrenched*] frente a ella (Schauer, 1991, 42).

Comparando estos conceptos con las categorías de Raz, creo que puede afirmarse que en el modelo basado en reglas las directivas que ha dictado una autoridad son aceptadas como razones excluyentes. Sería un error, sin embargo, pensar que adoptar el modelo particularista frente a un conjunto de directivas dictadas por una autoridad equivale sin más a actuar según el resultado del balance de todas las razones relevantes, es decir, a hacer lo debido, todas las cosas consideradas[8]. Quien sigue el modelo particularista frente a un conjunto de reglas sólo maneja como razones relevantes las justificaciones subyacentes a las reglas dictadas: es decir, acepta ya que éstas

[7] Vid. Schauer, 1991, 51-52, 54, 76-77, 84-85.

[8] Un error que, en alguna medida, propicia el mismo Schauer cuando afirma que «[el] procedimiento que denomino "particularista" está bastante próximo a la idea de Joseph Raz de actuar "según el balance de razones"» (Schauer, 1991, 77, nota 1).

han delimitado el ámbito de las razones relevantes y lo que propugna es una determinada tesis acerca de cómo debe desarrollarse el razonamiento práctico *dentro de ese ámbito*. Por supuesto la identificación de las «justificaciones subyacentes a las reglas dictadas» constituye en sí misma un serio problema. Pero para no romper el orden de la argumentación prefiero dejar por el momento al margen esa cuestión.

El siguiente paso de importancia en la argumentación de Schauer es la introducción de un tercer modelo, que puede ser considerado como una variante refinada del particularista y al que denomina «particularismo sensible a las reglas» (Schauer, 1991, 93-100). En él, no sólo se presta atención a las justificaciones subyacentes a las reglas, sino también a las justificaciones para presentar esas justificaciones *en forma de reglas*. Recuérdese que una de las posibilidades de quien dicta la regla a la hora de comunicar cuál es el conjunto ideal que quiere ver realizado consistía simplemente en prescribir la realización de las acciones que promovieran el propósito buscado. Lo que ocurre es que seguramente hay en muchos casos buenas razones para *no* utilizar esa posibilidad, es decir, para dictar reglas potencialmente supra- e infraincluyentes (favorecer la certeza y la previsibilidad, preservar un cierto esquema de legitimidad relativo al papel que corresponde en la toma de decisiones a cada una de las instituciones que componen un aparato de autoridad, etc.). En el particularismo sensible a las reglas, quien toma la decisión sobre el caso concreto añade a las razones subyacentes a las reglas las razones para tener esas reglas, componiendo con ambas un balance más sofisticado que en el modelo particularista puro. La diferencia entre éste y el particularismo sensible a las reglas corre en paralelo a la que presenté en un momento anterior entre una deliberación tosca o simplista según el balance de todas las razones relevantes y otra refinada o esclarecida. Pero, en cualquier caso, lo que interesa destacar es que existe aún una genuina diferencia extensional entre el particularismo sensible a las reglas y el modelo basado en reglas: aunque en el primero se reconoce la importancia de tomar en cuenta el valor de disponer de reglas, sigue siendo el balance de las justificaciones subyacentes a las reglas y de las justificaciones para tener esas reglas, y no las reglas mismas, el que guía las decisiones.

Schauer cree que aún puede diferenciarse un cuarto modelo, precisamente aquél que goza de sus mayores simpatías. Pero por el momento no voy a referirme a él. Diré tan sólo que, si bien me parece obvio que entre los tres modelos ya descritos existe una genuina diferencia extensional, sospecho que ésta no es tan clara entre el particularismo sensible a las reglas y ese cuarto modelo que aún no he presentado.

Lo que ahora me parece importante mencionar son las observaciones de Schauer acerca de qué es lo que hace posible la diferencia extensional entre el modelo particularista y el modelo basado en reglas. La idea clave es aquí la de autonomía semántica (Schauer, 1991, 55 ss.). Para que la regla pueda ofrecer una guía para la decisión que no sea coextensa con la que proporciona

su justificación subyacente -es decir, para que la regla pueda funcionar auténticamente como regla en sentido estricto-, el significado de los términos en que se ha formulado debe poder ser determinado con total independencia del juicio acerca de lo que exigiría esa justificación. Cuando, por el contrario, la formulación de la regla incluye términos con carga valorativa, la resistencia o puesta a resguardo [*entrenchment*] de la regla frente a su justificación subyacente es imposible: la única forma de determinar qué casos gobierna la regla consiste precisamente en determinar cuándo queda satisfecho y cuándo no el objetivo o propósito buscado.

Diremos por tanto que el modelo de toma de decisiones basada en reglas sólo es posible con directivas que posean autonomía semántica. Y, sin necesidad de entrar en este momento en los problemas de una teoría de la individualización de normas dentro de un sistema normativo, habría que añadir ahora: sólo es posible con directivas que posean autonomía semántica y que no sean excepcionadas por otras que pertenezcan también al sistema y que carezcan de ese rasgo. Esta, me parece, es una condición *necesaria* para que pueda desarrollarse la toma de decisiones basada en reglas entendida en sentido estricto.

No es, sin embargo, una condición *suficiente* y el haberlo hecho notar me parece un mérito destacable del análisis de Schauer. El papel que juegan las reglas en un proceso de toma de decisiones depende finalmente de la actitud ante ellas que adopte aquel a quien compete decidir. Las características estructurales de la regla -que posea o no autonomía semántica; que sea o no excepcionada por otras que carecen de ese rasgo- determinan *cómo puede operar* en el razonamiento práctico, no *cómo opera*. Es perfectamente posible desarrollar razonamientos prácticos que sigan la pauta del modelo particularista en relación con un conjunto de reglas que, por sus características estructurales, podrían ser tratadas como genuinas reglas. Por eso, como dice Schauer, es «algo *a propósito* de la regla y no la regla misma» (Schauer, 1991, 128) lo que determina de qué modo opera finalmente en el razonamiento práctico. Estas observaciones, como trataré de mostrar más adelante, son del máximo interés a la hora de replantear algunos temas clásicos de la teoría del derecho como la distinción entre reglas y principios o los conceptos de caso claro y caso difícil.

Hasta aquí, reducido al mínimo necesario, el análisis conceptual. Pero el poner a punto estas herramientas teóricas tiene un mero valor instrumental como paso previo para dos tipos de investigación que son las que realmente nos interesan: la primera, de carácter empírico, consiste en preguntarse cuál de estos modelos describe de manera más fiel la práctica del razonamiento jurídico tal y como *se desarrolla realmente* en relación con un sistema jurídico determinado; la segunda, de carácter normativo o justificatorio, consiste en preguntarse con arreglo a cuál de ellos *debería desarrollarse* (o, si se quiere, cuál es más defendible en términos de racionalidad). Comenzaré por esta última cuestión, que nos permite volver sobre el problema

que quedó pendiente acerca de los términos en que podría concebirse una relación de autoridad entre agentes racionales.

3. Reformulación del concepto de autoridad: emisión y seguimiento de reglas sin razones excluyentes

Creo que ahora puede entenderse con facilidad por qué, en contra de lo que pensé en algún momento, no es fácil mantener la idea de que pretender autoridad legítima es pretender que lo prescrito por la regla es, tras la emisión de la misma y una vez tomado en cuenta el impacto que dicha emisión haya podido tener sobre las razones para actuar de sus destinatarios, lo que éstos deben hacer, todas las cosas consideradas, *en todos los casos* en los que la regla es aplicable. Esta tesis simplemente ignora el carácter supra- e infraincluyente de cualquier regla con autonomía semántica. La autoridad que dicta una regla con autonomía semántica sabe que no puede mantener que lo prescrito por ella *es siempre* -i. e., en *todos* los casos en los que la regla resulta aplicable- lo que con arreglo a la justificación subyacente resultaría debido, todas las cosas consideradas. Si tampoco puede sostener que las reglas que dicta constituyen para sus destinatarios razones excluyentes válidas, ¿en qué puede consistir entonces su pretensión para que sea racionalmente sostenible?

Una forma de buscar la salida del atolladero puede consistir en preguntarse si no podrá haber alguna clase de razón para que una autoridad dicte e imponga una regla como regla en sentido estricto aun sabiendo que lo que ella prescribe no siempre será lo debido con arreglo a su propósito o justificación subyacente. Es muy posible que el modo usual de responder a esta pregunta -y de responder con una negativa- esté condicionado por lo que podríamos llamar la tesis de la simetría, en virtud de la cual para quien dicta la regla sólo puede ser racional exigir aquello que para su destinatario sea racional aceptar: si un agente racional no puede aceptar reglas como «reglas genuinas» -esto es, no puede seguir el modelo de toma de decisiones basada en reglas-, entonces un legislador racional no podría tampoco pretender que las reglas que dicta se tomen como tales[9].

Uno de los puntos más sobresalientes del análisis de Schauer consiste precisamente en desafiar esta tesis de la simetría (Schauer, 1991, 128-134). Schauer admite que un agente racional no puede aceptar ninguna regla como regla en sentido estricto (ibid., 129), lo que significa que, incluso si coincide en considerar como razones relevantes precisamente todas las justificaciones de las reglas -y para tener esas reglas- dictadas por la autoridad

[9] Nowell-Smith, por ejemplo, está propugnando esta tesis de la simetría cuando escribe que la autoridad «es una calle de dos direcciones», en el sentido de que «en un mundo en el que los destinatarios rara vez o nunca considerasen que las directivas proporcionan razones excluyentes [...], ningún hombre racional se dirigiría a otro en forma imperativa con la intención de que el destinatario tomara lo que se le dice como una orden» (Nowell-Smith, 1978, 43).

y solamente ellas, su razonamiento práctico no podrá desarrollarse ni aun en ese caso según la pauta del «modelo basado en reglas». Para el agente la opción más racional parece el modelo particularista sensible a las reglas, lo que implica que, en cada caso en que la regla es aplicable, habrá de determinar si debe o no ser seguida.

Ahora bien, desde el punto de vista de quien dicta la regla, el destinatario puede cometer dos tipos de errores al desarrollar ese juicio: puede concluir que no debe seguir la regla cuando con arreglo a las justificaciones subyacentes sí debería hacerlo (no seguimiento injustificado) o que debe seguir la regla cuando no debería hacerlo (seguimiento injustificado). Y si el legislador tiene razones para creer que el número e importancia de los casos de no seguimiento injustificado será mayor que el de los casos de seguimiento injustificado, entonces podría tener razones para imponer sus reglas como reglas en sentido estricto aun cuando admita que no es racional para sus destinatarios seguirlas como tales. El argumento que respalda esta conclusión merece ser expuesto con algún detenimiento.

Si la autoridad sanciona *todas* las transgresiones de la regla, incluso en aquellos casos en los que *ex post* la propia autoridad admitiría que la transgresión estaba justificada con arreglo a las justificaciones subyacentes, y si las sanciones tienen la suficiente fuerza como para condicionar de un modo efectivo la conducta de los destinatarios, entonces se conseguirá, en términos generales, que éstos actúen *como si* aceptaran las reglas como reglas en sentido estricto, algo que se admite abiertamente que sería irracional que hicieran. Y el resultado de esta estrategia sería un conjunto de decisiones que no coincidiría con el que resultaría de seguir perfectamente el modelo particularista sensible a las reglas, pero que, según la hipótesis que se maneja, globalmente se aproximaría más a ese objetivo que el conjunto de decisiones que adoptarían los destinatarios de las reglas al tratar de seguir por su cuenta -y seguir imperfectamente- ese mismo modelo. Pretender autoridad legítima sería entonces sostener que imponiendo las reglas dictadas como reglas en sentido estricto se llega precisamente a dicho resultado (lo que sería perfectamente compatible con reconocer que lo prescrito por esas reglas *no es siempre* lo que con arreglo a su justificación subyacente resultaría debido, todas las cosas consideradas; y con reconocer que las reglas que se dictan no constituyen para sus destinatarios razones excluyentes válidas, porque no existe tal cosa).

Todo el argumento, como se ve, está encaminado a demostrar que, si bien un agente racional siempre ha de hacer lo debido, todas las cosas consideradas, y por consiguiente no puede adoptar el modelo de toma de decisiones basadas en reglas frente a las normas dictadas por una autoridad, un legislador racional sí puede justificadamente (en determinadas condiciones) dictar sólo reglas que por sus características estructurales pueden operar como reglas en sentido estricto y manipular estratégicamente las razones prudenciales de sus destinatarios para que éstos, aunque racionalmente deben

desarrollar frente a aquellas reglas razonamientos prácticos que no siguen la pauta del modelo basado en reglas, acaben actuando como si lo hubieran hecho (y hubieran obrado en consecuencia). Lo que el argumento sostiene es que, sin paradoja alguna, eso puede ser precisamente lo que *como legislador* debe hacer, todas las cosas consideradas. Por comodidad, me referiré simplificadamente a esta idea diciendo que el argumento está dirigido a demostrar la justificación racional que puede tener un legislador para implantar un modelo puro de toma de decisiones basada en reglas.

Ahora bien, el argumento choca con una seria dificultad: su lógica interna exige defender la idea de que puede haber una sanción justificada por la violación justificada de una regla, algo que a mí me parece difícil de aceptar[10]. Si la autoridad reconoce que las reglas que dicta son supra- e infraincluyentes con respecto a las que ella misma considera sus justificaciones subyacentes, entonces habrá actos que violen las reglas y que la propia autoridad reconozca como justificados, todas las cosas consideradas. Y lo que el argumento demanda es que se reconozca que hay una justificación racional para sancionar *también* esta clase de actos. El problema no es, como parece creer Schauer (Schauer, 1991, 133), que en la práctica la implantación de un modelo semejante pueda resultar difícil porque muchos de los llamados a administrar las sanciones podrían tener reparos para sancionar los actos de esa clase: el problema es más bien que esos reparos parecen perfectamente *justificados*. A la vista de lo que exige para una autoridad implantar un modelo puro de toma de decisiones basada en reglas, me parece difícil aceptar que pueda haber una justificación para ello[11].

Alternativamente, como señala Schauer (ibid.), la autoridad podría optar por sancionar -aunque quizá con especial severidad- sólo las transgresiones de las reglas que ex post se consideraran *no justificadas* a la luz de las justificaciones subyacentes. A pesar de ello, dice Schauer, también de ese modo se está ya manipulando estratégicamente el razonamiento práctico del destinatario de las reglas. Porque éste no tiene ex ante una certidumbre plena acerca de qué transgresiones de la regla considerará ex post justificadas quien administra las sanciones: y sabiendo que el seguimiento injustificado no trae consigo ninguna sanción y el no seguimiento injustificado sí, en caso de duda lo más seguro es cumplir la regla. Y quizá esto sea todo lo que se necesita para conseguir el objetivo buscado (un procedimiento indirecto que en conjunto -y bajo las condiciones que se han presupuesto- nos aproxime más a los resultados correctos), sin tropezar con el

[10] Sobre ello, vid. Hurd, 1993; y Alexander y Sherwin, 1994, 1200, nota 18.

[11] Postema ha señalado otra objeción: que lo que cuenta al valorar un procedimiento de decisión no es sólo si conduce en conjunto a las mejores decisiones, sino también de qué modo consigue hacerlo; y que la implantación del modelo propuesto no lo hace del modo correcto, puesto que corrompe las decisiones de los destinatarios de las normas, que dejan de hacer sólo por temor lo que perciben que tienen una justificación para hacer. Vid. Postema, 1991, 819.

problema que supone tener que defender como justificada la sanción de actos que se consideran justificados. Pero nótese que, en ese caso, la autoridad simplemente ha renunciado a implantar un modelo puro de toma de decisiones basada en reglas, ha abandonado la pretensión de que sus reglas sean tomadas como reglas genuinas.

En suma, en contra de la idea -en la que Schauer basa la tesis de la asimetría de la autoridad- de que las razones para imponer reglas constituyen una cuestión distinta de la de las razones para seguirlas, yo diría que las razones para seguirlas (o para no seguirlas) sí que afectan a las razones para tratar de imponerlas *como reglas genuinas*. Y, por todo ello, me parece que no sólo es irracional para un agente adoptar el modelo de toma de decisiones basada en reglas frente a las reglas dictadas por una autoridad, sino que también sería normativamente indefendible el intento de un legislador de implantarlo. Quizá, después de todo, no se pueda prescindir tan fácilmente de la idea de que para quien dicta la regla sólo puede ser racional exigir aquello que para su destinatario sea racional aceptar.

4. Principios y reglas, positivismo presuntivo y fronteras del razonamiento jurídico

Si todo la anterior es correcto, me parece que sería muy difícil mantener que la práctica del razonamiento jurídico, tal y como la desarrollan los órganos jurisdiccionales, *debería* seguir la pauta del modelo puro de toma de decisiones basada en reglas. Pero es que, además, *de hecho* no lo hace. Se trata por tanto de un modelo no sólo injustificable como ideal, sino también descriptivamente inadecuado. Es descriptivamente inadecuado, en primer lugar, porque ningún sistema jurídico conocido posee las características que son condición necesaria para adoptar ante las normas que lo componen el modelo basado en reglas: no están compuestos sólo por reglas que posean autonomía semántica y en ellos no está excluido el que las reglas que sí posean ese rasgo sean excepcionadas por otras que carecen de él. Por supuesto, sólo con esto ya basta para que el modelo sea descriptivamente inadecuado. Pero aún hay más. Como se explicó anteriormente, que las reglas que por sus características estructurales pueden operar en el razonamiento práctico como reglas genuinas operen realmente como tales depende de la actitud que adopten ante ellas los órganos aplicadores. Por eso, incluso si un sistema jurídico -o quizá una parte de él- cumpliera aquellas condiciones necesarias, el modelo basado en reglas seguiría siendo descriptivamente inadecuado a menos que de hecho tuviera lugar la práctica de aceptar sus reglas como reglas genuinas.

Esta última idea puede servir, a mi juicio, para proyectar algo de luz sobre algunos temas clásicos de la teoría del derecho. Uno de ellos es la distinción entre principios y reglas. Atienza y Ruiz Manero han defendido recientemente la tesis de que principios y reglas difieren entre sí en una doble dimensión: estructuralmente, en las reglas la condición de aplicación estaría

determinada en forma cerrada, mientras que en los principios estaría determinada en forma abierta; en cuanto al papel en el razonamiento práctico, las reglas operarían como razones perentorias, mientras que los principios operarían como razones no perentorias o de primer orden; y si las reglas pueden operar de ese modo es precisamente porque poseen el rasgo estructural mencionado (Atienza y Ruiz Manero, 1991, 108, 111-112; 1992, 334).

Como ya he señalado, creo que en el plano estructural hay una diferencia importante entre las directivas que podrían operar en el razonamiento práctico como reglas genuinas (las que tienen autonomía semántica) y las que no pueden hacerlo (las que no la tienen). Pero me parecería equívoco decir que las primeras *son* genuinas reglas, o que *operan* en el razonamiento práctico como «razones perentorias». Que lo hagan o no dependerá, como ya sabemos, de la actitud -o tipo de práctica interpretativa- que adopte frente a ellas el aplicador. Supongamos, por ejemplo, que adopta la actitud recomendada por Calabresi en *A Common Law for the Age of Statutes* (Calabresi, 1982), o que sostiene, como en aquella comunidad imaginaria en la que existe una «actitud interpretativa» de la que se sirve Dworkin como ejemplo en *Law's Empire*, que «las reglas estrictas han de ser entendidas, o aplicadas, o extendidas, o modificadas, o cualificadas, o limitadas» a la luz de las (mejores) justificaciones subyacentes al sistema (Dworkin, 1986, 47): entonces, simplemente, no operan en su razonamiento práctico como reglas genuinas directivas que podrían hacerlo (suponiendo que esto último sea cierto). Creo que Atienza y Ruiz Manero han visto con agudeza que alguna característica estructural es condición necesaria para que una directiva opere en el razonamiento práctico como regla genuina. Pero acaso no han reparado -si les entiendo bien- en que no es condición suficiente. Y quizá es por eso por lo que su opinión acerca de cuál es esa característica estructural no me parece la más feliz, porque no separa con nitidez las cuestiones relativas a cómo es una directiva y las relativas a qué actitud se adopta ante ella: quien adopta ante una directiva el modelo particularista de toma de decisiones puede afirmar con naturalidad que su condición de aplicación es abierta; quien ante esa misma directiva adopta el modelo puro basado en reglas (supuesto que reúna la que a mí me parece auténtica condición necesaria para ello: que posea autonomía semántica), se inclinará con igual naturalidad a decir que es cerrada.

Estas reflexiones deben orientar también nuestra comprensión de la diferencia entre casos claros y casos difíciles. Aquí lo fundamental es distinguir los problemas que tienen que ver con el significado de los términos en que está formulada una directiva de aquellos otros que tienen que ver con la adopción, en relación con ella, de uno u otro modelo de toma de decisiones[12]. Autonomía semántica no implica, naturalmente, ausencia de vaguedad. Por consiguiente habrá casos -los que caigan en la zona de penumbra-

[12] Sobre ello, vid. Schauer, 1991, cap. IX.

en los que, con arreglo a las convenciones lingüísticas existentes, será dudoso si resulta o no aplicable una directiva que posee autonomía semántica. Pero esa clase de duda no tiene la misma naturaleza que aquella otra consistente en qué hacer cuando se presenta una experiencia recalcitrante, es decir, cuando se considera que en un caso en que la regla es *claramente* aplicable su cumplimiento no serviría a su justificación subyacente (o que en uno en el que *claramente* no es aplicable su justificación subyacente exigiría hacer también lo que la norma prescribe). Sólo el modelo puro basado en reglas excluye esta segunda fuente de casos difíciles. Fuera de él, sostener que un caso puede ser difícil aunque caiga dentro de la «zona de luz» de la norma tiene perfecto sentido. Pero ello no implica, como, por ejemplo, ha sostenido Guastini, que sean los órganos jurisdiccionales los que deciden si un caso cae en la zona de luz o en la de penumbra, ni que «la penumbra misma sea el resultado de la discrecionalidad de los intérpretes» (Guastini, 1992, 116): lo que los órganos jurisdiccionales deciden, me parece, no es eso, sino si tratan o no a una directiva como regla genuina.

Hechas estas precisiones, queda en pie una cuestión fundamental. ¿Cuál es entonces realmente -y también cuál debería ser- el papel de las reglas en el razonamiento jurídico, una vez que hemos aceptado que no es -ni debería ser- el que les atribuye el modelo puro basado en reglas? En el extremo contrario al modelo basado en reglas encontrarnos una imagen del razonamiento jurídico -a la que Schauer ha llamado «the jurisprudence of justification» (Schauer, 1987; 1991, 53, nota 1) y cuyo ejemplo más característico sería la propuesta de Dworkin- en la que las reglas son ilimitadamente moldeables a la luz de las justificaciones subyacentes al sistema en su conjunto. Frente a esta imagen, ¿no habría que reclamar que las reglas se tomen en serio? ¿no tienen acaso las reglas -y más aún, no deberían tener- una importancia en el razonamiento jurídico que se corre el riesgo de pasar por alto? Además, si a la imagen de unas reglas moldeables a la luz de las justificaciones subyacentes se le añade la sensata observación de que esas justificaciones no las encuentra uno *dentro* del sistema, sino que *se proponen* en relación con él, lo que resulta de todo ello es que, se quiera o no, se difuminan las fronteras que aíslan al razonamiento jurídico del razonamiento práctico general. Sin reglas que opongan alguna resistencia a la intervención directa de las justificaciones que se proponen respecto de ellas, la imagen del razonamiento jurídico como una esfera delimitada frente al discurso práctico general resulta insostenible. Parece, por tanto, que el rechazo del modelo puro basado en reglas compromete una cierta concepción no sólo acerca de la estructura del razonamiento práctico dentro de la esfera jurídica, sino también acerca de los límites de esa esfera.

El problema radica en que no parece fácil aclarar cuál es -y quizá también cuál debería ser- ese papel de las reglas si no es el que les atribuye el modelo puro basado en reglas. Creo que Atienza y Ruiz Manero intentan dar una respuesta a esta pregunta cuando sugieren que el derecho impone a

los órganos jurisdiccionales el deber de componer un balance de razones que generalmente, pero no siempre, exige adoptar como base de su decisión una regla como razón perentoria (Atienza y Ruiz Manero, 1991, 118; 1992, 340-341). En los términos en los que está formulada, no obstante, la idea me resulta un tanto oscura. A mí me parece que la noción de razón perentoria simplemente no encaja con la afirmación de que un balance de razones decide si procede o no adoptarla. De hecho se supone que lo característico de una «razón perentoria» es que excluye esa clase de balance. Otra cosa distinta es que un balance de razones exija generalmente -pero no siempre- *hacer lo que la regla prescribe*. Pero en ese caso, tanto cuando exigen hacer lo que la regla prescribe como cuando exigen lo contrario, son aquellas razones, y no la regla, las que deciden el resultado.

Aun formulada en otros términos, me parece que la idea de Atienza y Ruiz Manero no es en el fondo muy distinta de la que propone Schauer bajo la etiqueta de positivismo presuntivo [*presumptive positivism*] o modelo presuntivo basado en reglas (Schauer, 1991, 196-206). Según Schauer, el modelo que mejor explica la práctica del razonamiento jurídico tal y como realmente se desarrolla -y a la vez el que le parece normativamente preferible- es uno según el cual las reglas gozan de «una prioridad fuerte pero superable [*overridable*]» (ibid., 204), lo que querría decir que la regla no deja de controlar la decisión cada vez que se entiende que lo que ella exige no es lo correcto a la luz de las justificaciones subyacentes, sino sólo cuando ese error (respecto a lo debido según dichas justificaciones) parece particularmente severo[13].

Ahora bien, habría que preguntarse de dónde surge esa fuerza de las reglas y en qué punto -y por qué precisamente en él- deja de ser suficiente. Schauer no responde a estas preguntas, pero me parece que sólo hay una contestación posible: proviene de añadir a las razones subyacentes a las reglas las razones para tener esas reglas (actuando como razones añadidas para hacer lo que las reglas exigen) y llega tan lejos como lleguen éstas. Y en ese caso no existe diferencia extensional alguna entre el modelo presuntivo basado en reglas y lo que Schauer había llamado antes particularismo sensible a las reglas. Uno y otro, sencillamente acaban confundiéndose[14].

Así que, después de todo, el particularismo sensible a las reglas puede ser el modelo que describe más adecuadamente cómo se desarrolla el razonamiento jurídico. Y me parece además el único racionalmente defendible (para aquel que acepte un conjunto de razones que puedan verosímilmente ser propuestas como justificación de un sistema normativo). Por todo ello,

[13] Eso es tanto como decir que hay una presunción (fuerte, pero vencible) en favor de la solución que dicta la regla; y de ahí la denominación peculiar -y que tan trabajosamente se deja trasladar a un castellano aceptable- que Schauer elige para este cuarto modelo.

[14] Es la misma conclusión a la que llegan Postema, 1991, 813-817; y Alexander y Sherwin, 1994, 1198, nota 15.

no creo que una autoridad pueda pretender racionalmente que los destinatarios de sus reglas adopten frente a éstas una actitud distinta.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXANDER, Larry, 1990: «Law and Exclusionary Reasons», *Philosophical Topics*, 18, 5-22.

ALEXANDER, Larry y SHERWIN, Emily, 1994: «The Deceptive Nature of Rules», *University of Pennsylvania Law Review*, 142, 1191-1225.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, 1991: «Sobre principios y reglas», *Doxa*, 10, 101-120.

-1992: «Objeciones de principio. Respuesta a Aleksander Peczenik y Luis Prieto Sanchis», *Doxa*, 12, 333-352.

BAYÓN, Juan Carlos, 1991a: *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

-1991b: «Razones y reglas: sobre el concepto de razón excluyente en Joseph Raz», *Doxa*, 10, 25-66.

CALABRESI, Guido, 1982: *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.

CLARKE, S.S., 1977: «Exclusionary Reasons», *Mind*, 86, 252-255.

DWORKIN, Ronald, 1986: *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.

EDMUNDSON, William A., 1993: «Rethinking Exclusionary Reasons: A Second Edition of Joseph Raz's *Practical Reason and Norms*», Law & Philosophy, 12, 329-343.

FLATHMAN, Richard E., 1980: *The Practice of Political Authority*, Chicago, University of Chicago Press.

GANS, Chaim, 1981: *The Concept of Duty*, Oxford University (tesis doctoral inédita)

-1986: «Mandatory Rules and Exclusionary Reasons», *Philosophia*, 15, 373-394.

GUASTINI, Riccardo, 1992: *Dalle fonti alle norme* (2nd. ed.), Turin, Ghiappichelli.

HART, Herbert L.A., 1982: *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press.

HURD, Heidi M., 1991: «Challenging Authority», *Yale Law Journal*, 100, 1611-1677.

-1993: «Justifiably Punishing the Justified», *Michigan Law Review*, 90, 2203-2324.

LAGERSPETZ, Eerik, 1989: *A Conventionalist Theory of Institutions*, Helsinki, Acta Philosophica Fennica.

MACKIE, John L., 1977: Ethics: *Inventing Right and Wrong*, Harmondsworth, Penguin.

MOORE, Michael S., 1989: «Authority, Law and Razian Reasons», *Southern California Law Review*, 62, 829-896.
NOWELL-SMITH, P. H., 1978: «On Legitimate Authority: A Reply to Joseph Raz», en R. Bronaugh (ed.) *Philosphical Law: Authority, Equality, Adjudication, Privacy*, Westport/Londres, Greenwood Press, 32-44.
PERRY, Stephen R., 1989: «Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory», *Southern California Law Review*, 62, 913-994.
POSTEMA, Gerald J., 1991: «Positivism, I Presume?... Comments on Schauer's «Rules and the 'Rule of Law'», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 14, 797-822.
RAZ, Joseph, 1975: *Practical Reason and Norms*, (1ª ed.), Londres, Hutchinson.
-1986: *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press.
-1989: «Facing Up: A Reply», *Southern California Law Review*, 62, 1153-1235.
-1990: *Practical Reason and Norms* (2ª ed., con el apéndice: «Rethinking Exclusionary Reasons»), Princeton N.J., Princeton University Press.
REGAN, Donald H., 1989: «Authority and Value: Reflections on Raz's *Moraliry of Freedom*», *Southern California Law Review*, 62, 995-1095.
SCHAUER, Frederick, 1987: «The Jurisprudence of Reasons» (reseña del libro de R. Dworkin *Law's Empire*), *Michigan Law Review*, 85, 847-870.
-1991: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press.
SHINE, Roger A., 1992: «Exclusionary Reasons and the Explanation of Behaviour», *Ratio Juris*, 5, 1-22.
SIMON, Herbert A., 1957: *Administrative Behavior*, 2ª ed., New York, Macmillan (1ª ed.: 1945).

SOBRE LAS REGLAS COMO RAZONES EXCLUYENTES. UN COMENTARIO AL TRABAJO DE JUAN CARLOS BAYÓN*

El artículo de Bayón (y, por supuesto, su libro[1]) me parece un trabajo excelente, estimulante y bien construido. La mía es, en consecuencia, una tarea difícil; ello explica, y espero que pueda justificar, el hecho de que plantearé un conjunto de problemas más que un comentario orgánico acerca del artículo de Bayón, el cual ciertamente merece más que mis pocas palabras.

El concepto de razones para la acción, en los trabajos de Raz[2] y en el lenguaje común, muestra, en mi opinión, una ambigüedad fundamental; algunos estudiosos como, por ejemplo, Carlos Nino[3] y Mario Jori[4], pusieron igualmente énfasis, hace algunos años, en esta ambigüedad. «Razones para la acción» denota conjuntamente y, a menudo, confusamente, tanto los motivos (generalmente hablando, las causas psicológicas de una acción intencional)

---

* Comentario presentado al III Seminario internacional de teoría del derecho, Alicante 17-19 noviembre 1994.

[1] Cfr. J.C. Bayón Mohíno, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

[2] Cfr. J. Raz, *Razón práctica y normas* (1975, 1990[2]), trad. de J. Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990; Id. *The Authority of Norms. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979; Id., *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986 (sobre el cual véase D. H. Regan, «Authority and Value: Reflections on Raz's Morality of Freedom», en *Southern California Law Review*, 62, 3-4, 1989, pp. 995-1095); Id., «Facing up: A Reply» en *Southern California Law Review*, 62, 3-4, 1989, pp. 1153-1235.

[3] Cfr. C.S. Nino, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985; Id., *Introducción a la filosofía de la acción humana*, EUDEBA, Buenos Aires, 1987.

[4] Cfr. M. Jori, «Nuovi sviluppi in teoria delle norme», en *Sociologia del diritto*, 1, 1979, pp. 171-177; Id., Il formalismo giuridico, Giuffrè, Milano, 1980. Sobre el concepto de razones para actuar, véanse también: R. Caracciolo, «El concepto de autoridad normativa. El modelo de las razones para la acción», en *Doxa*, 10, 1991, pp. 67-90; P.E. Navarro-M.C. Redondo, «Legal Norms and Practical Resoning, A Critique of Joseph Raz», en *Rechtstheorie*, 23, 1992, pp. 491-498; M.C. Redondo, *Normas jurídicas, aceptación y justificación. La noción de razón para la acción como instrumento de análisis conceptual*, tesis doctoral (Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, año 1994-95).

como las premisas del razonamiento práctico que justifican una acción. Creo que se pueden encontrar, en Raz, las siguientes dificultades:

a) no se distingue claramente entre esos dos sentidos de «razones para la acción»: tienen, por supuesto, relación mutua, pero, desde un punto de vista conceptual, no deberíamos confundirlos;

b) no se distingue claramente entre explicación y justificación (quizás, en general, por la falta de distinción en la obra de Raz entre enunciados descriptivos y enunciados normativos);

c) no se distingue claramente entre análisis lingüístico (y, dentro de él, entre inventariar y estipular el sentido de las palabras), análisis conceptual e investigación psicológica o conductista.

Mi objetivo, aquí, no es criticar directamente a Raz: Bayón ya lo ha hecho muy bien. No debemos olvidar, sin embargo, que necesitamos distinguir con cuidado, lo que Raz deja de hacer a menudo, al menos entre dos usos de «razones para la acción»: uno explicativo y otro justificativo.

Bayón también enfatiza correctamente el problema del papel de las razones para la acción en la teoría de la decisión racional. Especialmente, en su artículo, destaca el problema de si seguir una regla, como razón excluyente para la acción, podría o no ser un modelo para tomar decisiones racionales.

Presentaré algunas observaciones relativas a los tres usos potenciales de «reglas como razones excluyentes»: en la explicación del razonamiento jurídico; en la justificación de una conclusión en el razonamiento jurídico; en la teoría de la decisión racional en el ámbito jurídico.

La base (parcialmente) común de mis observaciones y preguntas es la siguiente. Bayón probablemente está en lo cierto cuando, interpretando la obra de Raz, le atribuye una concepción cerrada de razones excluyentes, y la critica como normativamente inconsistente y carente de rendimiento explicativo. En la interpretación de Bayón de las teorías de Raz y Schauer[5], las reglas podrían suministrar razones excluyentes sólo si son concebidas como provistas de autonomía semántica, es decir, como reglas en sentido estricto. Además, habría una conexión necesaria entre esas reglas como razones excluyentes y el llamado modelo basado en reglas (*Rule-Based Model*): sólo dentro del modelo basado en reglas del razonamiento jurídico, las reglas podrían funcionar como razones excluyentes. Si aceptamos esta interpretación de la tesis de Raz, que, como ya he dicho, probablemente es la mejor, es necesario abandonar la intuición de Raz sobre el papel central de las reglas, como razones excluyentes, en el razonamiento jurídico. Antes de aceptar este

[5] Cfr. F. Schauer, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

resultado, sería mejor, en mi opinión, intentar otro camino, de forma que: a) podríamos usar una concepción menos cerrada de una regla como una razón excluyente, y b) podríamos, entonces, debilitar la conexión entre las reglas como razones excluyentes y el modelo basado en reglas. Por lo que concierne al primer punto, podríamos adoptar la siguiente definición de regla como razón excluyente: una regla es un enunciado-tipo normativo, emitido por el legislador y aún sin interpretar. Esta regla deberá ser interpretada de manera que pueda ser aplicada en un caso concreto. Hay, en efecto, muchas interpretaciones semántica y jurídicamente posibles de una regla; cada una de estas interpretaciones necesita justificación jurídica. En consecuencia, en lo que concierne al segundo punto, las reglas como razones excluyentes juegan un importante papel no sólo en el modelo basado en reglas, sino también, en particular, en el modelo particularista sensible a las reglas *(Rule-Sensitive Particularistic Model)* del razonamiento jurídico. Intentaré explicar en lo que sigue, muy brevemente, ese uso alternativo de la intuición de Raz, mientras subrayo algunos problemas de Bayón.

1) Puede verse, en primer lugar, el uso del concepto de razones excluyentes en la explicación del actual razonamiento jurídico de los jueces, abogados y ciudadanos: un grupo de personas que, por supuesto, no son agentes completamente racionales en el sentido de la teoría de la decisión racional. Generalmente las reglas jurídicas, en su dominio, funcionan como razones excluyentes (es decir, motivos): generalmente, las personas toman decisiones, en el campo jurídico, guiadas por reglas, y no por otros tipos de razones. En particular, no se guían por las mismas razones pora las que generalmente no ponderan, no balancean esas razones, si existe una regla jurídica y prescribe una conducta determinada. Esa regla, por supuesto, debe ser interpretada por los jueces, abogados y ciudadanos, de forma que desempeñe su papel de guía. Pero no puedo abordar aquí este punto.

¿Por qué las reglas jurídicas juegan este papel? La explicación es bien conocida. Las reglas jurídicas son, a menudo, respaldadas por sanciones, el derecho hace efectivo el cumplimiento de las reglas a través de su mecanismo de realimentación (estoy usando una expresión de Olivecrona[6]), las actuales actitudes conformistas de la gente ayudan a esa maquinaria, seguir una regla es un mecanismo de ahorro de tiempo y trabajo, seguir una regla es, a menudo, el camino más fácil, etcétera.

He dicho muchas veces «generalmente». ¿Por qué?, Porque, evidentemente, algunas veces las reglas jurídicas no funcionan como razones excluyentes

[6] K. Olivecrona, *Law as fact*, London, Oxford University Press, 1939.

(es decir, motivos) para alguna gente. En general, esto sucede cuando las reglas jurídicas se apartan demasiado de otros tipos de razones para algunos agentes. Este es el caso, por ejemplo, del que hurta (el cual tiene fuertes motivos, fuertes intereses, en contra de la regla), o del desobediente civil (el cual tiene fuertes motivos, fuertes valores morales, en contra de la regla).

Entonces, usualmente pero no siempre, las reglas funcionan como razones excluyentes. Podríamos decir, por supuesto, que sólo las normas (las diferentes interpretaciones de las reglas) juegan ese papel como motivos de las decisiones de la gente; pero, normalmente, sin la existencia de la regla, ninguna norma podría jugar ese papel. Sé muy bien, en efecto, que el problema es mucho más complejo que esto, pero, como ya he dicho, no puedo enfrentarme aquí a este punto.

2) En segundo lugar, podemos ver el uso del concepto de razón excluyente en la justificación de una conclusión en el razonamiento jurídico. Presentaré tres observaciones.

a) Por lo que concierne a la tipología de los modelos de razonamiento jurídico de Schauer, si adoptamos mi definición estipulativa de regla, podemos observar algunas analogías entre esos modelos y algunos tipos muy conocidos de argumentación interpretativa[7] en el campo jurídico. Específicamente: i) El modelo particularista me parece semejante a la aplicación de una regla interpretada mediante el uso del argumento *ratio legis*. La argumentación teleológica se refiere a los fines, o a los objetivos, de una regla, pero no se puede ignorar completamente la existencia y la formulación del texto legal. ii) El modelo basado en reglas me parece muy rígido para la aplicación de una regla «literalmente» interpretada, de acuerdo al significado ordinario o técnico de las palabras. iii) El modelo particularista sensible a las reglas me parece semejante a la aplicación de una regla interpretada mediante el uso del argumento *ratio iuris* o argumento basado en los principios legales (normalmente constitucionales). En cada modelo, las reglas son razones excluyentes en este sentido específico: su existencia excluye toda referencia a cualquier razón fuera del dominio jurídico. En el tercer modelo, en particular, encontramos referencia a otras razones; pero esas razones son otras reglas (o interpretaciones de reglas), jerárquicamente superiores, que priman en ese caso sobre la regla interpretada. Podríamos decir, en ese caso, por ejemplo, que algunas reglas constitucionales funcionan como reglas excluyentes.

b) En lo referente a la tesis principal de Bayón («un agente racional no puede en ningún caso aceptar reglas como razones excluyentes»), estoy de

[7] Cfr. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.

acuerdo con él si se reduce el alcance de su tesis, diciendo: «un agente racional no debería, en el ámbito jurídico, aceptar siempre reglas jurídicas como razones excluyentes». Esta formulación garantiza un espacio, por ejemplo, para la desobediencia civil: mis preferencias morales también van en esa dirección. No creo, sin embargo, que Bayón esté de acuerdo conmigo en la reducción del alcance de su tesis. Algunas observaciones y preguntas son necesarias.

I) La tesis principal de Bayón, incluso si fuese correcta, me parece bastante tautológica. Según la opinión de Bayón, una agente racional es aquel que actúa en concordancia con lo que debe hacer, y él debe hacer lo que, considerando todas las cosas, tiene que hacer. Entonces, hacer, o tomar una decisión, considerando todas las cosas significa actuar sobre la base del balance de todas las razones relevantes. En efecto, actuar sobre la base de una razón excluyente no es actuar considerando todas las cosas, y consecuentemente, por mera definición, no es actuar racionalmente.

II) ¿Cuál es el significado de «racional» en el *paper* de Bayón? Algunas veces parece hacer referencia a una concepción instrumental de racionalidad; otras veces, parece deslizarse hacia una concepción substantiva de la racionalidad. Pero, quizás, en esos últimos casos no he interpretado correctamente su pensamiento.

III) ¿Por qué no deberíamos ser «irracionales»? O, en otras palabras, ¿por qué deberíamos aceptar la definición de «racionalidad» de Bayón? Creo que es imposible encontrar una fundamentación moral última, y también una fundamentación moral última de la racionalidad. Dos contraejemplos a la principal tesis de Bayón son relevantes para mi opinión. III') Legalismo moral: las reglas jurídicas son razones (morales) excluyentes para la acción. No estoy de acuerdo con el legalismo moral y, seguramente, Bayón tampoco. Pero es una elección moral última sin fundamentación última como la racionalidad de Bayón. III'') Deontologismo moral: un sistema de reglas o principios morales, jerárquicamente ordenados, que son todos razones excluyentes de diferente grado. Estoy de acuerdo con el deontologismo moral (una versión del principio P_3 de Raz: «Es siempre el caso que se debe, todas las cosas consideradas, actuar por una razón no derrotada»[8] y seguramente Bayón no compartirá mi opinión. Pero, una vez más, ésta es una elección moral última, sin ninguna justificación complementaria. Advierto, de paso, que, en mi interpretación de P_3, «todas las cosas consideradas» significa que tenemos que considerar, en cada caso, todas las reglas o principios del sistema moral que aceptamos.

[8] J. Raz, *Razón práctica y normas*, cit. p. 45.

c) Finalmente, en lo que concierne a la teoría de la decisión racional en el campo jurídico, propondría dos comentarios más.

El primero es muy ingenuo o, si se prefiere, de sentido común. Si consideramos la principal tesis de Bayón como un criterio para tomar decisiones racionales (y no como un imperativo moral, al igual que anteriormente), ese criterio, en la vida actual, nos llevará probablemente a la muerte, como al asno de Buridán. No podemos decidir siempre sobre la base de todas las razones relevantes, simplemente porque no tenemos tiempo suficiente.

El segundo es, en positivo, la otra cara de la misma moneda. Como algunos teóricos de la decisión racional han mostrado, el utilitarismo de la regla es probablemente una mejor alternativa que el utilitarismo del acto. Puede decirse: considerando todas las cosas tenemos que elegir el utilitarismo de la regla y no el del acto. Después de todo, tenemos que actuar de acuerdo a la elección de reglas como razones excluyentes.

(Trad. de Jordi Ferrer)

RESPUESTA A COMANDUCCI

Que mi trabajo haya merecido la atención de un crítico a la vez tan generoso e incisivo como Paolo Comanducci es para mí un motivo de sincera satisfacción. Comanducci plantea con agudeza sus reservas hacia varios de los puntos fundamentales de mi argumentación; y esboza además una propuesta de «uso alternativo de la intuición de Raz» que, a su juicio, resulta más prometedora que el camino que yo he tomado. Eso es tanto como decir que con su estimulante y lúcido comentario replantea desde la raíz un debate que naturalmente debe proseguir y en el que mi aportación, como cualquiera habrá advertido con facilidad, tenía un carácter meramente exploratorio y tentativo. En esta nota, sin embargo, no pretendo desarrollar mis argumentos más allá de donde quedaron, con todas sus carencias, en el trabajo criticado por Comanducci: intentaré tan sólo contestar a sus objeciones estrictamente en los términos en que me las ha formulado.

En particular, no voy a adentrarme en la consideración de su propuesta alternativa, que en su comentario -tal y como yo lo entiendo- queda más apuntada o sugerida que verdaderamente desarrollada[1]. Me limitaré a hacer dos observaciones al respecto. La primera, que si bien Comanducci postula «una concepción menos cerrada de una regla como una razón excluyente» y nos sugiere «debilitar la conexión entre las reglas como razones excluyentes y el modelo basado en reglas» -sin que, dicho sea de paso, me quede del todo claro qué quiere decir «menos cerrada» y «debilitar»-, lo cierto es que, finalmente, el resto de sus observaciones críticas parecen ir dirigidas más bien a rehabilitar el concepto de razón excluyente en su original

[1] Tampoco entraré a discutir su interpretación de Raz, que en los últimos tiempos empieza ya a ser objeto de una exégesis un tanto sofocante. Pero, en cualquier caso, no me parece que sea cierto que Raz no distinga entre el sentido explicativo y el sentido justificatorio de la expresión «razones para la acción»: vd. Raz, *Practical Reason and Norms*, Londres, Hutchinson, 1975. pp. 16 ss.

y ya clásica acepción raziana, y no en algún nuevo sentido «menos cerrado» o «debilitado».

La segunda observación tiene que ver con su definición estipulativa de «regla»: «un enunciado-tipo normativo, emitido por el legislador y aún sin interpretar». Hay, desde luego, varios sentidos diferentes en los que hablamos de «reglas». Pero el que Comanducci ha elegido me parece que no es el relevante en este contexto, en el que se trata de discutir el papel específico de las reglas en los razonamientos prácticos. Yo diría que una «regla», en el sentido estipulado por Comanducci, no es sino una formulación normativa de la que se puede entender, dependiendo de las prácticas interpretativas que se desarrollen acerca de ella[2], que expresa o bien un «principio» o bien una «regla» en algún otro sentido del término que queda pendiente de aclaración, que parece que es el relevante a la hora de distinguir entre diferentes tipos de estructura de un razonamiento práctico y que no puede ser, creo, el que corresponde a su estipulación.

En lo que sigue, por tanto, me centraré exclusivamente en las críticas que me formula Comanducci. Todas giran en torno a mi afirmación de que «un agente racional no puede en ningún caso aceptar reglas como razones excluyentes», lo que, según Comanducci, habría de crearme problemas en tres terrenos: I) «la *explicación* del razonamiento jurídico»; II) «la *justificación* de una conclusión en un razonamiento jurídico»; y III) «la teoría de la *decisión racional* en el ámbito jurídico». En los tres apartados siguientes intentaré responder a sus objeciones por ese mismo orden.

I

Comanducci llama la atención, en primer lugar, acerca del papel que de hecho desempeñarían las razones excluyentes en la *explicación* del razonamiento efectivo «de los jueces, abogados y ciudadanos». Su objeción consiste en que «generalmente las personas toman decisiones, en el campo jurídico, guiadas por reglas, y no por otros tipos de razones», lo que sería tanto como decir: a) «que no se guían por las mismas razones por las que generalmente lo hacen en campos que no pertenecen al dominio jurídico» (morales, prudenciales, etc.); y b) que «generalmente no ponderan, no balancean esas razones, si existe una regla jurídica y prescribe una conducta determinada».

Me parece oportuno formular dos observaciones preliminares antes de abordar la cuestión de fondo que encierra la objeción de Comanducci. En primer lugar, lo que sostiene Comanducci es una tesis de carácter *empírico*

[2] Sobre esta idea, en la que Schauer insiste particularmente -y a mi juicio con razón-, Vd. también, más recientemente, Cass R. Sunstein, «Problems with Rules», en *California Law Review*, 83 (1995) 953-1026, pp. 959-60.

acerca de los motivos -entendidos como estados mentales que son causas de acciones- que *de hecho* guiarían «generalmente» nuestras «decisiones en el campo jurídico». Como tal, resulta obvio que su afirmación -resulte o no correcta- no puede en modo alguno ser contradictoria con la que Comanducci llama mi tesis original: incluso si fuese verdad que «generalmente» aceptamos las reglas jurídicas como razones excluyentes, no veo en qué forma ello constituiría un argumento en contra de la afirmación de que un agente racional no podría hacer tal cosa (lo que, naturalmente, no es en absoluto una tesis empírica). Sería claramente posible dar la razón a Comanducci en cuanto a su pretensión descriptiva y seguir manteniendo a pesar de todo que, si eso es lo que ocurre en la práctica, nuestras prácticas son irracionales. Aunque decir esto me parece pertinente, no estoy sugiriendo, sin embargo, que en este punto hay entre nosotros un desacuerdo sólo aparente: hay un desacuerdo genuino, porque, como trataré de explicar en breve, discrepo además de la tesis descriptiva de Comanducci.

Antes de ello, una segunda observación que tiene ahora que ver con el alcance exacto de su tesis. Comanducci matiza sistemáticamente su pretensión con la cláusula «generalmente», porque, según admite, «algunas veces las reglas jurídicas no funcionan como razones excluyentes»; y esto sucedería «cuando las reglas jurídicas *se apartan demasiado*[3] de otros tipos de razones para algunos agentes». El problema con esta matización, desde mi punto de vista, es que no queda suficientemente claro si la cláusula «generalmente» se refiere a los *sujetos* o a las *ocasiones*. Me da la impresión de que, tal y como la usa Comanducci, en realidad se refiere a ambas cosas. Y surge entonces una dificultad que acaso valga la pena comentar.

Lo que Comanducci afirma literalmente es que las reglas jurídicas no funcionan como razones excluyentes para un agente «cuando se apartan demasiado de otros tipos de razones» (o sea: que no funcionan para él como razones excluyentes en esas *ocasiones*; y se entendería entonces que sí en el resto). Lo que yo diría, en cambio, es que *nunca* funcionan para él como razones excluyentes si sólo está dispuesto a hacer lo que la regla prescribe a condición de que no «se aparte demasiado» del resultado del balance de razones, incluso si resulta que siempre (o casi siempre) cumple la regla porque nunca (o casi nunca) percibe ese apartamiento excesivo. Si la entiendo bien, la argumentación de Comanducci implica que sólo se puede decir que el agente «no decidió guiado por la regla» en casos en los que, finalmente, *no hizo* lo que la regla prescribía. Pero eso a mi juicio es una confusión: aquí lo relevante no es *qué* hizo el agente, sino *por qué* lo hizo.

Por eso estimo que la tesis de Comanducci -que a mí me parece ambigua- debe ser reinterpretada de uno de estos dos modos: o bien considera socialmente típica la actitud de quienes aceptan las reglas jurídicas como razones excluyentes y minoritaria o excepcional aquella otra -sustancialmente

[3] La cursiva es mía.

diferente- de quienes «hacen lo que la regla prescribe mientras no se aparte demasiado de lo que exijan las razones aplicables al caso»; o bien considera socialmente típica esta última actitud, entendiendo que ello equivale a decir que sólo «generalmente» -y no «siempre», porque algunas veces sí que se produce ese apartamiento excesivo- las reglas jurídicas «funcionan como razones excluyentes» para quienes mantienen dicha actitud. En este segundo caso la cláusula «generalmente» se referiría a las *ocasiones* (y quizá también -pero esto no es ahora relevante- a los sujetos); y la tesis resultante es a mi juicio rechazable por incurrir en la confusión anteriormente apuntada. En el primero, en cambio, se referiría sólo a los *sujetos*; y la tesis resultante sí me parece entonces -pero sólo entonces- perfectamente coherente.

Como es obvio, que sea coherente no implica que sea aceptable como tesis empírica. Ello nos lleva por fin a la cuestión de fondo: la plausibilidad de su pretensión descriptiva, interpretada del modo que ha quedado apuntado. Y creo que hay que empezar por aclarar qué es exactamente lo que se está pretendiendo describir.

Comanducci habla, en términos que se me antojan demasiado generales, de cómo «las personas toman decisiones en el campo jurídico», de cómo ha de explicarse el «razonamiento jurídico de los jueces, abogados y ciudadanos». Pero cuando hablamos de explicar un «razonamiento jurídico» o de cómo se toman «decisiones en el campo jurídico» podemos estar refiriéndonos -al menos- a dos cosas que convendría diferenciar[4]: en primer lugar, al razonamiento práctico -como estricta actividad mental- que desarrolla un individuo cualquiera (operador jurídico o ciudadano privado) para decidir si hace o no lo que el derecho prescribe (incluso si, siendo un operador jurídico, lo que el derecho le ordena es dictar, motivándola, una determinada decisión); en segundo lugar, al razonamiento práctico -exteriorizado o verbalizado- que ofrece como motivación de sus decisiones el llamado por el derecho a adoptarlas (o en el caso del abogado: el que, con fines persuasivos, se presenta ante el decisor jurídico con la pretensión -sincera o no de que son ésas las consideraciones que deberían guiar su decisión). Huelga decir que los motivos reales de una decisión no tienen por que coincidir con los consignados en su motivación formal y expresa.

Me parece, por todo ello, que el problema de la «explicación del razonamiento jurídico» -o de «cómo se toman las decisiones en el campo jurídico»- debe desdoblarse en estas dos preguntas diferenciadas: 1) ¿por qué motivos los individuos hacen o dejan de hacer lo que el derecho les exige?; y 2) ¿qué es lo que los decisores jurídicos ofrecen como motivación de sus decisiones? Lo que he venido llamando «pretensión descriptiva» de Comanducci no es sino una respuesta única a estas dos preguntas: «generalmente, las

[4] El propio Comanducci ha trazado con suma claridad esta distinción en otro lugar: vid. Comanducci, *Assaggi di metaetica*, Torino, Giappichelli, 1992, pp. 199 ss.

personas toman decisiones, en el campo jurídico, guiadas por reglas [como razones excluyentes], y no por otros tipos de razones». Veamos ahora, por separado, si es o no una respuesta adecuada para cada una de esas preguntas.

En cuanto a la primera, a mí me parece claro que diferentes personas, en diferentes situaciones y en relación con diferentes reglas jurídicas actúan de hecho por los motivos más variados: unas veces (como probablemente sucede con las normas de aparcamiento) nuestras decisiones pueden estar guiadas por meras consideraciones prudenciales; otras, por consideraciones morales en favor o en contra de lo que la regla exige, con absoluta independencia de que lo exija (la regla que tipifica y sanciona el homicidio ciertamente *no* es mi motivo para no matar; ni es el art. 110 del Código Civil mi motivo para «velar por mis hijos» y «prestarles alimentos»); y no se puede descartar que algunos individuos, en algunas situaciones y en relación con algunas reglas (y guiados probablemente por una concepción de la autoridad que a mí me parece irracional) actúen del modo en que lo hacen porque las aceptan como razones excluyentes. Pero la pretensión de que esto último es lo que sucede «generalmente» se me antoja gratuita y poco realista.

La tesis de Comanducci podría parecer entonces más acertada como respuesta a la segunda de las preguntas anteriormente diferenciadas. Pero tampoco en este caso me parece convincente. En definitiva lo que sostiene, traducido a la terminología de Schauer, es que («generalmente») los razonamientos jurídicos que desarrollan los órganos jurisdiccionales cuando motivan sus decisiones siguen de hecho la pauta del «modelo basado en reglas». Y yo sigo entendiendo que eso no es cierto.

Acepto desde luego que los jueces no motivan sus decisiones apelando a razones que ellos mismos reconozcan que son extrajurídicas: siempre tratan de sostener que sus pautas de decisión, aun cuando se trate de normas *implícitas*, tienen alguna clase de conexión o sustento en el derecho explícito que permite considerarlas dentro, y no fuera, de la esfera jurídica. Pero dejando al margen lo vaporosa que puede llegar a resultar esa «conexión» y lo indefinido que, en consecuencia, puede terminar siendo el borde de aquella esfera, *dentro* de ésta se entiende -me parece que de forma indisputada- que conviven habitantes de naturaleza diversa: no sólo reglas *strictu sensu*, sino también principios, esto es, razones -jurídicas- «de primer orden» que han de ser ponderadas o sopesadas para ser aplicadas y que se admite que pueden justificar contracciones o expansiones de la clase de casos *prima facie* gobernados por una regla (tal y como resultaría de la lectura literal de una disposición a la luz de las convenciones semánticas vigentes).

Me parece que el propio Comanducci está admitiendo todo esto cuando traza un paralelismo entre los modelos de Schauer y las distintas técnicas usuales de interpretación jurídica: el hecho de que *todas* ellas sean de utilización habitual basta a mi juicio para concluir -a pesar de la discrepancia de Comanducci- que el «modelo basado en reglas» no es una representación

fiel del modo en que razonan de hecho los órganos jurisdiccionales cuando motivan sus decisiones.

II

En segundo lugar, Comanducci manifiesta ciertas reservas en lo tocante al uso del concepto de razón excluyente en la *justificación* de una conclusión en el razonamiento jurídico. Mi afirmación de que «un agente racional no puede en ningún caso aceptar reglas como razones excluyentes» le suscita tres dudas principales (que resumo alterando el orden en que él las expone): a) no queda del todo claro qué entiendo ahí por «racional»; b) en cualquier caso -y no sé hasta qué punto esta objeción es plenamente compatible con la anterior-, se trataría de una tesis puramente circular, una tautología que depende de mi propia estipulación acerca de lo que significa ser un agente racional; y c) esa estipulación constituiría una «elección moral última» sin fundamentación ulterior posible, tan última y tan imposible de fundamentar como otras elecciones morales alternativas (tales como el «legalismo» o el «deontologismo» morales): y no se ve, por consiguiente, por qué habría que aceptar que mi propia elección última es «mejor» o «más correcta» que cualquier otra de las opciones posibles.

Responder adecuadamente a cada una de estas objeciones requeriría mucho más espacio del que aquí puedo emplear (y me temo que también una claridad de ideas superior a la mía). Pero, al menos tentativamente, mis respuestas serían las siguientes.

a) Es indudable que el predicado «racional» se usa en muchos sentidos diferentes. Esto no es nada sorprendente, puesto que, en distintos contextos, se aplica a creencias (o a conjuntos de ellas), a preferencias de distintos tipos (o a conjuntos de ellas), a procedimientos de toma de decisiones (individuales o colectivos), a agentes, a acciones, etc. Esa aplicación, en ocasiones, puede violentar un tanto el uso ordinario del lenguaje. No es muy usual, p. ej., decir de una acción que es «racional» cuando se tiene en mente un sentido sustantivo de racionalidad, esto es, cuando lo que queremos decir es que hay razones -«todas las cosas consideradas»; o «no derrotadas»- para realizarla: en ese caso solemos decir, más bien, que la acción es «correcta» o que «está justificada». Pero cuando yo hablaba de un agente «racional» -o de uno que «actúa racionalmente»- no me refería a uno que realiza «acciones racionales» en ese sentido sustantivo que, en castellano ordinario, resulta decididamente extravagante: me refería a un agente que decide qué hacer de un modo racional. Que estas dos cosas no son idénticas, creo que resulta patente[5]. Qué sentido le doy a la segunda es lo que quizá requiera alguna aclaración.

[5] Como ilustración de la diferencia entre estos dos sentidos, véase lo que escribió en su diario J.S. Mill (anotación correspondiente al 26 de febrero de 1854): «Carlyle dice de los ingleses que éstos actúan más racionalmente que la mayoría de los pueblos, pero que son más estúpidos que casi ningún otro pueblo en lo que se refiere a dar sus razones para ello»; y Mill apostilla de inmediato: «La segunda de estas proposiciones pone severos límites a la primera. Actuar bien sin saber decir por qué actúa uno así, es actuar bien sólo por accidente» (J.S. Mill, *Diario*, ed. de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza, 1996, p. 38). Para Carlyle, los ingleses «actúan racionalmente» porque hacen lo que hay razones para hacer (i.e., la acción correcta o justificada); para Mill, en cambio, «no actúan racionalmente» porque no deciden racionalmente qué hacer (incluso si, «por accidente», terminan haciendo lo que es correcto o está justificado).

Aunque a lo largo de la obra de Raz hay ciertas oscilaciones -e incluso pienso que incoherencias- a propósito de este asunto, he sostenido en otro lugar[6] que el sentido en principio más aprovechable de la noción de «razón excluyente» tiene que ver con la idea de una estrategia indirecta para maximizar la probabilidad de actuar de conformidad con las razones aplicables al caso (y «excluidas» por la «razón excluyente» en cuestión). Decir entonces que un agente decide de modo racional -o, más brevemente, calificarle como «racional»- sería tanto como decir, en el sentido que aquí es relevante, que, dado un cierto conjunto de razones para actuar que él acepta - y que definen *desde su punto de vista* qué es lo correcto-, decide qué hacer siguiendo un procedimiento que verdaderamente maximiza la probabilidad de actuar de conformidad con dichas razones. Y decir, como sostuve, que «un agente racional no puede en ningún caso aceptar reglas como razones excluyentes», es decir que la aceptación de reglas como razones excluyentes *no es* ese procedimiento. Esto puede ser o no acertado, pero espero al menos que despeje las dudas en cuanto a qué entendía yo por «racional» en el contexto aludido.

b) Lo que se acaba de decir es relevante para responder a la segunda objeción (a saber: que incurro en petición de principio). Según Comanducci, la argumentación que ofrezco en apoyo de mi «tesis principal» tendría la siguiente estructura (que reconstruyo a partir de su texto con cierta libertad, pero espero que con fidelidad):

> 1) «un agente racional es aquel que actúa en concordancia con lo que debe hacer, y él debe hacer lo que, considerando todas las cosas, tiene que hacer»;

como «hacer o tomar una decisión considerando todas las cosas significa actuar sobre la base del balance de todas las razones relevantes», la premisa 1) equivaldría a esta otra:

> 1') un agente racional es aquel -y sólo aquel- que actúa sobre la base del balance de todas las razones relevantes,

y puesto que todos aceptamos que

> 2) «actuar sobre la base de una razón excluyente no es actuar considerando todas las cosas» (i.e., no es actuar sobre la base del balance de todas las razones relevantes),

entonces de 1) y 2) se seguiría mi «tesis principal»:

[6] Vid. J.C. Bayón, «Razones y reglas: Sobre el concepto de razón excluyente en J. Raz», en *Doxa*, 10 (1991) 25-66, págs. 43-49.

3) no es un agente racional quien actúa sobre la base de una razón excluyente.

Lo que Comanducci me reprocha -como sucede siempre que se impute a alguien haber incurrido en petición de principio- no es que la inferencia sea inválida, sino que no aporta ningún argumento digno de consideración en favor de su conclusión, cuya verdad estaría simplemente *presupuesta* en las premisas 1) y su equivalente 1'). Esto es, que dadas 1) y 1') -junto con la no discutida 2)- ciertamente 3) es verdadera; pero verdadera sólo *por definición*, por una mera estipulación mía acerca de lo que significa ser un agente racional.

Si mi argumentación tuviera la estructura que ve en ella Comanducci, su circularidad sería indiscutible. Pero, por fortuna para mí, creo que no la tiene. Lo primero que me gustaría aclarar es si 1) y 1') son o no realmente mis premisas y si son o no realmente equivalentes. Para empezar por esto último, creo que 1) y 1') no hablan de lo mismo. La premisa 1) define al «agente racional» en el sentido de aquel que realiza «acciones racionales», entendiendo por tales -y aquí se trata, a mi modo de ver, de ese uso extravagante o no habitual de «racional» al que me referí antes- acciones correctas o justificadas. En cambio, la premisa 1') -que he de reconocer que Comanducci no formula expresamente, pero que creo que, implícitamente, me está atribuyendo-, define al agente racional en el sentido de aquel que decide qué hacer de un modo racional[7]. La premisa 1) se refiere a actuar *de conformidad* con unas u otras razones y habla en realidad de las *acciones* del agente -cualesquiera que sean sus motivos- y de cuándo se las puede calificar como correctas; la 1'), a *actuar por* unas u otras razones, es decir, -nos habla de los *motivos* del agente y de cuándo se puede decir que fueron los correctos (incluso si el guiarse por ellos le lleva a realizar una acción que no es la correcta, porque un procedimiento de toma de decisiones puede ser el mejor en unas circunstancias dadas sin ser por ello infalible). Por eso, la conversión de 1) en 1') es engañosa: hacer lo que considerando todas las cosas se ha de hacer *no es lo mismo* que tomar una decisión considerando todas las cosas.

De hecho, me parece que la referencia en 1) al «agente racional» produce confusión. Lo que contiene en realidad 1), aunque expresado en forma un tanto oblicua, es una definición de la acción correcta o justificada. Y, estrictamente como tal, me parece bastante inofensiva y difícil de discutir. A menos, claro está, que uno entienda que las razones excluyentes tienen que ver con la determinación de qué acción es correcta y no, como pienso yo, con la de cuáles han de ser las consideraciones por las que el agente debe dejarse guiar -en ciertas circunstancias- a la hora de decidir qué hacer.

[7] Por decirlo en los términos expuestos anteriormente -vid. nota 5-, la premisa 1) se refiere a «actuar racionalmente» en el sentido de Carlyle: la 1'), a «actuar racionalmente» en el sentido de Mill.

De esto, en cambio, es exactamente de lo que nos habla 1')[8]. Lo que ocurre es que yo sí creo haber aportado algunos argumentos en favor de su aceptación, sin limitarme -como dice Comanducci- a haber estipulado crudamente que eso, y no otra cosa, es lo que hay que entender por «agente racional». Quizá convenga comentar qué tipo de argumentos eran esos y por qué me parecería injusto pedir otros de naturaleza diversa.

Uno de los problemas más fascinantes y que generan mayor complejidad dentro de una teoría de las razones para actuar viene dado por la pretensión de que, en determinadas circunstancias, intentar determinar de forma *directa* qué se ha de hacer resulta *auto-frustrante*, lo que es tanto como decir que en conjunto un agente se aproxima más a lo que tiene razones para hacer si utiliza una estrategia de decisión *indirecta*[9]. Ese es, por descontado, un problema ampliamente discutido en el seno de la tradición utilitarista, pero que puede generalizarse sin dificultad fuera de dicho marco. Pues bien, lo que ahora interesa es esto: a mi modo de ver, la naturaleza de esta pretensión es determinante a la hora de atribuir la carga de la prueba. No sé cómo se puede probar que el seguimiento de una estrategia directa en la toma de decisiones *no es* auto-frustrante: lo que en todo caso habrá que argumentar es que en ciertas circunstancias sí lo es y por qué; y que ciertas estrategias indirectas son, en esas circunstancias, globalmente preferibles. Y para quien ponga esto último en tela de juicio, no concibo más estrategia argumental que la puramente defensiva de intentar desmontar los argumentos aportados por quienes postulan la racionalidad de aquellas guías indirectas de la acción.

Raz ha proporcionado algunos argumentos de esa clase y yo he intentado explicar por qué no me parecen convincentes. Creo que ésa es toda la defensa posible de 1'). Y por eso me parece que el cargo de circularidad es injusto. Que finalmente 3) sea o no correcta no dependerá sólo de una «mera definición»: dependerá de la calidad -o de la falta de ella- de los argumentos que opuse a la pretensión de Raz.

c) La última objeción que Comanducci me formula en este apartado viene precedida por una pregunta que me parece paradójica («¿[p]or qué no deberíamos ser "irracionales"?»)[10] y otra que creo que acaba de contestarse («¿por qué deberíamos aceptar [mi] definición de "racionalidad"?»). Quizá no esté de más, sin embargo, una precisión adicional. Yo también pienso que «es imposible encontrar una fundamentación moral última» (aunque ésta es, por descontado, una cuestión enormemente compleja sobre la que siempre

[8] Una premisa, por cierto, que sólo considero aceptable si se entiende que se refiere a lo que denominé un balance de razones refinado o esclarecido.

[9] Vid. D. Parfit, *Reasons and Persons*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 55 ss.; y Larry Alexander, «Pursuing the Good -Indirectly», en *Ethics*, 95 (1985) 315-332.

[10] Prescindiendo de la doble negación, lo que Comanducci pregunta es por qué debemos ser racionales. Pero en mi opinión pedir razones para ser racional implica pretender situarse a la vez dentro y fuera de los límites del discurso relativo a las razones para actuar.

es arriesgado pronunciarse sin un buen número de matizaciones que aquí no caben), pero no creo haber postulado ninguna «elección moral última» de carácter *sustantivo*. Creo, por el contrario, que la que Comanducci llama mi tesis principal es de naturaleza estrictamente *formal* (esto es, aspira a ser válida *cualquiera que sea* el contenido de las elecciones morales últimas de un agente); y ello, repito, porque entiendo que las razones excluyentes no tienen que ver con la determinación de qué acción es correcta, sino con la de cuál es el modo óptimo, en determinadas circunstancias, de decidir qué hacer[11].

Me parece sin embargo -y probablemente ése es el origen último de nuestras discrepancias- que Comanducci entiende de un modo diferente la idea de razón excluyente. Y creo que esto resulta patente en los dos contraejemplos que opone a mi tesis principal como otras tantas «elecciones morales últimas» alternativas. De hecho, tal como los formula, estos contraejemplos me producen algún desconcierto. El primero de ellos, el «legalismo moral», queda definido como aquella posición según la cual «las reglas jurídicas son razones (morales) excluyentes para la acción»; el segundo, el «deontologismo moral», como aquella que postula «un sistema de reglas o principios morales, jerárquicamente ordenados, que son todos razones excluyentes de diferente grado». En cualquiera de esos dos casos, en realidad, parece que Comanducci entiende por razón excluyente o bien una *que prevalece* sobre otra (y que, en ese sentido, «excluye» el actuar con arreglo a ésta), o bien, simplemente, una que *realmente es* (considerada como) una razón para actuar (y que «excluye», comprensiblemente, el actuar con arreglo a lo que no se considera como tal). Pero para expresar cualquiera de esas dos ideas es del todo innecesario apelar a la noción de «razón excluyente», que por lo tanto estaría siendo utilizada de un modo espurio.

Si se desea evitar esa conclusión, pruébese a dar una respuesta diferente a las preguntas de cuáles serían, en cada uno de esos casos, las razones *excluidas* por cada una de esas presuntas razones excluyentes y qué otra cosa podría querer decir *que quedan excluidas*. Podría decirse, por ejemplo, que obedecer el derecho es, en conjunto, una estrategia más segura para hacer lo que se debe hacer que intentar determinar esto último por uno mismo (aunque no es eso lo que suele entenderse por «legalismo moral» o «positivismo ideológico», para el que o bien no hay más razón moral que las normas jurídicas, o bien estas últimas, reputadas como razones morales, prevalecerían en caso de conflicto sobre cualquier otra de signo contrario); o podría decirse también que seguir ciertas reglas morales es, en conjunto, una estrategia más segura para la maximización de lo bueno que intentar hacerlo

[11] Por supuesto se puede decir -y usualmente se dice- que un agente «ha hecho lo correcto» simplemente para indicar que, en las circunstancias en las que se hallaba, decidió qué hacer de modo irreprochable (i.e., sin que proceda imputarle responsabilidad por lo hecho), incluso si lo que hizo no fue la «acción correcta» (i.e., la que el agente hubiese reconocido como tal si hubiera podido decidir sin las limitaciones o constricciones con las que hubo de hacerlo).

mediante el cálculo caso por caso (aunque no es eso lo que suele entenderse por «deontologismo», para el que o bien carece de sentido hablar de la maximización de lo bueno, o bien, al menos, lo correcto no se define como una variable dependiente de lo bueno). Pero entonces -y dejando al margen la carga de probar por qué serían estrategias más seguras- en ninguno de esos dos casos estaríamos hablando de «elecciones morales *últimas*», que es como las califica Comanducci: porque «últimas» serían las metas a las que supuestamente se llega mejor por esas vías indirectas; y en ningún caso dichas vías, que es de lo que, en esta posible interpretación alternativa, nos estarían hablando los contraejemplos de Comanducci y que no son de ninguna manera objeto de elección última, sino que se eligen con un fundamento: que conducen -presuntamente- de modo óptimo a metas que sí serían objeto de elección última. En suma: o bien Comanducci ha propuesto dos genuinos ejemplos de «elecciones morales últimas» en los que, sin embargo, la referencia a razones excluyentes me parece fuera de lugar; o bien la referencia en ellos a la idea de razones excluyentes es apropiada (aunque está por ver que sea aceptable), pero entonces no son genuinos ejemplos de «elecciones morales últimas».

III

Finalmente, un apunte muy breve acerca de la teoría de la decisión racional en el campo jurídico. Lo que Comanducci me reprocha en último lugar es que la tesis central que yo he mantenido resulta en la práctica paralizante y, por tanto, difícilmente defendible como criterio de decisión racional. En sus propias palabras, que «no podemos decidir siempre sobre la base de todas las razones relevantes, simplemente porque no tenemos tiempo suficiente»; y de ahí se seguiría que, «después de todo, tenemos que actuar de acuerdo a la elección de reglas como razones excluyentes»[12].

Creo, sin embargo, que entre esas dos afirmaciones hay un salto considerable. Estoy totalmente de acuerdo en que un agente verdaderamente racional debe tomar en serio sus deficiencias epistémicas y los costes de adquirir y procesar información, lo que seguramente equivale a reconocer que «no podemos decidir siempre sobre la base de todas las razones relevantes»

[12] Comanducci aduce también, en apoyo de esta conclusión, que la superioridad del utilitarismo de la regla sobre el utilitarismo del acto ha sido mostrada por algunos teóricos de la decisión racional. Quizá esté pensando en autores como Harsanyi, de cuya obra es un excelente conocedor: vid. P. Comanducci, *Contrattualismo, utilitarismo, garanzie* (2ª ed.), Torino, Giappichelli, 1991. Pero ésta es sin duda una cuestión polémica y extraordinariamente compleja: y creo que Comanducci me concederá que, sin entrar a desarrollar los argumentos pertinentes -cosa que ni él ni yo podemos hacer en este momento-, resulta difícil convencer de la corrección de uno cualquiera de los puntos de vista posibles a quien no esté ya convencido de antemano.

(es decir, sobre la base de lo que yo llamé un balance «tosco» o «no refinado»). Pero Comanducci ha dado por sentado que la única alternativa posible es entonces actuar de acuerdo a la elección de reglas como *razones excluyentes*. Y esto último es exactamente lo que yo discutía, proponiendo en su lugar como estrategia de decisión *más racional* el recurso a «reglas indicativas» en el sentido de Regan. Quizá la noción de regla indicativa esté mal concebida. Quizá el procedimiento de decisión basado en reglas indicativas, rectamente entendido, resulte en realidad extensionalmente equivalente al basado en el seguimiento de reglas como razones excluyentes. Pero Comanducci debería haber aportado algún argumento que sustentara estas -u otras- formas posibles de crítica. En su ausencia, sigo pensando que la tesis que sostuve no ha sido aún desacreditada.

A R T Í C U L O S

SOBRE ALGUNAS LÓGICAS PARACLÁSICAS Y EL ANÁLISIS DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

1. Introducción

En esta nota exponemos una forma nueva de encarar sistemas proposicionales con contradicciones o inconsistencias. La misma, cuando se trata de sistemas consistentes, coincide con el tratamiento clásico. En realidad, lo que haremos es cambiar el concepto de deducción de la lógica clásica con el fin de poder manejar mejor teorías o sistemas proposicionales que incluyan contradicciones. De esta suerte somos llevados de hecho a construir una nueva categoría de lógica paraconsistente (cf. Arruda 1980). Esta lógica, que involucra a la lógica clásica como un caso particular, lógica clásica con la que está muy emparentada, será denominada, adoptando la terminología sugerida por V. S. Subrahmanian, «lógica paraclásica». Esta, en realidad, constituye un nuevo tipo de lógica paraconsistente.

La lógica paraclásica pareciera contar con numerosas aplicaciones, como, por ejemplo, en la informática y en el discurso normativo. Este último puede ser estudiado descriptiva o prescriptivamente, aunque aquí nos limitaremos a ese discurso en sus aspectos descriptivos. Reconocemos que esta limitación suscita algunos problemas, en tanto valga la tesis de que sólo el discurso prescriptivo consistente admite propiedades lógicas isomórficas con el discurso descriptivo correlativo, tal como lo han propuesto von Wright y Alchourrón (von Wright 1983 y Alchourrón 1969). Esta tesis ha sido utilizada para rescatar, entre otras cosas, la propuesta de H. Keisen de que las relaciones lógicas que se dan en el discurso normativo descriptivo valen sólo analógicamente con las relaciones lógicas que atribuimos al discurso puramente prescriptivo. El desarrollo posterior de lógicas directamente construidas sobre el discurso normativo prescriptivo permiten hacerse cargo, como los juristas y moralistas efectivamente lo hacen, de la existencia de normas o prescripciones inconsistentes, como las que exhiben habitualmente

* Con colaboración especial de Leila Z. Puga (Sao Paulo)

códigos normativos jurídicos positivos e inclusive las llamadas moralidades positivas. Ello, con prescindencia de las inconsistencias que puedan encontrarse entre las descripciones de esas normas que ensayarían, según se dice, ciencias como la jurisprudencia dogmática. Correspondería distinguir así entre el discurso normativo prescriptivo y el discurso metanormativo correspondiente. Este último carece en principio de funciones prescriptivas, aunque muchas veces los juristas y los moralistas, al sentar criterios de consistencia y sistematicidad para los códigos normativos que proponen o que defienden, recurren a un lenguaje metanormativo prescriptivo. Vale decir que, en estos casos, la aceptación de una lógica conlleva la adopción tácita de prescripciones metateóricas.

En lo que hace a la informática, todo indica que una lógica paraclásica encontraría aplicación en sistemas expertos y en programación lógica, cuando haya que recurrir a bases de datos o a informaciones inconsistentes.

En especial, en el campo jurídico, la toma de decisiones con asistencia de sistemas expertos, debe enfrentar informaciones sobre hechos y sobre normas prima facie contradictorias, como es el caso en cualquier situación litigiosa. De ahí los inconvenientes que resultarían de aplicar procedimientos deductivos clásicos a datos inconsistentes.

Nos ocuparemos en lo que sigue, sin embargo, del discurso normativo en general, cuyo problema fundamental pareciera ser el siguiente: dado un cierto código normativo (un conjunto de prescripciones o normas positivas, por ejemplo), cómo obtener alguna lógica que permita justificar deducciones e inferencias a partir de él, sin incurrir en trivialidad, aún cuando el código sea inconsistente. Naturalmente, el código mismo no será modificado, para hacerlo consistente, eliminando las contradicciones, operación que transformaría su naturaleza misma, aunque en ello consiste buena parte de la labor argumentativa de los jueces. Este tipo de transformación o cambio de un código ha sido propuesto por Makinson y Alchourrón (1981), como un modelo posible para explicar características del razonamiento jurídico llevado a cabo por jueces y abogados. En realidad, cuando se procura hacer consistente a un código contradictorio no permanecemos propiamente dicho en el código original, sino que lo reemplazamos por otro, dado que el conjunto que lo constituye tendrá una composición diferente a la del conjunto original. Puede, como se apuntó, que así procedan frecuentemente los juristas prácticos y, quizás, los moralistas casuistas y tiene alto interés teórico explicarlo en un análisis del razonamiento decisorio jurídico, por ejemplo, y de sus formas argumentativas. Queremos mostrar, en cambio, que cabe otra actitud en lo que hace al punto de vista lógico, una actitud lógica distinta, válida para ser aplicada a códigos inconsistentes o contradictorios.

Un código normativo, moral o jurídico, C, puede ser, como advertimos, inconsistente. Dada la interpretación arriba adoptada, estaríamos ante un conjunto de enunciados descriptivos de normas, o, en otra lectura, frente a un metadiscurso normativo, como se suele interpretar al discurso de la metaética

o de la ciencia dogmática del derecho formada según Kelsen, por Rechtssätze. De quedarnos Ø ÷ , k ^ en una lógica clásica, tendríamos las consecuencias contradictorias: *C*| *p* y *C*| *-p* donde - es el símbolo de la negación y | el de deducción de la lógica tradicional. Por consiguiente, desde el punto de vista lógico, *C* sería trivial, puesto que en él es derivable *C*| *q*, donde *q* es cualquier proposición expresable en el lenguaje *C* (o, si se quiere, para una interpretación prescriptiva, q sería cualquier norma, en uso prescriptivo, expresable en ese lenguaje).

Empero, no sería posible aplicar la lógica clásica a la sistematización de *C*, sin que tuviéramos que transformarlo cuando *C* es inconsistente, pero sin trivializarlo. Es cosa clara que, en investigación semejante, suponemos que no se altera *C* para hacerlo consistente. De hacerse tal cosa, *C* dejaría de ser el código inicial, como arriba se indicó, puesto que su composición y estructura se verían modificadas o cambiadas. Lo que pretendemos, pese a todo, es mantener la estructura lógica prístina de *C*. Si *C*, por caso fuera una constitución política positiva, deseamos extraer las consecuencias lógicas posibles de *C*, sin convertirla por ello en un texto constitucional consistente, con sus estructuras internas que establecen órdenes jerárquicos, pese a las antinomias debidas a autorreferencias y sin presuponer tampoco que *C* es trivial y, por ende, que cualquier cosa pueda deducirse de *C*. Por cierto que esto debe lograrse, nos parece, resguardando la índole intuitiva de la noción de consecuencia; o sea: no corresponde desviarse demasiado del concepto tradicional de consecuencia lógica que, justamente ha sido puesto en cuestión en los desarrollos recientes de sistemas expertos jurídicos a partir de lógicas no monotónicas (cf. Atti Firenze 1989, Makinson 1989, Sartor 1991). Para alcanzar ese objetivo, que es una finalidad de la lógica paraclásica, nos atendremos a un concepto de consecuencia deductiva análogo al concepto tradicional, tal como es analizado por Tarski (Tarski 1956).

En este trabajo, además, nos limitaremos exclusivamente al cálculo proposicional, aún cuando el mismo pueda ser extendido fácilmente al cálculo de predicados de primer orden o a lógicas de orden superior. Designaremos con *L* al proposicional clásico, axiomatizado de alguna de las maneras usuales. *L* poseerá, por lo tanto, un concepto de deducción representado por el símbolo |.

Representaremos conjuntos de fórmulas con letras griegas mayúsculas, y a las fórmulas, con letras latinas minúsculas. Los conectivos que nos interesan son los siguientes: ÷ (implicación material), v (disyunción), ^ (conjunción), k (negación) y Ø (equivalencia material). En la escritura de fórmulas, deducciones, etc., echaremos mano de convenciones obvias que quedarán en claro por el contexto (inclusive en lo que hace al uso de paréntesis).

La introducción luego de ciertos principios básicos de la lógica paraclásica permite verificar de inmediato que puede ser ampliada para obtener lógicas modales, deónticas, temporales, etc. manteniendo todas ellas características

paraclásicas. Así, pues, la lógica paraclásica abarcaría un gran número de lógicas, similares de cierto modo a las lógicas complementarias de la lógica clásica. Ello interesa sobremanera toda vez que se trate de elaborar una lógica modal apta para reconstruir la noción intuitiva de derivación racional que utilizan los juristas.

2. La lógica *P*

Sea *P* una lógica proposicional cuyos conceptos sintácticos coincidan prácticamente con los del cálculo proposicional clásico arriba descrito. La distinción fundamental entre un cálculo proposicional clásico y *P* radica en el hecho de que la definición de deducción, o consecuencia deductiva, en *P* es diferente de la clásica. Se trata de modificar la noción clásica de deducción, corriente en la lógica usual, de manera que obtengamos una nueva noción, | que nos permite operar con sistemas proposicionales contradictorios o inconsistentes, sin riesgo inmediato de trivialización.

En lo que sigue desarrollaremos un estudio sintáctico y semántico de *P*, limitándonos a sus resultados más sencillos, pero fundamentales, sin embargo, para el desarrollo de una lógica deóntica paraclásica.

Definición 1 (consecuencia sintáctica): Sea) un conjunto de fórmulas, y *P* una fórmula. Escribiremos:) | *p*, y diremos que *p* es una consecuencia estricta o paraclásica de), si 1) *p* 0); o, 2) si existe un subconjunto consistente ', tal que ' d), y donde ' | *p* (expresión metalingüística en que el símbolo representa el concepto de consecuencia sintáctica del cálculo proposicional clásico). La noción de consecuencia paraclásica, que podría denominarse «restricta», restringe la noción de consecuencia clásica. En nuestra notación, las nociones de consistencia, inconsistencia, etc., serán las clásicas, mientras no las distingamos con un asterisco (consistencia*, etc.) de las nociones paraclásicas correspondientes.

El conjunto vacío, i, es siempre consistente en la lógica clásica, puesto que de él no podemos derivar, evidentemente contradicción alguna, siendo esa lógica consistente. En una lógica paraclásica, por el otro lado, así como en la mayoría de las lógicas paraconsistentes, el conjunto vacío también se caracteriza porque no cabe derivar de él contradicción alguna. En la lógica paraclásica propuesta modifícase, pues, el concepto de deducción cuyo conjunto de hipótesis es vacío. Las fórmulas válidas en el nuevo cálculo, pues, son las mismas que en el cálculo clásico, pero no son las deducciones válidas. Pretendemos modificar mínimamente el sistema clásico.

Dado, pues, que el conjunto vacío o nulo es consistente, tendremos los siguientes teoremas:

Teorema 1: Si p fuese teorema del cálculo proposicional clásico, entonces | *p*.

Corolario 1: Si p fuese teorema del cálculo proposicional clásico, y ' un conjunto cualquiera de fórmulas, tendríamos que ' | *p*.

Un teorema como - " ÷ (" ÷ b) es, por lo tanto, fórmula válida en lógica paraclásica. Sin embargo, en ella, de una contradicción, "^-", no cabe deducir cualquier cosa. En lógica paraclásica, de {", -"} no cabe inferir cualquier fórmula.

Teorema 2:) | *p*, siempre que *p* 0).

Teorema 3: Si D fuera consistente (en el cálculo clásico), tendríamos que) | *p*, si, y sólo si) | *p*. Por ende, si ' fuera consistente desde el punto de vista de la lógica clásica, sus consecuencias, tanto en lógica clásica, como en lógica paraconsistente, son las mismas.

Estos teoremas establecen las relaciones arriba postuladas entre la lógica clásica y la lógica paraclásica construida.

Teorema 4:) | *p* implica) c ' | *p*, cualquiera sea el conjunto de fórmulas.

Definición 2 (trivial*):) será trivial* si) | *q*, para toda fórmula *q*. En caso contrario,) será no-trivial*.

Teorema 5: Tenemos tanto {*p*, -*p*} | *p* como {p, -*p*} pero {*p*, -*p*} es no-trivial*. Esto es, fórmulas *q* tales que {*p*, -*p*} ∤ *q*.

Este teorema, en general, puede ser demostrado así: si admitimos a q como una variable proposicional, tendremos x * {*p*, -*p*} |, *p*, puesto que {p} es consistente clásicamente y vale que *p* | *p*. Del mismo modo tendremos {*p*, -*p*} | -*p*, dado que también {-*p*} es clásicamente consistente y, por ende, vale que x * {-*p*} | -*p*. En lógica clásica, en cambio, no tenemos ni {*p*} | *q* ni {-*p*} | *q*. Por ende {*p*, -*p*} ∤ q. Esta demostración, empero es un tanto genérica, pues vale para toda fórmula del cálculo proposicional.

Cabe demostrarlo, pues, de la siguiente manera: sea " una fórmula cualquiera arbitraria. Si | " (cuando " es una tautología), resulta que existe una $ no contradictoria tal que " ∤ $. Luego, {", -"} ∤ $. Si en cambio, ∤ ", " en cuanto contradictoria lleva a -", y luego entonces {", -"} ∤ $ (donde $ es interpretada como antes). Si, por fin, siendo " contingente, ∤ -", tendríamos que existe una $ tal que " ∤ $, así como -" ∤ $. De ahí, siempre y cuando $ sea variable proposicional que no aparece en ", resultaría {",-"} ∤ $.

Teorema 6: Si {p} | *q*, y {q} | *r*, entonces {p} | *r*. La consecuencia deductiva paraclásica es transitiva.

Definición 3: (*operador de consecuencia paraclásica*):) = {*p*:) | *p*}. Sin) es el conjunto de las consecuencias paraclásicas de),) cumple en la lógica paraclásica una función semejante al operador de consecuencia de Tarski, Cn ( )).

Teorema 7:) d ϕ. O sea: ' d ϕ implica que ' d).

Si) está incluido en el conjunto de sus consecuencias ϕ tendremos también que las consecuencias de las consecuencias de) son consecuencias de). Como ϕ queda definido, a fortiori queda también definido ª. O, en el

simbolismo de Tarski: si se define Cn ( )), para cualquier conjunto) , entonces también queda definido Cn (Cn( ))). Escribiremos) d = ª para afirmar que el conjunto de las consecuencias de) está contenido en el conjunto de las consecuencias de las consecuencias de) . O sea, según Tarski, Cn( )) d Cn((A)). Sin embargo, en algunos casos, cabe obtener la fórmula más fuerte) =ª, por cuya razón no cabe sostener que) sea un subconjunto propio de ª. Pero si) fuera clásicamente consistente, tendríamos)=ª, como Tarski postula para la lógica clásica. Si) fuera inconsistente, ello no resultaría. Puesto que, si) ={*p*,-*p*};entonces: *p* v -*q* O) , y -*p* O). Por ende, -*q* O ª y *q*O ª, aunque resulte que *q*O). La lógica paraclásica sólo retiene, pues,) d) .

Definición 4: Designaremos T al conjunto de fórmulas de P.

Teorema 8: Si) ... T, entonces) es no-trivial* y viceversa. Vale decir, exiten fórmulas que no son consecuencia paraclásica de) . Esto es:) es no-trivial*. Este teorema reitera la anterior definición 2.

Teorema 9: Sea) un conjunto finito de fórmulas; entonces, la relación) | *p* es decidible, pues existe un procedimiento mecánico para decidir si p es o no es consecuencia paraclásica de) . Como es posible obtener los componentes consistentes de) , cabe recurrir a tablas de verdad o procedimientos similares, para decidir la validez de la relación.

Definición 5 (*inconsistente**): diremos que) es inconsistente* si existe una fórmula *p* tal que) | *p* y también) | -*p*. En caso contrario, diremos que) es consistente*.

La consecuencia demostrable que nos interesa destacar es:

Teorema 10: Existen conjuntos inconsistentes* que, sin embargo, son no-triviales*.

Definición 6 (*componentes de*)): Sea) un conjunto de fórmulas. En) podemos distinguir sus subconjuntos maximales consistentes en) , si ' es consistente y no está contenido propiamente en ningún conjunto consistente Q, tal que Q d)). Denominaremos a los conjuntos maximales consistentes de) , componentes de) .

Teorema 11: Sea p una fórmula no contradictoria. Entonces,) | *p* si, y solamente si existe un componente ' de) , tal que ' | *p*.

Teorema 12: Si) | *p*, entonces) | *p*, pero no necesariamente a la inversa.

Definición 7 (*consecuencia semántica paraclásica*): Diremos que *p* es una consecuencia semántica paraclásica de) , y escribiremos) Ö *p*, si todo modelo clásico de por lo menos un componente de) es también modelo de *p*, o, si *p* no tuviera modelo, *p* O) .

Teorema 13:) | *p*, si, y sólamente si,) Ö *p*.

Teorema 14: En *P* tenemos que) ª d ª, aunque no siempre se verifique que) d ª. Es obvio que) d ª. Pero si) = {*p*, -*p*},donde *p* es una variable) será trivial*, como se verifica fácilmente.

En el cálculo paraclásico tenemos que son teoremas (i.e.: fórmulas válidas) todos los teoremas del cálculo proposicional clásico y solamente ellos. Por consiguiente, la noción de demostración es la misma que la del cálculo clásico. Pero la noción de deducción, en cambio, es distinta. Por ende, tenemos el siguiente.

Teorema 15: No son válidas en lógica paraclásica las siguientes inferencias, (deducciones) clásicas, entre otras:

{" v $} | " {" v $} | $
{a} | " w $ {$} | " w $
{- -"} | " {", -"} | $
{" v -"} {a} | -$
{"6$, "6-$} | -"

A partir de estos resultados, cabe desarrollar una teoría paraclásica de modelos cuyos detalles, con todo omitiremos aquí.

Es claro que si) fuera un conjunto de fórmulas, entonces, en mérito a los desarrollos anteriores, podría obtenerse:) | *p*, y) | -*p*, sin que por ello) quede trivializado por la relación de consecuencia paraclásica. En síntesis, pues, *P* puede servir como lógica subyacente a sistemas proposicionales inconsistentes y no triviales. En otras palabras, *P* es una lógica paraconsistente de gran fuerza inferencial. Esquemas inferenciales a que habitualmente recurren los juristas, como la reducción por el absurdo o el argumento e contrario, no quedan excluidos en lógica paraclásica, aunque puedan exhibir formas distintas. Así, si " no es válida clásicamente (i.e., no es una tautología), tendremos que, si ' | ("6$) v ("6-$) entonces ' | -", una de las formas de argumento por el absurdo válida paraclásicamente.

Es posible, como se indicó, construir una lógica paraclásica de primer orden. Pero el concepto de deducción, en ese caso, no sería efectivo, pues no habría método de decisión para establecer si un conjunto de fórmulas, aún finito, cuenta con un modelo (es consistente). Habrá que examinar este punto en trabajos futuros. Señalaremos que un problema análogo se presenta en relación con la construcción de una lógica paraclásica de orden superior.

[Cabe observar que la definición arriba ofrecida de consecuencia paraclásica depende en rigor de la sintaxis del conjunto. De ahí que, por ejemplo, los conjuntos de fórmulas siguientes son todas clásicamente triviales (contradictorios):

$)_1 = \{p, p6q, p6 -q\}$
$)_2 = \{p \vee (p6-q), p6-q\}$
$)_3 = \{p \vee (p6-q), p6q\}$
$)_4 = \{p \vee (p6q) \vee (p6-q\}$
$)_5 = \{p, (p6q) \vee (p6-q\}$

Sin embargo, no sucede lo mismo en la lógica paraclásica.

3. Una lógica deóntica paraclásica

Si en lugar del cálculo proposicional clásico, partiésemos de un cálculo proposicional deóntico, conforme al método anteriormente expuesto, obtendríamos una lógica deóntica paraclásica. Semejante lógica puede manejar sistemas deónticos inconsistentes, así como códigos normativos en que se presentan dilemas deónticos, sin que por ese motivo se llegue a una trivialización. Por cierto que corresponde atender que se trata de sistemas deónticos descriptivos que exhiben contradicciones, y no de contradicciones entre prescripciones, no definidas en nuestro sistema.

A continuación desarrollaremos una lógica deóntica paraclásica, en el nivel proposicional y mostraremos como la presencia de normas (i.e.: *Rechtssätze*) contradictorias, o de dilemas deónticos, no hace de su manipulación lógica cosa trivial.

Partiremos de un lenguaje proposicional *L*, como el anteriormente descrito, al que agregaremos el operador deóntico-descriptivo de obligación: O. La noción de fórmula y los demás conceptos de la gramática de *L* se definen de la manera usual. Por ende, el sistema deóntico paraclásico que llamaremos *TDP* poseerá los postulados (reglas de inferencia primitivas y esquemas de axiomas) de *TD* (cuyos axiomas específicos se indican a continuación):

I) p, siempre que p sea instancia de una tautología (del cálculo proposicional clásico).

II) $\dfrac{p, p \to q}{q}$

III) $O(p \to q) \to (Op \to Oq)$

IV) $Op \to -O-p$

V) $\dfrac{p}{Op}$, cuando *p* es tesis de *TD*.

En *TD* se introduce el símbolo de deducción, |, el concepto de teorema etc., de la manera corriente *TD* es el análogo deóntico del ... modal alético de Feys-von Wright (cf. Hughes & Cresswell, 1968). Definiremos, entonces, la lótica *TPD*, de manera que *TPD* esté en relación con *TD*, como *P* lo está con la lógica proposicional clásica. En este cálculo deóntico *TPD* tendremos que todo teorema de TD es también teorema de *TPD*. Lo que se modifica es el concepto de deducción, para poder manejar sistemas inconsistentes sin incurrir en el peligro de trivialización ni en los dilemas deónticos conocidos, así como tampoco en una trivialización deóntica en la cual | *Op*, para cualquier proposición *p*.

En especial, cabe definir sin dificultad la noción de consecuencia sintáctica de TDP, |, cuidando de definir los componentes consistentes de un conjunto de fórmulas, no sólo como consistentes a nivel proposicional,) d '

es un componente de ' si 1) D es consistente con respecto a fórmulas proposicionales puras, vale decir, donde no exista un ", fórmula proposicional tal que) | " y) | -". Si " no es fórmula proposicional pura, 1) implica 2):) no implica O*q*, para cualquier proposición *q)*.

Se comprueba fácilmente que un código normativo basado en *TDP* puede ser inconsistente sin ser trivial, y que los dilemas deónticos, como O*p* ∨ O-*p* no hacen trivial a *TDP*.

Cabe observar también que *P* se encuentra íntimamente correlacionado con la llamada lógica discursiva de Jaskowski (cf. por ejemplo, da Costa 1975). Interesa también destacar el punto en relación con las llamadas lógicas conversacionales de Joergensen.

4. Consideraciones generales relacionadas con el derecho, la moral, etc.

Es frecuente, entre juristas y moralistas, considerar no sólo que el discurso metanormativo de la ciencia jurídica y de la especulación ética está sujeto a pautas lógicas, sino que, a nivel prescriptivo, las decisiones morales y jurídicas pueden ser racionales en la medida en que están sujetas a pautas lógicas. Juristas y moralistas hablan corrientemente de contradicciones normativas, cuando encuentran reglas prescriptivas prima facie incompatibles, así como inferencias normativas, cuando a partir de normas generales se deducen normas específicas. La teoría jurídica, en especial, se ha preocupado por la reconstrucción racional del razonamiento práctico mediante el cual los órganos decisorios llegan a conclusiones prescriptivas que consideran consecuencia lógica de premisas declarativas y normativas. Cual sea, sin embargo, la lógica o lógicas que legitimen la validez de tales razonamientos en contextos normativos o decisorios no es asunto pacífico. Por el contrario, es frecuente entre teóricos del derecho, como H. Kelsen, y filósofos y lógicos, como G. H. von Wright, rechazar la posibilidad de que, en esos contextos normativos y decisorios, quepan razonamientos deductivos en sentido lógico tradicional, toda vez que las normas en función prescriptiva no admiten un cálculo veritativo-funcional como el de la lógica clásica. Frente a este irracionalismo normativo, como se lo ha denominado, los juristas y los moralistas, desde siempre, consideran que es posible obtener derivaciones deductivas en un discurso normativo, ateniéndose a pautas lógicas.

La lógica clásica proposicional, como es sabido, y las lógicas modales deónticas elaboradas a partir de dicho cálculo, exhiben teoremas paradójicos, por lo menos, en el sentido de que no se ajustan a las interpretaciones corrientes de los lenguajes naturales. Así, en terreno de una lógica normativa, la paradoja de Ross deriva del banal teorema que permite inferir una disyunción a partir de una proposición cualquiera. El principio *ex falso aliquid sequitur* que vale como teorema clásico, tendría su equivalente en los sistemas deónticos standard, interpretándoselo en el sentido de que cabe cualquier

conclusión normativa a partir de premisas deónticas contradictorias. En contextos decisorios, la validez ilimitada de este último teorema tendría consecuencias graves. Las sentencias judiciales, en los estados de derecho, pretenden ser consecuencia razonada, entre otras cosas, de las normas jurídicas reconocidas como válidas. Si un orden jurídico, como sucede en los derechos positivos históricos, contuviera normas contradictorias, cualquier decisión judicial, sea cual fuere su contenido, aparecería como una derivación deductiva correcta del derecho vigente. Tal consecuencia es rechazada por los juristas tradicionales y también por las ideologías políticas que respaldan el llamado estado de derecho. Aceptar esa consecuencia parece incurrir en una forma de irracionalismo decisorio.

Claro que para las tendencias irracionalistas mencionadas, para las cuales es imposible definir estrictamente una contradicción normativa, esa aparente paradoja del principio de Duns Scotus (también atribuido al Pseudus Scotus) se desvanece. Pero el precio pagado -el discurso prescriptivo del derecho y de la moral sería alógico y, por ende, irracional-, parece demasiado alto. Es corriente que los juristas tengan que hacerse cargo de códigos normativos en que, prima facie, las contradicciones deónticas abundan: basta recorrer el articulado de cualquier ley compleja o intentar hacer explícitas las reglas morales vigentes en una comunidad. Más aún: los juristas profesionales saben que en toda situación conflictiva, como un pleito o litigio, en que debe tomarse una decisión, frecuentemente enfrentarán no sólo premisas fácticas contradictorias (como las versiones contrarias de algunos hechos que darán en un conflicto judicial las partes litigantes), sino normas inconsistentes que el derecho positivo contiene como resultado no sólo de incoherencias legislativas, sino de la acumulación histórica caótica de leyes y normas. Los juristas han desarrollado estrategias para solucionar estos problemas, como la regla de la lex posterior y otras. Recientemente se ha planteado la cuestión de si la aparición de paradojas lógicas en el razonamiento jurídico no fuera el resultado de la aplicación de una lógica, como la clásica, inadecuada para el control racional del proceso decisorio judicial o político. Por ende, se han propuesto lógicas normativas divergentes destinadas a evitar tales paradojas y, en especial, las consecuencias teóricas catastróficas del teorema de Duns.

El pensamiento especulativo moral, en cambio, no ha desarrollado técnicas semejantes, aunque ha reconocido desde siempre la existencia de paradojas en el discurso normativo ético, sobre todo bajo la forma de dilemas morales. Carece de sentido, por cierto, establecer una regla moral semejante a la regla jurídica de la lex posterior, toda vez que se suele pensar a las normas o principios morales como atemporales. Otras propuestas destinadas a disolver las inconsistencias presentes en códigos morales son, en todo caso, no sólo cuestionables desde un punto de vista lógico, sino que carecen propiamente de fundamento ético que las convalide (cf. R. Routley &

V. Plumwood, 1984). En efecto, una regla de preferencia en el plano metaético no puede ser considerada un precepto moral en sentido corriente.

Las lógicas sugeridas para evitar las consecuencias contraintuitivas de la lógica clásica en el terreno normativo, han sido de distinto tipo. Algunas intentan una reconstrucción de las modalidades efectivas con que los juristas razonarían al adoptar decisiones normativas. Tendríamos algo así como una lógica jurídica *ad hoc*, como la subyacente a ciertos argumentos jurídicos (a simile, e contrario, a fortiori) que no son, en principio, leyes lógicas válidas. (cf. Perelman 1976, Miró Quesada, 1988). Otros han sugerido lógicas más dúctiles o blandas, que admiten más valores designados que la verdad y falsedad clásicas (cf. Weinberger 1987); se trata, por caso, de lógicas plurivalentes o lógicas que eliminan algunas de las restricciones que imponen el tercero excluido o las tautologías correspondientes al condicional material. Tenemos, así, por ejemplo, lógicas naturales deónticas, con formas de deducción natural o por secuencias, o lógicas relevantes normativas (cf. Alchourrón & Martino 1989). O bien se proponen recurrir a una lógica deóntica *fuzzy* para hacerse cargo de conceptos jurídicos y razonamientos por analogía (Reisinger 1979, Mazzarese 1992). Una versión más radical, que pone en cuestión la noción misma de racionalidad, es la lógica deóntica paraconsistente no alética diseñada por N. Grana (Grana 1990a y 1990b).

También se ha planteado el interrogante de si los razonamientos jurídicos decisorios, en contextos normativos, considerados como deducciones, responden a las condiciones clásicas de la noción de consecuencia. Esta última responde al requisito de monotonía, como lo expresa típicamente la regla inferencial que permite agregar premisas al antecedente de todo condicional material. Dicha característica, propia de la noción de consecuencia de la lógica clásica, ha sido puesta en cuestión por lógicos interesados en reconstruir el razonamiento jurídico. Se han propuesto así lógicas no monotónicas, donde la introducción de nueva información o premisas en los antecedentes de una conclusión deductiva quitan validez al razonamiento. Tal cosa ha sido propuesta, muy especialmente, por programadores interesados en la construcción de sistemas expertos en derecho (cf. Smith, 1989), así como su necesidad ha sido cuestionada (cf. Makinson, 1989). Se trata, pues, de un problema aún pendiente (cf. Alchourrón, 1991).

Otra alternativa teórica interesante, empero, se encuentra en recurrir, ya no en lógicas divergentes de tipo natural o relevante, sino paraconsistentes, lógicas en las cuales la inconsistencia (presencia de contradicciones, definidas de cierta manera), no implica la trivialización que el principio ex falso introduce en la lógica clásica. En ésta, inconsistencia y trivialización se complican. ¿Es posible, en cambio, construir sistemas lógicos inconsistentes, pero no triviales? Ello ha sido logrado, en extensa medida, por los sistemas lógicos paraconsistentes que desarrollarán, inicialmente, Jaskowski y, más recientemente, N. da Costa y sus discípulos (cf. N. Rescher & Brandom, 1979 y Arruda, cit. supra, 1980). Tales lógicas paraconsistentes

no sólo tienen importancia para el desarrollo de la noción filosófica de verdad (cf. von Wright, 1990), un concepto central en el pensamiento filosófico tradicional y para la lógica clásica, sino que han sido extendidas a lógicas modales, como las deónticas que procuran establecer sistemas deductivos para lenguajes prescriptivos. Las que han sido desarrolladas permiten interesantes extensiones a tradicionales problemas del derecho y la moral, como es el caso de los dilemas morales, los sistemas mixtos jurídico-morales y los conflictos normativos (cf. inter alia, Puga & da Costa 198., Puga & da Costa & Vernengo 1990, 1991 y Grana 1991). Se ha recurrido a las mismas para afinar el análisis de ciertas nociones jurídicas no suficientemente claras en el marco del pensamiento lógico tradicional, clásico y deóntico standard. Otra cosa, cabe advertir, es la reconstrucción formal de las formas habituales de argumentar que los juristas emplean. Por de pronto, en esas líneas de pensamiento el status teórico de las reglas de argumentación propuestas distan de ser claras o, en todo caso, difieren grandemente de los procedimientos inferenciales de las lógicas. Se trata, por lo común, de argumentos persuasorios destinados a justificar decisiones, cuya lógica implícita es nuevamente la clásica (Alexy 1978/83, Atienza 199l).

En rigor, este vasto abanico de teorías construidas para explicar (en sentido carnapiano) las formas del razonamiento decisorio, sobre todo en terreno jurídico, intentan salvaguardar por lo menos alguna concepción de racionalidad que permita entender actos sociales de gran importancia, como es el funcionamiento de un sistema institucional judicial destinado a solucionar ciertos conflictos, como acciones previsibles, i.e.: racionales en sentido weberiano. Ello, pareciera, tiene algún interés analítico. Las lógicas arriba mencionadas no cumplen primariamente tales funciones, siendo construcciones conceptuales puramente teóricas. Sin embargo, pueden adquirir una relevancia filosófica enorme. No sólo permiten análisis mucho más finos de ciertos problemas que desde siempre han intrigado a la filosofía, si no que ponen en cuestión temas básicos de la investigación filosófica en el terreno ético y jurídico: la noción de norma, de consistencia decisoria, de voluntad racional, de un legislador racional, de racionalidad práctica, entre otras. No cabe aquí entrar en estos temas perdurables y reiterados.

5. La lógica deóntica paraclásica y el razonamiento jurídico

Los sistemas sugeridos en la presente nota, una lógica paraclásica proposicional y una lógica deóntica paraclásica, parten de una nueva propuesta de definición de la noción de consecuencia deductiva. La misma no difiere del concepto clásico de consecuencia, en cuanto continúa siendo reflexiva, transitiva y monotónica (cf. supra teoremas 4 y 6). Empero, no permite la equiparación de la inconsistencia de un sistema con su trivialidad deductiva (teorema 10). Esto es, el sistema no permite derivar paraclásicamente

tanto una norma *p* como su negación -*p*. La inconsistencia estricta de un sistema normativo se da cuando tanto una norma, como su negación, son consecuencia estricta (paraclásica) de un conjunto de enunciados. Este tipo de inconsistencia, por la definición misma de consecuencia estricta, no permite el análogo de la deducción ex falso. En efecto, el conjunto de enunciados que son premisas de la consecuencia estricta son un subconjunto clásicamente consistente del universo de discurso). Cabe, pues, considerar que nuestra definición de consecuencia lógica difiere de la tarskiana, en el sentido de que la restringe. Por ejemplo, de acuerdo con Tarski, tendríamos {", -"} | $, para cualquier enunciado $. Formalmente, por el otro lado, conforme con Tarski, tenemos: Cn(Cn( )) = Cn ( ). En la lógica paraclásica sólo mantiene, como se indicó,) d).

Ahora bien, conviene establecer con alguna precisión cuáles son los contextos en que la derivación ex falso preocupa a los juristas. Estos rara vez tienen que tratar con normas llamadas categóricas, del tipo en que se suelen enunciar principios morales (p. ej.: «prohibido matar», «obligatorio cumplir las promesas», etc.) El modelo canónico de una norma jurídica es, más bien, un enunciado condicional en el cual a ciertos antecedentes fácticos se le atribuye o imputa (recurriendo al término kelseniano de *Zurechnung*) dice (en su versión descriptiva), o dispone (en su versión prescriptiva), que dados ciertos hechos alguna conducta es obligatoria (tomando al functor o como modalidad deóntica primitiva). Dos normas categóricas, como O*p* y -O*p* (o las normas contrarias O*p* y -O*p*) parecen clásicamente inconsistentes. Pero la inconsistencia de normas condicionales reviste otras formas. Los juristas pensarían que son inconsistentes normas que para los mismos hechos antecedentes tienen consecuencias deónticamente contradictorias. Pero no es éste el caso típico en que el jurista o el moralista tienen que enfrentar datos inconsistentes.

Para el caso mencionado -hechos antecedentes idénticos y consecuencias normativas contradictorias-, los juristas cuentan con recursos reglados (esto es: que el propio sistema contiene como solución prescriptiva preferida) como la regla lex posterior. La situación característica en que el jurista enfrenta datos inconsistentes se da, realmente para los órganos decisorios, e idealmente para el jurista teórico, en un conflicto social con varios intervinientes, en que se esgrimen hechos antecedentes incompatibles como condicionantes de cierta solución normativa, o hechos antecedentes condicionantes de soluciones normativas pretendidas incompatibles. En todo litigio alguna parte afirma el hecho A y la parte contraria lo niega, o una pretende la aplicación de la norma N, mientras la otra aspira a que se aplique una norma incompatible con N. El juez, pues, tiene que decidir ante una situación en que se postula a A y -A como antecedentes de alguna consecuencia normativa única, o una situación en que frente a un conjunto de hechos aceptados se pretende, por una y otra parte, la aplicación de la norma N y de la norma -N.

Pareciera que el juez se encontrara ante un dilema insoluble. La técnica decisoria judicial consiste justamente en disolver, como se suele decir, la contradicción que las partes mantienen, por caso, con respecto de los hechos que condicionan una consecuencia normativa. El juez, pues, rechazará la verdad invocada, y no la imposible verdad empírica, de hechos como A y -A, para poder justificar racionalmente su decisión. Pero, antes de llegar a esa decisión final, el juez tendrá que hacer frente a un contexto en que la decisión sobre la verdad de A y -A tiene que ser adoptada. El juez, en esa etapa previa, razonaría (podríamos reconstruir formalmente su razonamiento) de manera tal que la inconsistencia de las premisas no lo lleve de antemano, ex falso, a una consecuencia cualquiera. Seguramente no es tal la actitud psicológica del juez, quien seguramente supone que ciertos hechos son verdaderos y otros falsos. Pero cabe pensar que la inconsistencia de las premisas sobre los hechos no constituye de por sí un impedimento para llegar a conclusiones racionales, sea que las contradicciones son puestas de lado o desdeñadas, sea que el juez no considera que las alegaciones incompatibles de las partes lo lleve necesariamente a consecuencias arbitrarias, como en el caso de las inferencias ex falso. Esa situación puede ser analizada, creemos, recurriendo a un cálculo paraconsistente.

Conviene advertir, con todo, cuáles son los costos y beneficios de semejante estrategia analítica. El riesgo de trivialización que una lógica clásica veritativo-funcional y una lógica deóntica standard suscitan proviene, claro está, de las interpretaciones que la implicación material ocasiona como forma lógica impuesta a la reconstrucción de hipótesis normativas, como son las obligaciones condicionales, forma que la teoría general del derecho atribuye a las normas jurídicas. Parece claro que la implicación material no satisface los requisitos intuitivos del pensamiento normativo ejercitado por juristas y moralistas. De ahí que, desde temprano que propusieran otras interpretaciones, desde la oscura idea kelseniana de un condicional imputativo (*Zurechnung*), a condicionales modales o contrafácticos (McCarty 1987, Alchourrón, 1986). Tales propuestas, sin embargo, no han resultado satisfactorias en cuanto no excluyen enteramente consecuencias paradójicas, por lo menos para las formas de pensar corrientes entre los juristas, al punto de plantearse dudas sobre la validez misma del modus ponens en contexto normativos, una regla definitoria casi de la noción misma de inferencia lógica.

Puede, en ese respecto, considerarse una ganancia que, recurriendo a esas estrategias formales, se eviten paradojas derivadas de la implicación material, entre ellas, las derivadas de la consecuencia ex falso. Algunas de las lógicas deónticas paraconsistentes construidas a ese efecto producen ciertamente ese beneficio teórico. Pero, para todas ellas, el costo reside en la eliminación, como formas válidas de inferencia, de ciertas derivaciones tradicionales. Así por ejemplo, en el sistema B^D (Grana 1990), tenemos que los análogos deónticos del principio de contradicción, del argumento por el

absurdo, del tercero excluido, de la doble negación interna, así como el principio de Duns, están excluidos como tesis inválidas en el sistema. Ahora bien, cabe preguntarse si esta forma heroica de evitar el riesgo de trivialización normativa no empobrece excesivamente el instrumental deductivo a que el jurista podría recurrir y que no refleja suficientemente las formas inferenciales que utiliza inocentemente. Y, filosóficamente, cabe preguntar si la novedosa noción de racionalidad que de esa suerte se introduce, aunque permita encarar derivaciones lógicas en códigos normativos inconsistentes e incompletos, no lleva a preferir un sistema lógico que sólo sea capaz de reconstruir un segmento menor del discurso racional *latu sensu* de los juristas. No se advierte, en cambio, cómo un sistema lógico semejante sea preferible para reconstruir nociones puramente teóricas, como la de la Grundnorm kelseniana (según sugiere Grana), un concepto que requiere ser manejado en el metalenguaje de la teoría jurídica con una lógica más fuerte que la lógica paraconsistente y paracompleta a que se recurriría en el lenguaje normativo objeto. Von Wright, en ese respecto, observaba que, en general, la metateoría de teorías inconsistentes o paracompletas se elabora con lógicas clásicas típicas (von Wright 1989).

Es a la luz de estas consideraciones que conviene juzgar las ventajas y desventajas de una lógica deóntica paraclásica, como la propuesta arriba en la sección 3. La misma, permite especialmente operar con conjuntos normativos inconsistentes, pero no triviales, conjuntos que muchas veces pueden servir como modelos aptos para reconstruir el orden normativo que un jurista tiene presente al tomar decisiones. Para cumplir esa función, define (definición 6) componentes, esto es, subconjuntos maximales consistentes cuyos elementos son, en el cálculo paraclásico deóntico, enunciados o fórmulas normativas descriptivas. Estos componentes -un subconjunto maximal consistente incluido en el universo del discurso-, permiten definir una relación paraclásica o estricta de consecuencia (teorema 11) y, luego, una noción de consecuencia semántica (definición 7). En el cálculo paraclásico deóntico se postulan, como esquemas de axiomas y reglas de inferencia, los principios de distribución del operador deóntico O y de subalternación del operador de permisión débil, así como la regla del modus ponens y el principio de extensionalidad que extiende las leyes tautológicas del cálculo clásico al dominio normativo. Se trata, pues, de una lógica que, frente a otras propuestas, cuenta con gran poder o fuerza deductiva. Baste advertir que, en virtud del teorema 1, las tautologías clásicas valen como consecuencias paraclásicas, mientras que, a la inversa, sólo cabe derivar consecuencias consistentes no paraclásicas de consecuencias paraclásicas válidas (teorema 3). Ello, en cuanto el análogo de la derivación ex falso, permite derivar, por cierto, los elementos componentes de la contradicción, pero no cualquier enunciado, lo que haría trivial al sistema (teorema 5).

En suma: las derivaciones clásicas son, en principio, válidas también para el cálculo paraclásico, excluyendo la posibilidad de trivialización. Como

lógica implícita para la reconstrucción del razonamiento jurídico, el sistema *TDP*, parece, pues, más potente que algunas de las lógicas ad hoc o paraconsistentes y paracompletas propuestas. En *TDP*, cabe advertir, el tercero excluido deóntico, O*p* v -O-*p*, equivalente a la ley de subalternidad deóntica: P*p* v -P-*p*, vale, aunque no su forma fuerte paraclásica para representar la modalidad libre o facultativa: P*p* ¸ P-*p*. En ese respecto, nos acercamos quizás a una acertada reconstrucción formal del razonamiento puramente intuitivo del jurista, estableciendo mediante su componente maximal consistente algo parecido al subconjunto minimal, privilegiado o crítico, que también fuera sugerido para esa reconstrución (Alchourrón 1986), sin requerir entrar en la consideración de los órdenes jerárquicos con que los juristas suelen pensar el material normativo promulgado.

En especial, los componentes consistentes del sistema *TDP* permiten establecer que aquellos casos en que aparecen obligaciones bajo condiciones contradictorias, la solución puede ser derivada como consecuencia del subconjunto formado por las condiciones consistentes, evitándose la trivialización resultante de admitir que todo es obligatorio bajo una condición imposible, como serían condiciones en contradicción clásica. Ello refleja adecuadamente la estrategia corriente de los jueces, quienes frente a datos fácticos y normativos contradictorios, elaboran un subsistema consistente, dentro del conjunto seguramente caótico de hechos y normas invocadas, subconjunto ad hoc esencial que les permite alcanzar una derivación racional de la solución que, en derecho estricto, finalmente adopten.

Los autores dedican este trabajo a la memoria de Carlos E. Alchourrón, de quien recibieron observaciones importantes para el desarrollo de la investigación. Desean también dejar constancia de su agradecimiento a M. Coniglio (Buenos Aires) y O. Bueno (São Paulo) por sus comentarios y críticas a una primera versión de este ensayo.

BIBLIOGRAFÍA

Alchourrón, C. E., *Logic of Norms and Nogic of Normative Propositions*, Logique et Analyse 12, Bruxelles, 1969.

-*Conditionality and the representation of Legal Norms*, in *Automated Analysis of Legal Texts*: Logic, Information, Law, Elsevier Science Pu., North-Holland, 1986.

-*Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Conditionals*, Ms., Amsterdam 1991.

-*Defeasible, Strict and Sounterfactual Conditionals - Nonmonotonic Inference Relations*, en G. Crocco, L. Fariñas del Cerro y A. Heriz (de.), «Conditionals and Artificial Intelligence», Oxford U. Press, 1994.

-*Concepciones de la lógica*, en «Lógica», Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Consejo de Investigaciones Científicas, Barcelona, 1993.
-On Law and Logic, Actas del 17º Congreso de la I.V.R., Bologna, 1995.
Alchourrón, C. E. & Makinson, D., Hierarchies of Regulations and their Logic, en Hilpinen, 1981.
Alchourrón, C. E. & Martino, A., *Lógica sin verdad*, an Theoria, 7/9, San Sebastián, 1988.
Arruda, A. I., *A Survey of Paraconsistent Logic*, en *Mathematical Logic* in Latin America, ed. A.I. Arruda, R. Chuaqui, N.C.A. da Costa, ed., North-Holland Publishing Co., 1980.
C.N.R., Atti (pre-proceedings) del III Convengno internazionale de logica, informatica e diritto, Florencia, 1989.
da Costa, N.C.A., *Remarks on Jaskowski's Discursive Logic*, Reports on Mathematical Logic 4, 1975.
-*The Philosophical Import of Paraconsistent Logic*, en Journal of non-classical logic, 1982.
-*A New Approach to Deontic Logic*, ms., 1989.
da Costa, N.C.A. & Carnielli, W., *On Paraconsistent Deontic Logic*, en Philosophia 16, 1986.
da Costa, N.C.A. & Subrahmanian, YS., *Paraconsistent Logic as a Formalism for Reasoning about Inconsistent Knowledge Bases*, Instituto de Estudos Avançados, Universidade de São Paulo, 1989.
Grana, N., *Lógica deóntica paraconsistente*, Liguori Editore, Napoli, 1990.
-*Contraddizione e incompletezza*, Liguori Editore, Napoli, 1990b.
Hilpinen, R. (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, D. Reidel Pub. Co., Dordrecht, 1981.
Hughes, G. H. & Creswell, M.J., *An Introduction to Modal Logic*, Methuen, 1968.
Kelsen, H., *Recht un Logik*, Wien, 1965.
-*Allgemeine Theorie der Normen*, Wein, 1979.
Loparic, A. & Puga, L.Z., *Two Systems of Deontic Logic*, ms.
Makinson, D., *General Pattems in Nonmonotonic Reasoning*, en D. Lehmann (ed.) «Nonmonotonic and Uncertain Reasoning», 1989.
Mazzaresse, T., *Fuzzy Logic and Judicial Decision-Making*, en Actas Simposio sobre derecho, moral y lógica, Córdoba, Argentina, 1992.
McCarty, L. T., *Permissions and Obligations*, en Atti II Convegno internazionale su logica, informatica e diritto, Florencia, 1985, t. II.
Miró Quesada, F, *Ensayos de filosofía del derecho*, Universidad de Lima, 1986.
-*Lógica jurídica idiomática*, en Conferencias III Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito, João Pessoa, 1988.
Opalek, K., *Theorie der Direktiven und der Normen*, Springer, New York-Wien, 1986.
Perelman, Ch., *Logique juridique*, París, 1976.
Puga, L. Z. & da Costa, N.C.A., *Logic with Deontic and Legal Modalities: Preliminary account*, Bulletin Section Logic, Polisch Academy of Sciences, 2, 1986.
-*Lógica deôntica e direito*, Boletim da Sociedade Paranaense de Matemática, 2, 1987.
-*Sobre a lógica deôntica não clássica*, en Crítica XIX, 55, UNAM, México, 1987.

Puga, L. Z., da Costa, N.C.A. & Vernengo, R.J., *Derecho, moral y preferencias valorativas,* en Theoria, V, 12/13, 1990.
-*Lógicas normativas, moral y derecho*, en Crítica, XXIII, 60, México, 1991.
Reisinger, L., *Zur Struktur der Analogie im Rechtsdenken*, en «Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz», Rechtstheorie, Beiheft I, Berlin, 1979.
Rescher, N. & Brandom, R., *The logic of Inconsistency*, Rowman & Littiefield, New Jersey, 1979.
Routley, R. & Plumwood V., *Moral Dilemmas and the Logic of Deontic Notions*, Discussion Papers on Environmental Philosophy 6, Departments of Philosophy, Australian National University, 1984.
Sartor, G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale: la representazione della conoscenza*, Milano, 1990.
Smith, M., *The Formalization of Legal Reasoning*, en Proceedings of the III International Conference on Logica, Informatica e Diritto, Florencia, 1989.
Tarski, A., *Logic, Semantics, Metamathematics*, Oxford, 1956.
Vernengo, R.J., *Sobre algunas relações lógicas entre sistemas normativos jurídicos e morais*, en Revista Brasileira de Filosofía, XXVIII, 155, São Paulo, 1989.
-*Racionalidad jurídica y lógicas normativas*, en Análisis Filosófico, X, 2, Buenos Aires, 1990.
-*Legal Rationality and Divergent Normative Logics*, Festschrift f. K. Opalek, Duncker & Humblot, Berlin, en prensa.
Weinberger, O., *Ex falso quodlibet in der deskriptiven und in der präskriptiven Sprache*, en Rechtstheorie 6, 1975.
-*Kelsens These von der Unadwendbarkeit logischer Regeln auf Normen*, en Die Reine Rechtslehre in wissenschaflicher Diskussion, H. Kelsen Institu, Wien, 1982.
-*Der normenlogische Skeptizismus*, en Rechttheorie 17, 1986.
von Wright, G.H., *Norms, Truth and Logic*, en Practical reason, Oxford 1983.
-*Logiche della verità*, en Informatica e diritto XV, Milano, 1989.

LÓGICA BORROSA Y DECISIONES JUDICIALES: EL PELIGRO DE UNA FALACIA RACIONALISTA* **

0. Introducción: El planteamiento de un dilema

El objeto de este artículo es un dilema que la lógica borrosa[1] y la teoría de conjuntos borrosos pueden plantear en el análisis de las decisiones judiciales. De una forma resumida los dos cuerpos del dilema pueden formularse así:

(a) La lógica borrosa permite una reconstrucción racional de las decisiones judiciales puesto que suministra instrumentos lógicos para superar la crítica dirigida a la teoría lógico-deductiva de las decisiones judiciales.

* Deseo agradecer a E. Bulygin, P Comanducci, A. G. Conte, G. De Nova, R. Guastini y M. Taruffo sus estimulantes comentarios y observaciones a una primera versión de este artículo. Esta investigación ha sido llevada a cabo con el soporte financiero del Ministero dell'Universita e della Ricerca Scientifica e Tecnologica italiano.

** Traducción castellana de José Juan Moreso del original, Tecla Mazzarese: **Fuzzy Logic and Judicial Decision-Making: The Peril of a Rationalist Fallacy**. Es el texto de la ponencia presentada por la autora en el *Congreso de Filosofía del Derecho en Homenaje al Prof. Ernesto Garzón Valdés*, celebrado en Vaquerías (Córdoba-Argentina) en septiembre de 1992.

[1] Las expresiones inglesas «fuzzy logic», «fuzzy set theory» y «fuzziness» cuentan en castellano con dos adjetivos para su traducción, «borroso» y «difuso» («lógica borrosa» y «lógica difusa», «teoría de conjuntos borrosos» y «teoría de conjuntos difusos»). El sustantivo «fuzziness» es más difícil de traducir, pero la expresión «borrosidad» ha sido usada en algunas ocasiones. (vd. Voz «borroso» en José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, 1, Barcelona: Círculo de Lectores, 1991, Alfredo Deaño, *Introducción a la lógica formal*, Madrid: Alianza, 1980, pp. 311-312 y, en el ámbito del análisis del razonamiento jurídico, Manuel Atienza Rodriguez, *Sobre la analogía en el Derecho*, Madrid: Civitas, 1986, pp.155-176. A. Deaño prefería traducir «fuzzy logic» por «lógica de los enunciados vagos» y hacía una pertinente consideración «No parece oportuno adoptar una traducción literal y hablar de "lógica vaga o borrosa". Lo vago no es la teoría sino el objeto que estudia»). Por esa razón, usaré el adjetivo «borroso» y sus derivados, «lo borroso», «borrosidad». En relación a la observación de Deaño, confiaré en que la expresión «lógica borrosa» no llama a nadie a engaño, tal y como sucede con «fuzzy logic», y que sea entendida de forma análoga a la expresión «teoría de conjuntos borrosos», en donde sí es claro que el carácter de borroso afecta al objeto y no a la teoría. [NOTA DEL TRADUCTOR].

(b) La lógica borrosa no permite una reconstrucción racional de las decisiones judiciales puesto que -en virtud de sus rasgos peculiares- confirma más bien que supera la crítica dirigida a la teoría lógico-deductiva de las decisiones judiciales.

La tesis que me siento inclinada a vindicar es aquella expresada por el segundo cuerno del dilema. En mi opinión, el núcleo común de los diversos cálculos borrosos desarrollados desde 1965[2] nos capacita para explicar la mayoría de dificultades teóricas con las que se encuentra la teoría lógico-deductiva de las decisiones judiciales, sin embargo estos cálculos no nos capacitan para resolver las dificultades mismas. Además, estoy convencida de que la tesis opuesta -aquella expresada por el primer cuerno del dilema- da lugar a lo que puede denominarse una forma de «falacia racionalista». Seguramente, la ocurrencia del término «lógica» en la frase «lógica borrosa» no puede tomarse como una garantía para el tipo de racionalidad que el valor jurídico de certeza pretende lograr.

Hasta ahora, la forma en que he planteado el tema de este artículo y la forma en que he establecido la tesis que argumentaré puede parecer críptica y esotérica. Ello no es sólo porque la referencia a la lógica borrosa seguramente no ha adquirido todavía un papel destacado en las investigaciones en teoría del derecho ni en los estudios sobre el razonamiento jurídico, sino por otras dos razones. En primer lugar, puede no ser bastante claro cuál es el trasfondo teórico de toda la cuestión. Y en segundo lugar, el dilema cuya formulación he sugerido puede contemplarse como aparente: como un problema más ficticio que real. Por estas dos razones se precisan algunas otras observaciones preliminares y explicativas.

0.1. El trasfondo teórico jurídico del dilema: racionalismo normativo vs. irracionalismo normativo

Según un punto de vista ampliamente extendido, las decisiones judiciales pueden ser como cuestión de hecho, y como cuestión de principio deben ser, de naturaleza lógico-deductiva, i.e. las decisiones judiciales pueden y deben tomarse siguiendo las reglas de inferencia de la lógica clásica. De este modo, es común caracterizar una decisión judicial como un silogismo -o en los análisis más recientes y refinados como una cadena de silogismos-

[2] L. A. Zadeh [1965] es el trabajo reconocido como el punto de partida oficial de la formalización lógica de lo borroso. Tal y como ocurre usualmente con la mayoría de nuevas ramas de la lógica formal, se han señalado varios antecedentes al punto de partida oficialmente reconocido, relacionados con los cálculos borrosos, principalmente cuando «borrosidad» y «vaguedad» se conciben como sinónimos, o al menos referidos a nociones relacionadas. Sobre los antecedentes de los cálculos borrosos. cf. e.g. S. Haack [1974, p. 112] y H. Faas [1991, cap. 1].

que se denomina «judicial» no en virtud de alguna característica lógica peculiar, sino simplemente en virtud de producirse en el ámbito de la actividad judicial.[3]

A pesar de la variedad de deficiencias y de aspectos insatisfactorios que algunos estudiosos han achacado a tal punto de vista, la teoría del silogismo judicial disfruta todavía de una aceptación amplia puesto que, más allá de toda crítica, es aún concebida como la principal garantía de la racionalidad de las decisiones judiciales, y como un medio necesario para asegurar que el tan apreciado valor de certeza jurídica pueda ser logrado.

De esta forma, no es sorprendente que cualquiera que se atreva a plantear los problemas con que se enfrenta la teoría lógico-deductiva de las decisiones judiciales sea inmediatamente acusado como irracionalista y condenado como un defensor del decisionismo y del subjetivismo arbitrario del poder judicial. No es casual -por mencionar solamente un ejemplo muy conocido- que el último punto de vista sobre derecho y lógica de H. Kelsen haya sido catalogado como una expresión del irracionalismo normativo[4]. No es tampoco casual que el debate iniciado por este último punto de vista kelseniano se haya centrado en la oposición entre racionalismo normativo e irracionalismo normativo.

Contra este trasfondo, la lógica borrosa podría adquirir un papel relevante, mostrando una vía de salida a esta estéril y engañosa oposición. Dejando de lado, sólo por el momento, que existen elementos cuyo comportamiento lógico es el objeto de la lógica borrosa, lo que merece la pena remarcar ahora es que tales elementos pertenecen al conjunto de cuestiones cuya significación es la piedra angular de la disputa entre los llamados racionalistas normativos e irracionalistas normativos: tal significación es disminuida o directamente ignorada por los primeros y, por el contrario, es puesta de manifiesto y subrayada por los últimos.

0.2. Las tesis contrapuestas del dilema y su relación con la pretensión de racionalidad de las decisiones judiciales

La importancia que la lógica borrosa puede adquirir al analizar las decisiones judiciales es incuestionable, aunque está abierto el papel específico que la lógica borrosa puede jugar (o puede asumirse que jugará) en tal empresa. Por otra parte -como ya he argumentado- la lógica borrosa puede usarse como un medio para librarse de la oposición racionalismo normativo/irracionalismo

[3] Cf. e.g, G. Kalinowski [1965, p. 174]: «Pero existen razonamientos normativos, mal que les pese a los neopositivistas. Y cuando se utilizan en el curso de la aplicación del derecho se les llama silogismos jurídicos».

[4] Como es bien sabido el término «*Normirrationalismus*» fue sugerido por O. Weinberger [1981] en relación a la última concepción sobre derecho y lógica de Kelsen.

normativo y también como un medio para fundamentar de una forma nueva la misma oposición. La posibilidad de estas evaluaciones de signo contrario muestra claramente que el dilema que plantea este artículo es real y no aparente. Los resultados obtenidos mediante cada una de las tesis del dilema difieren de manera radical.

En verdad, de acuerdo a la primera tesis del dilema, se da por garantizado que una reconstrucción lógica (muy a menudo simplemente en el sentido de formal) es una razón suficiente para asegurar que cualquiera que sea el objeto de la reconstrucción lógica, dicho objeto cumple los estándares de racionalidad. (Si esto es así -por sugerir un ejemplo- entonces el razonamiento del sin sentido devendría una instancia de razonamiento racional, en tanto que un cálculo lógico capturara y formalizara alguna -o incluso la mayoría- de sus modelos[5].) Para este punto de vista ingenuo sobre el formalismo lógico he sugerido, al inicio de este artículo, el término «falacia racionalista».

Por el contrario, según la segunda tesis del dilema una reconstrucción lógica como tal no garantiza necesariamente todos los estándares de racionalidad del objeto con el que trabaja. Una reconstrucción lógica podría ser -como parece adecuado sostener en relación a la lógica borrosa- un modelo explicativo (uno entre varios y diferentes posibles) de la materia que constituye su objeto.

0.3. Partes principales de este artículo y sus contenidos

Este artículo está dividido en dos partes principales. En la primera parte me ocuparé de los fundamentos según los cuales la lógica borrosa puede contemplarse como un instrumento conceptual adecuado para dar cuenta de algunos rasgos relevantes de las decisiones judiciales. En la segunda parte me centraré en el dilema que la lógica borrosa puede plantear al análisis de las decisiones judiciales.

1. Borrosidad y decisión judicial

Es claro que la lógica borrosa no ha adquirido todavía una papel prominente en las investigaciones de teoría del derecho y, en particular, está lejos de gozar de una atención amplia en las investigaciones sobre las decisiones judiciales. De esta forma, en esta parte de mi trabajo, en primer lugar (1.1.) adelantaré algunas observaciones que pueden explicar la razón por la cual

[5] El ejemplo no es completamente ficticio. Se ha elaborado realmente una lógica del sin sentido, e.g. por S. Halldén y por R. Routley. Para unas referencias bibliográficas completas y unos pocos comentarios sobre el tema, cf. e.g. S. Haack [1978, p. 163] y A. Urquhart [1986, p. 1091].

el tratamiento formal de lo borroso ha sido largamente ignorado par los teóricos del derecho. Estas observaciones no comportan, obviamente, ni la justificación ni el acuerdo con tal actitud. Más bien, deben entenderse como un intento de señalar algunas asunciones en las cuales descansa la engañosa oposición entre racionalismo e irracionalismo normativo.

A continuación (1.2.), trataré de esbozar una caracterización de la noción de «borrosidad», señalando algunas dificultades a las que tal noción está ligada.

Finalmente (1.3.), volveré a un examen más detallado del papel que la lógica borrosa puede adquirir en el tratamiento de la decisión judicial, mencionaré tres tipos principales de crítica dirigida a la teoría lógico-deductiva de las decisiones judiciales y me centraré en el papel potencial de la lógica borrosa para el análisis de las decisiones judiciales en virtud a la vez de la borrosidad del lenguaje judicial (1.3.1.) y de la borrosidad (o más correctamente: de la naturaleza aproximada) del razonamiento judicial (1.3.2.).

1.1. Lógica borrosa: Un aparato conceptual marginado en las investigaciones de teoría del derecho

Hasta donde conozco, muy pocos teóricos del derecho han prestado atención, en las varias cuestiones de las que se ocupan, a la importancia de los recientes y cada vez más abundantes desarrollos del tratamiento lógico formal de lo borroso.

Podría ser que la falta de interés fuera aparente, que no fuese el resultado de una reacción querida, sino un fenómeno de naturaleza contingente: la lógica borrosa y la teoría de conjuntos borrosos son campos de investigación recién nacidos, tratados por un número relativamente limitado de adeptos que usan instrumentos lógicos y matemáticos muy sofisticados. Aunque esta hipótesis es sólida, no es completamente convincente. Es claro que en los años cincuenta y sesenta la recién nacida lógica deóntica moderna dio lugar a expectativas muy confiadas (a veces incluso demasiado confiadas) en su potencial heurístico para investigaciones jurídicas tanto tradicionales como pioneras.

Así, es muy probable que la falta de interés en el tratamiento formal de lo borroso sea real, que sea el resultado de una reacción querida de rechazo desde una resuelta concepción, de naturaleza teórica: según una opinión profundamente enraizada, los teóricos del derecho no hacen ningún esfuerzo ni están interesados por los instrumentos conceptuales que les habiliten para elaborar, ocuparse y tomar en cuenta debidamente la borrosidad. Más bien, buscan medios que les permitan librarse de ella y cuando tal empresa no puede ser lograda con éxito completo, hacen lo posible para limitar y reglar todo aquello que -en cualquier contexto jurídico- sea borroso o pueda convenirle alguna especie de borrosidad.

Los dos argumentos que soportan esta segunda hipótesis son suministrados por: (i) una explicación plausible de la hipótesis que en este punto puede sugerirse en relación con las reacciones radicalmente diferentes hacia los cálculos deónticos y los cálculos borrosos respectivamente y (ii) la actitud mayoritaria entre los lógicos hacia el tratamiento formal de la borrosidad.

(i) Los cálculos borrosos -contrariamente a lo que ocurre con la mayoría de cálculos deónticos- no son una extensión de la lógica clásica, pertenecen a lo que normalmente se denomina «lógicas divergentes»[6], esto es, a aquellas lógicas en las cuales algunas leyes fundamentales de la lógica clásica no se mantienen (i.e.: no son válidas). A la vista de ello, las respuestas distintas de los teóricos del derecho a estas dos nuevas ramas de la lógica formal moderna pueden obtener una explicación muy simple.

En lo que a la lógica deóntica concierne, varios teóricos del derecho se han sentido confiados, desde el principio mismo de sus primeros desarrollos, porque la mayoría de sus cálculos -que son una extensión de la lógica clásica- preservan los estándares de racionalidad que la teoría jurídica trata de lograr. En relación a ello es interesante recordar la forma en que G. H. von Wright describe la reacción de Kelsen en su primer contacto con la lógica deóntica en 1952[7]:

> [Kelsen] quedó muy impresionado acerca de las posibilidades que la lógica deóntica parecía abrir para la vindicación de algunos aspectos básicos de su propia teoría «pura» del derecho. En particular, buscaba fundamento en la lógica para su idea según la cual un orden jurídico es necesariamente cerrado, i.e. no hay «lagunas» en el derecho, y para la idea según la cual un orden jurídico debe estar libre de «contradicciones»[8].

---

[6] Una clara caracterización de la noción de «lógica divergente» -que captura el núcleo de los problemas a los que esta noción da lugar- es formulada por W. V. Quine [1970, pp. 80-81]: «La clase de desviación que ahora hemos de considerar [...] no trata simplemente de cambiar de métodos de producción de la clase de las verdades lógicas, sino de cambiar esa clase misma. No se trata tampoco de un simple cambio de fronteras entre lo que se ha de llamar verdad lógica y lo que merece el nombre de verdad extra-lógica. *Se trata, más bien, de recusar abiertamente por considerarla falsa una parte de nuestra lógica*» (subrayado mío). *El análisis de Quine de la lógica divergente en las pp. 80-94 no menciona las cuestiones específicas que afectan al tratamiento de la borrosidad o de la vaguedad -borrosidad y vaguedad son a menudo concebidas como nociones equivalentes-. La lógica borrosa y la teoría de conjuntos borrosos son señalados explícitamente como un caso paradigmático de lógicas divergentes con una cierta extensión en S. Haack [1978, pp. XII, 35, 162-169].

* La traducción del texto de Quine se ha obtenido de la traducción castellana de Manuel Sacristán (*Filosofía de la lógica*, Barcelona: Alianza, 1973, p. 140), la expresión «lógicas divergentes» como traducción de «deviant logics» también es de Manuel Sacristán. [NOTA DEL TRADUCTOR]

[7] Debe advertirse que von Wright rememora la visita de Kelsen -la única- a Finlandia, y que esta ocurrió precisamente un año después de la publicación de dos de sus artículos, a saber G. H. von Wright [1951a] y [1951b], que son usualmente reconocidos como el punto de partida oficial en el campo de la moderna lógica deóntica.

[8] G. H. von Wright [1985, 269].

En lo que concierne a la lógica borrosa, varios teóricos del derecho podrían sentirse más bien remisos que confiados hacia ella puesto que -siendo la lógica borrosa una lógica divergente- es dudoso qué tipo de racionalidad (si alguna) puede convenir a sus cálculos. Además, en virtud de su objeto específico la lógica borrosa tiende a adscribir importancia a aquello de lo que los teóricos del derecho tratan de liberarse en cualquier contexto jurídico.

(ii) En lógica -de forma similar a como ocurre en teoría jurídica- la borrosidad es concebida principalmente como una fuente de problemas y dificultades. Así, de hecho existe una especie de escepticismo hacia los intentos de su formalización. Los argumentos en los que está basado tal escepticismo no difieren de forma significativa de las razones ya avanzadas para la eliminación de la borrosidad de los contornos jurídicos.

Aunque se reconoce que la borrosidad es un rasgo peculiar de los lenguajes naturales, varios lógicos destacados consideran aún incómodo tenerla en cuenta en sus cálculos formales. En palabras de S. Haack:

> una razón importante para construir sistemas formales de lógica consiste en facilitar cánones precisos de validez, una ventaja importante de la lógica formal sobre la argumentación informal no reglada es su mayor rigor y exactitud. Desde este punto de vista no es sorprendente que Frege y Russell hayan contemplado la vaguedad como un defecto de los lenguajes naturales, que debe ser eliminado de un lenguaje formal aceptable. [...] Tal vez esto sugiere que sería apropiado simplemente excluir los enunciados vagos como implausibles candidatos para el tratamiento lógico.[9]

Merece la pena observar que en lo referente al tema en cuestión, «vaguedad» es a menudo usado como sinónimo de «borrosidad» y cuando no es así la vaguedad es concebida sin duda como un ejemplo paradigmático de borrosidad o como una de sus principales fuentes.

1.2. Una caracterización tentativa de «borrosidad»

La observación terminológica realizada al final del último párrafo presupone una cuestión aún no resuelta, i.e. definir la noción de «borrosidad». La tarea no es nada sencilla. Por el contrario, tal y como se sostiene que la noción de «vaguedad» es vaga[10], en el mismo sentido la noción de «borrosidad» es borrosa. Es así al menos por cuatro razones: (a) la frontera entre los casos en que una proposición o bien un predicado puede decirse, sin duda, que sea borroso o no es en sí mismo borrosa[11]; (b) la borrosidad de una

[9] S. Haack [1978, pp. 162-163].

[10] Un punto de vista diferente es mantenido por H. Faas [1991, pp. 3-4].

[11] En relación a la vaguedad una observación similar se halla en C. Luzzati [1990, pp. 4]. En relación a la textura abierta, una observación similar se sigue del análisis de tal noción suministrado par F. Waismann [21951, pp 118-124] por lo que se refiere a la verificabilidad de los conceptos empíricos, y es explícitamente resaltado e.g. por R Guastini [1992 pp. 115-117] por lo que se refiere a la teoría de la interpretación jurídica.

proposición igual que la de un predicado puede ser dependiente del contexto (i.e. la misma entidad puede ser comprendida como borrosa o no en relación a sus diferentes instancias); (c) parece difícil dibujar de una forma clara la estructura de relaciones y el complejo de semejanzas y diferencias que hay entre la noción de «borrosidad» y aquellas otras nociones cercanas como «vaguedad», «incertidumbre», «indeterminación», «genericidad» que seguramente pertenecen al mismo campo semántico[12]; (d) parece difícil definir el ámbito de los datos que podrían ser (o más bien que deberían ser) calificados como borrosos o el ámbito de los predicados a los que conviene (o puede convenir) la borrosidad, la cuestión es raramente explicitada y los ejemplos existentes en la literatura son más bien de naturaleza diferente[13]. A pesar de tales dificultades, al menos el núcleo de la noción de "borrosidad" puede captarse esbozando lo que puede tomarse como el objeto específico de los cálculos borrosos. En expresión de Haack:

> En resumen, podría considerarse la lógica borrosa como el resultado de dos etapas de «borrosificación» [fuzzification]: el paso de una lógica bivalente a una lógica de innumerables valores como resultado de permitir grados de pertenencia a los conjuntos denotados por los predicados del lenguaje objeto y el paso a muchos valores de verdad borrosos y contables como un resultado de tratar el predicado metalingüístico «verdadero» como vago en sí mismo.[14]

En otras palabras, los cálculos borrosos se ocupan de proposiciones borrosas que -al contrario que las proposiciones susceptibles de verdad y falsedad de las que se ocupa la lógica clásica bivalente- pueden ser verdaderas o falsas hasta cierto grado según la escala de «valores veritativos borrosos»

---

[12] Debe observarse de todas formas que la noción de «vaguedad» no se distingue, a menudo, de la noción de «borrosidad», y que se han llevado a cabo algunos intentos de distinguir vaguedad de otras nociones próximas. Ver e.g. la distinción entre vaguedad y textura abierta propuesta par E Waismann [21951, pp. 120-121], la distinción entre vaguedad e incertidumbre trazada por S. Haack [1974, pp 110-11], la distinción entre vaguedad, ambigüedad, genericidad y generalidad subrayada por C. Luzzati [1990, pp. 46-52], la distinción entre vaguedad y ambigüedad indicada por H. Faas [1991, cap. 1]. También puede verse las relaciones múltiples establecidas entre vaguedad, ambigüedad y los denominados conceptos contestados sugeridos por E. Diciotti [1992, pp. 98-113]. Aunque varias observaciones sobre la estructura compleja de relaciones que existen entre vaguedad y otras nociones cercanas puede ser contemplada como convincente, sin embargo es dudoso si las mismas observaciones pueden ser tomadas como verdaderas en relación a la borrosidad como tal. Es decir que es dudoso si «vaguedad» puede denotar la misma noción que «borrosidad». Realmente, parece adecuado mantener que la vaguedad es sólo una de las diferentes fuentes posibles de la borrosidad junto a la ambigüedad, la generalidad, la genericidad, y la incertidumbre.

[13] Tal dificultad se parece mucho a la señalada por S. Haack [1974, pp. 110] en relación a la vaguedad: «Los ejemplos discutidos en la literatura bajo el título «vaguedad» son de una variedad extraordinaria y no es fácil especificar qué tienen en común. [...] Un rasgo compartido por la mayoría de ejemplos es que el predicado en cuestión es tal que para algún(os) sujeto(s) existe incertidumbre sobre si el predicado se le(s) aplica. La incertidumbre de aplicación no es, sin embargo, coextensiva con la vaguedad».

[14] S. Haack [1978, pp. 66].

asumida en un cálculo determinado. Una proposición será borrosa si al menos contiene un predicado borroso. De manera semejante, un conjunto borroso -al contrario que en la teoría de conjuntos clásica- admite diferentes grados de pertenencia de las entidades denotadas por un predicado borroso determinado.

1.3. El papel potencial de la lógica borrosa en el análisis de las decisiones judiciales

La teoría tradicional lógico-deductiva de las decisiones judiciales no deja lugar para la borrosidad: simplemente se ignora cuando no directamente se niega, que la borrosidad sea un rasgo de las decisiones judiciales, tanto en relación a sus elementos constitutivos como en relación a los modelos de razonamiento que maneja el decisor para tomar una decisión judicial. Así, una decisión judicial es concebida como una inferencia lógica trazada según un esquema silogístico: la norma del caso (i.e. la norma expresada por la conclusión de una decisión judicial) se contempla como la conclusión lógica de un esquema silogístico donde la premisa mayor (también llamada premisa jurídica) es suministrada por la(s) norma(s) general(es) aplicable(s) y la premisa menor (también llamada premisa fáctica) es suministrada por la descripción del hecho (de los hechos) en cuestión.

Aunque tal aparato conceptual parece asegurar los estándares de racionalidad en las decisiones judiciales que la mayoría de teóricos del derecho nunca se atreverían a abandonar, aún la teoría tradicional del silogismo judicial ha sido el objeto de varias críticas principalmente centradas en tres cuestiones: (a) los problemas que resultan de la determinación de la cuestión de derecho no tienen un enfoque satisfactorio cuando se habla de la formulación de la premisa mayor o jurídica del silogismo judicial; (b) los problemas que resultan de la determinación de la cuestión de hecho no tienen un enfoque satisfactorio cuando se habla de la formulación de la premisa menor o fáctica del silogismo judicial, (c) la validez jurídica (que se aplica a las normas) no puede tener un comportamiento lógico (si tiene alguno) similar al comportamiento lógico de la verdad (que se aplica a las proposiciones de las que se ocupa la teoría tradicional del silogismo y la lógica clásica).

Ahora bien, parece adecuado sostener que la crítica dirigida a la teoría del silogismo judicial -centrada en las tres cuestiones antes mencionadas tiene sus raíces en la borrosidad múltiple de las decisiones judiciales (o para ser más precisa: en la borrosidad múltiple del lenguaje judicial) y ello sin referirse a las diferentes maneras en que tal crítica se ha expresado o basado. Realmente la crítica relacionada con las dos primeras cuestiones (i.e. la determinación de la cuestión de derecho y de la cuestión de hecho) surge, y puede ser básicamente tomada, en términos de borrosidad del lenguaje en el que la cuestión de derecho y la cuestión de hecho son respectivamente formuladas.

A su vez la crítica relacionada con la tercera cuestión (i.e. el comportamiento lógico de la validez jurídica) puede ser explicada -aunque probablemente no del todo- considerando el razonamiento judicial bajo la perspectiva del razonamiento borroso, i.e. bajo la perspectiva del razonamiento aproximado cuyas pautas lógicas -sea lo que fuere aquello que lógico significa en tal perspectiva- son divergentes de las leyes de la lógica clásica.

1.3.1. DECISIONES JUDICIALES Y BORROSIDAD DEL LENGUAJE JUDICIAL

Por «lenguaje judicial» me refiero al conjunto de lenguajes diferentes y necesarios en las decisiones judiciales para formular (a) la cuestión de derecho (la llamada premisa mayor o jurídica de un silogismo judicial); (b) la cuestión de hecho (la llamada premisa menor o fáctica del silogismo judicial); © la norma del caso (la llamada conclusión del silogismo judicial); (d) la justificación de la decisión judicial misma, cuando la justificación es requerida por el derecho procesal como un elemento constitutivo de las decisiones judiciales.

El lenguaje judicial -así definido- es un complejo de enunciados pertenecientes a una de las cuatro diferentes clases de lenguaje jurídico siguientes: (i) lenguaje jurídico stricto sensu; (ii) lenguaje jurídico de la dogmática, (iii) lenguaje jurídico axiológico; (iv) lenguaje jurídico de la determinación de los hechos[15]. No es difícil mostrar que cada uno de estos lenguajes jurídicos puede ser tildado de borroso.

(i) *Borrosidad del lenguaje jurídico stricto sensu*. Por "lenguaje jurídico *stricto sensu*" me refiero al lenguaje en el que las normas de un orden jurídico dado están formuladas. En otras palabras: me refiero al conjunto de formulaciones normativas que expresan las normas cuya totalidad constituye un orden jurídico dado[16]. El lenguaje jurídico *stricto sensu* es el lenguaje en el que la cuestión de derecho y la norma del caso de una decisión judicial están formuladas.

Ahora bien, el lenguaje jurídico *stricto sensu* es borroso en un doble sentido. Para ser más precisa su borrosidad surge de dos fuentes diferentes: (a) la forma en que las formulaciones normativas están escritas, (b) la estructura compleja de las relaciones que hay (o puede asumirse que hay) entre las diferentes normas expresadas por las formulaciones normativas cuya totalidad constituye un orden jurídico dado[17].

---

[15] Es innecesario decir que los términos de la distinción sugerida entre clases diferentes de lenguaje jurídico no son ni conjuntamente exhaustivos ni mutuamente excluyentes.

[16] Este uso de «lenguaje jurídico» conlleva simplemente la naturaleza dependiente del lenguaje de las normas (jurídicas) y deja abierta la debatida cuestión acerca de la naturaleza lingüística o extralingüística de las normas. La tesis de la naturaleza dependiente del lenguaje de las normas (jurídicas) es explícitamente establecida por G. H. von Wright [1963, pp. 941].

[17] Las dos fuentes de borrosidad son señaladas por Wróblewski, que las denomina «borrosidad de las normas jurídicas» y «borrosidad de la validez» respectivamente. (Cf. Wróblewski, 1983, la misma distinción aparece en A. Peczenik/J. Wróblewski [1985]). La forma en que Wróblewski analiza la «borrosidad de los sistemas jurídicos» seguramente influye y condiciona mi propia concepción sobre el doble sentido de acuerdo al cual el lenguaje jurídico *stricto sensu* es borroso, sin embargo en lo que continua no seguiré tan de cerca el artículo de Wróblewski, tratando de desarrollar sus intuiciones por una vía de razonamiento parcialmente diferente y usando una terminología diversa. Distinciones similares a la que examine han sido trazadas en relación a nociones muy cercanas a la noción de borrosidad, a saber: textura abierta y variedad. La textura abierta de las normas jurídicas y la textura abierta del derecho son distinguidas y tratadas par H. Hart [1961, cap 7]; la vaguedad de las normas y la vaguedad de los ordenes jurídicos son distinguidos y tratados por C. Luzzati [1990].

La primera fuente de borrosidad se debe a la forma en que las formulaciones normativas están escritas, i.e. los términos de una formulación normativa resultan normalmente en un enunciado que es borroso en virtud de razones semánticas y sintácticas[18]. Dejando aparte la clase de borrosidad debida a razones sintácticas -que el legislador podría prevenir casi en todas las ocasiones, prestando una más cuidadosa atención a las reglas gramaticales de su propio lenguaje- tomaré en cuenta la borrosidad de carácter semántico. Esta clase de vaguedad es realmente muy difícil de prevenir y de evitar. De hecho, los diversos términos que aparecen en las formulaciones normativas están lejos, aunque por razones diversas, de ser claramente definidos (o definibles) y de permitir al intérprete establecer cuál pueda ser el «significado exacto» de una formulación normativa. Esto no es únicamente en virtud del uso de e.g. términos del lenguaje común, de términos valorativos, de términos psicológicos, de términos jurídicos que pueden conllevar significados divergentes en razón de las diversas definiciones jurídicas que se les han dado. Es también en virtud del extendido empleo de los denominados estándares jurídicos o conceptos jurídicos indeterminados [en alemán, en inglés lo general, en italiano: *clausole generali*] y/o máximas de experiencia [en alemán: *Erfahrunsgssatze*, en inglés: *common sense notions*, en italiano: *massime d'esperienza*][19] tanto como en virtud de la tendencia a no fijar claramente las sanciones jurídicas, dejando al que ha de tomar la decisión la tarea de su determinación en una clase dada, en el alcance de una

[18] Esta fuente doble de borrosidad del lenguaje jurídico legal es explícitamente señalada por J. Wróblewski [1983, p.322] al analizar lo que denomina «borrosidad de las normas jurídicas». Una observación similar se halla también en A. Peczenick/J. Wróblewski [1985, p.32]. Como es bien sabido tanto los problemas semánticos como sintácticos a los que pueden dar lugar los textos jurídicos son un tema clásico tratado en la interpretación jurídica, al menos desde el análisis de A. Ross [1958, pp.123-128, pp.134-135].

[19] Presta atención a esta clase de nociones, en la perspectiva del tratamiento lógico-formal de la borrosidad, L. Philipps [1990, p.823]. Sobre borrosidad y conceptos jurídicos indeterminados merece la pena citar a J. Wróblewski [1983, p.326] que afirma. «No es que el legislador, para la certeza del derecho y la eficacia en el encauzamiento de los comportamientos, evite la indeterminación de las reglas que formula, por el contrario, puede usar el lenguaje borroso de los conceptos jurídicos indeterminados para imponer el peso de la decisión sobre el que debe tomarla y esperar los resultados, guardando siempre varias formas para su propia intervención si es preciso. De esta forma, posibilita decisiones individualizadas y a la vez la adaptación del Derecho promulgado a las situaciones cambiantes sin modificar el texto de las reglas jurídicas válidas». El papel de las máximas de experiencia en el lenguaje jurídico de la determinación de los hechos es subrayado por M. Taruffo [1992, pp.204-212]. Aunque sin mención explícita a la borrosidad y a su tratamiento lógico-formal, intuiciones interesantes -junto a varias referencias bibliográficas- sobre el papel de las nociones examinadas en la toma de decisiones judiciales es suministrado por M. Taruffo [1989].

escala que establece su límite superior e inferior[20]. De las observaciones anteriores se sigue una consecuencia directa: como las formulaciones normativas son de naturaleza borrosa, también lo son los enunciados interpretativos.

La segunda fuente de borrosidad del lenguaje jurídico *stricto sensu* es debida a la compleja estructura de las relaciones que hay (o puede asumirse que hay) entre las diferentes normas expresadas por las formulaciones normativas cuya totalidad constituye un orden jurídico dado. En primer lugar, estamos ante una consecuencia de la borrosidad de las formulaciones normativas mismas. Como toda formulación normativa es borrosa, tenemos diferentes enunciados interpretativos los cuales -siendo a su vez borrosos indican en mayor o menor grado la corrección en relación a las normas que son expresadas por la formulación normativa. Esto es, cada enunciado interpretativo indica -con un cierto grado de corrección- cuál es la norma válida expresada por la formulación normativa. En otras palabras: en relación a los órdenes jurídicos integrados por normas legisladas, cualquier enunciado interpretativo de una formulación normativa dada conlleva un enunciado de validez respecto a la norma de la que se afirma que es expresada por la formulación normativa referida a ella[21]. Pero, dado que todo enunciado interpretativo de una formulación normativa es borroso, el enunciado de validez que comporta no puede ser más que borroso[22]. En segundo lugar, la borrosidad de los enunciados de validez está basada en la estructura de relaciones que pueden trazarse entre las normas que constituyen un orden jurídico. Para ser más preciso, la borrosidad de tales relaciones puede seguirse al menos de tres fuentes diferentes: (a) los criterios de validez de una norma jurídica pueden dar lugar a dudas sobre la legalidad de una norma dada (es el caso de una norma supuestamente inconstitucional tanto como de un

[20] Sin referencia alguna a la borrosidad del lenguaje jurídico *stricto sensu*, tal rasgo de las formulaciones normativas es señalado como uno de los problemas que son desatendidos por la teoría lógico-deductiva de las decisiones judiciales e.g. por J. Wróblewski [1974, pp.42 y 45] y A. Aarnio [1977, pp.58-59].

[21] Una observación similar se encuentra en A. Aarnio [1981, p. 426]. «Los enunciados interpretativos y los enunciados normativos son sólo dos caras de la misma moneda», en donde «enunciado normativo» es usado con el significado de «un enunciado que dice algo acerca del contenido de una norma válida». [ibid, p.4251].

[22] Tal afirmación no comporta, obviamente, sostener que una norma pueda ser más o menos válida. Simplemente señala que la cuestión de si una norma dada es válida o no, está abierta al debate y que la norma en cuestión puede conllevar diferentes enunciados borrosos de validez. A. Ross [1958, p.45] sostiene que una norma puede ser válida en mayor o menor grado.

contrato supuestamente nulo o anulable)[23]; (b) lo que habitualmente se denominan defectos de un orden jurídico -a saber: lagunas[24], conflictos normativos[25], y redundancia- que dan lugar, en verdad, al problema de la denominada validez de las normas (expresadas por las formulaciones normativas) que se convierten el particular sujeto de tales defectos; (c) la derogación -en su forma implícita y explícita- da lugar a problemas relacionados con la validez de las normas derogadas[26]. Obviamente, las normas que se hallan en una de las anteriormente mencionadas situaciones problemáticas conllevan que los enunciados de validez sean, en mayor o menor extensión, borrosos.

(ii) *Borrosidad del lenguaje jurídico de la dogmática*. Por «lenguaje jurídico de la dogmática» entiendo aquel lenguaje que pretende describir lo que el orden jurídico, o simplemente alguna de sus partes, establece. En las decisiones judiciales, el lenguaje jurídico de la dogmática se usa principalmente para la justificación de las decisiones y, a veces, puede usarse, en una cierta medida, en la formulación de la cuestión de derecho.

Sin referirse a las diferentes tesis que pueden mantenerse sobre la naturaleza, función particular y rasgos principales de la dogmática jurídica, es indudable que su lenguaje es borroso. Puede quedar para el debate la cuestión de si todos los enunciados del lenguaje dogmático son necesariamente borrosos y también hasta qué punto lo son. Pero, verdaderamente, ninguna de ambas cuestiones es preocupante, i.e.: ninguna de ellas suministra un argumento sólido para oponerse a la pretensión de borrosidad del lenguaje dogmático jurídico.

La prueba de borrosidad del lenguaje jurídico de la dogmática es aportada por aquellos de sus enunciados que comportan valoraciones de las regulaciones existentes y/o sugieren la forma en que el legislador debe mejorar o modificar determinados campos del derecho en vigor[27].

---

[23] En relación a las normas inconstitucionales, la adecuación de tal afirmación parece ser denegada por E. Bulygin [1991, p.267] y, al menos, concebida como abierta al debate por J. J. Moreso [1993].

[24] En un artículo que trata del aparato conceptual de la lógica borrosa en las investigaciones jurídicas, L. Philipps [1990] aborda explícitamente el caso de las lagunas.

[25] Los conflictos normativos son mencionados como una fuente posible de borrosidad del lenguaje jurídico *stricto sensu* por J. Wróblewski [1983, p.328]. Una observación similar en A. Peczenick y J. Wróblewski [1985, pp. 30-31]. Algunas observaciones sobre conflictos normativos como una fuente de incertidumbre y/o indeterminación de los órdenes jurídicos -aunque sin referencia explícita a la borrosidad- son suministradas e.g. por T. Mazzarese [1987, pp.351 -353].

[26] La derogación es mencionada como una posible fuente de borrosidad del lenguaje jurídico *stricto sensu* por J. Wróblewski [1983, p.328]. Una observación similar se halla en A. Peczenick/J. Wróblewski [1985, pp.30-31].

[27] Ambos tipos de enunciados son mencionados en el texto como típicos de lo que he llamado lenguaje jurídico axiológico, pero como advertí en la nota 15 los diferentes tipos de lenguaje jurídico distinguidos no son mutuamente excluyentes.

Ulterior y más importante prueba de la borrosidad del lenguaje jurídico de la dogmática puede hallarse, sin duda, en que el principal tema de la dogmática jurídica son los enunciados interpretativos y los enunciados de validez. Esto es, enunciados que -como ya se ha señalado- son borrosos. Lo que puede variar (o más precisamente: lo que puede percibirse o valorarse de forma diversa) es sólo el grado de su borrosidad.

(iii) *Borrosidad del lenguaje jurídico axiológico*. Por «lenguaje jurídico axiológico» me refiero al lenguaje valorativo relativo bien al derecho establecido, bien al derecho que debe ser establecido. El lenguaje jurídico axiológico ocupa un lugar destacado en la justificación de las decisiones judiciales.

No es preciso argumentar en defensa de la pretensión de que los lenguajes valorativos son naturalmente borrosos. En concreto, en relación al lenguaje jurídico axiológico se pueden señalar dos fuentes principales de borrosidad. La primera está relacionada con aquellos enunciados que suministran una valoración de las regulaciones existentes. Puesto que tales enunciados no pueden sino apoyarse en enunciados interpretativos y de validez de las regulaciones existentes.

La segunda fuente de borrosidad está relacionada con aquellos enunciados del lenguaje jurídico axiológico que sugieren las nuevas regulaciones que deben introducirse o aquellas que deben derogarse para lograr unos fines (u objetivos) dados, éticos, políticos o ideológicos. Tal cosa ocurre -no es preciso insistir en ello- porque muy raramente hay solamente una forma de lograr un fin dado, siendo fiel y coherente con un ideal determinado. En otras palabras: podemos decir que los enunciados instrumentales que señalan los medios supuestamente adecuados para lograr un fin dado son borrosos, equivalentes como son a propuestas cuyo posible éxito es una materia de grado, que puede ser de mayor o menor extensión.

(iv) *Borrosidad del lenguaje jurídico de la determinación de los hechos*. Por "lenguaje jurídico de la determinación de los hechos" entiendo el lenguaje usado en las decisiones judiciales para formular aquello relativo a la denominada determinación de los hechos, esto es, aquello referido a los enunciados probatorios y a la valoración de las pruebas.

No hace falta señalar que la llamada determinación de los hechos es el núcleo real de las decisiones judiciales[28]. Es claro que todas las decisiones judiciales dependen de la reconstrucción de los hechos en que se fundamenta el caso jurídico en cuestión. Ahora bien, tal reconstrucción es el resultado de varias relaciones complejas que existen entre diferentes elementos, los que a menudo no pueden formularse si no es en un lenguaje

[28] Es innecesario advertir que las observaciones siguientes sobre el lenguaje jurídico de la determinación de los hechos no se aplican a las decisiones judiciales tomadas por los Tribunales Constitucionales o e.g. por los Tribunales Supremos europeos, pues tales decisiones judiciales no se ocupan de ninguna cuestión de hecho.

borroso[29]. Para ser más preciso, lo que llamo lenguaje jurídico de la determinación de los hechos es borroso en un doble sentido, a saber (a) porque es dependiente del lenguaje *jurídico*, y (b) porque es dependiente del lenguaje *común*[30].

El lenguaje jurídico de la determinación de los hechos es dependiente del lenguaje jurídico en el sentido que depende de, y está condicionado por, el lenguaje jurídico *stricto sensu*. Al menos cuatro argumentos fundamentan tal afirmación. En primer lugar, las diversas formas en que el actor y el demandado presentan los hechos que constituyen la base de un caso jurídico dado tanto como la forma en que el que toma la decisión judicial determine tales hechos están cargadas de juridicidad. Es así en virtud del doble vínculo que existe ente las llamadas cuestión de hecho y cuestión de derecho en toda decisión judicial[31]. En segundo lugar, el que toma la decisión judicial proyecta la variedad de datos relativos a un caso jurídico determinado, decidiendo qué cuenta como hechos primarios, secundarios o irrelevantes, respectivamente, en virtud de la forma, impregnada jurídicamente, en que tanto el actor como el demandado presentan tales datos. En tercer lugar, lo que el que toma la decisión judicial puede reconocer como pruebas depende de lo que, según el derecho procesal pueda contar como prueba, el derecho procesal no sólo varía en relación a sistemas jurídicos diferentes, sino también en relación a las diversas ramas de un mismo sistema jurídico. Y, en cuarto lugar, cómo el que toma la decisión debe evaluar las pruebas, depende una vez más del derecho procesal que regula el ámbito jurídico particular al que pertenece el caso en cuestión.

El lenguaje jurídico de la determinación de los hechos es dependiente del lenguaje común en el sentido de que las diversas formas de presentar los hechos en cuestión -aunque cargadas de juridicidad- están formuladas en el lenguaje común. Ahora bien, debe señalarse que en virtud de la variedad tipológica de hechos -sean primarios, secundarios o irrelevantes desde el

[29] M. Taruffo, [1992, pp. 204-212] llama explícitamente la atención sobre la borrosidad del lenguaje necesario para formular lo relativo a las pruebas en la determinación de los hechos. Las observaciones de Taruffo -las que aparecen en las pocas páginas de su trabajo referidas a ello, tanto como otras también relevantes que aparecen en diversas partes de su fecundo análisis han influido y condicionado, seguramente, mi propia concepción de la borrosidad de lo que llamo lenguaje jurídico de la determinación de los hechos. Sin embargo, a continuación no seguiré tan de cerca las observaciones de Taruffo, y trataré de desarrollar las intuiciones que en su obra se encuentran mediante un modo de razonamiento parcialmente diferente y usando una terminología diferente.

[30] Las dos expresiones «dependiente del lenguaje *jurídico*» y «dependiente del lenguaje *común*» se parecen mucho y guardan estrecha relación con la expresión «dependiente del lenguaje» tal y como se usó al caracterizar la noción de normas (jurídicas). Vd., anteriormente, n. 16.

[31] La interacción entre la cuestión de hecho y la cuestión de derecho es un tema clásico en la literatura sobre la decisión judicial. Para algunas referencias sobre el tema y para el uso de la expresión de G. Bateson «doble vínculo» en este contexto, vd. T. Mazzarese, *Cognition and Legal Decisions. Remarks on Bulygin's View* [en prensa].

punto de vista del que toma la decisión- el lenguaje común usado para dar cuenta de ellos es ampliamente borroso[32].

Si las anteriores observaciones son correctas, entonces es casi evidente que la borrosidad del lenguaje judicial (de los cuatro lenguajes jurídicos que lo integran) afecta a, y a la vez aporta medios adecuados para dar cuenta de, destacados rasgos de los componentes más importantes de las decisiones judiciales: (i) la cuestión de derecho (la premisa denominada mayor o jurídica del silogismo judicial); (ii) la cuestión de hecho (la denominada premisa menor o fáctica del silogismo judicial); (iii) la norma del caso (la llamada conclusión de un silogismo judicial); (iv) la justificación de la decisión judicial misma.

(i) *Borrosidad y cuestión de derecho*. El análisis de la cuestión de derecho plantea dos tipos de problemas: el primero se ocupa de las normas válidas que deben aplicarse, el segundo se ocupa de la elección del que toma la decisión acerca tanto de las formulaciones normativas a tomar en cuenta cuanto de las normas que se asume son expresadas por las formulaciones normativas realmente tomarlas en cuenta.

El primer tipo de problemas relativos a las normas válidas que han de ser aplicadas al decidir un caso jurídico dado precede de, y puede analizarse en términos de, la borrosidad del lenguaje jurídico *stricto sensu* y parcialmente -en tanto se haga uso de él- en términos de la borrosidad del lenguaje jurídico de la dogmática. Puesto que la cuestión de qué normas válidas han de ser aplicadas puede -en mayor o manor extensión- debatirse porque involucra enunciados interpretativos y enunciados de validez.

El segundo tipo de problemas relativos a la elección del que toma la decisión respecto a las normas válidas, las que realmente han de aplicarse, pertenece más bien a la borrosidad o naturaleza aproximada del razonamiento judicial que a la borrosidad del lenguaje en el que se formula la presentación de la cuestión de derecho.

(ii) *Borrosidad y cuestión de hecho*. El análisis de la cuestión de hecho -como el análisis de la cuestión de derecho- plantea dos tipos de problemas: el primero relacionado con su formulación, el segundo relacionado con la elección de una formulación determinada (o para ser más preciso: de una descripción de hecho dada) entre las diferentes posibles.

Obviamente el tipo de problemas de los que la formulación de la cuestión de hecho precede, y en los términos en los cuales puede ser analizada, radica en la borrosidad del lenguaje jurídico de la determinación de los hechos.

[32] Aunque sobre bases diversas y desde diferentes perspectivas, se ha prestado atención a la variedad tipológica de hechos que aparecen en la toma de decisiones judiciales, bien como cuestiones de hecho estrictamente, bien como datos que han de probarse para establecer la cuestión de hecho de un caso dado. Vd. J. Wróblewski [1973], M. Taruffo [1992, pp. 105-136], T. Mazzarese, *Cognition and Legal Decisions. Remarks on Bulygin's View* [en prensa].

El tipo de problemas relativos a la elección de la descripción de los hechos para determinar la cuestión de hecho pertenece a la borrosidad o naturaleza aproximada del razonamiento judicial.

(iii) *Borrosidad y la norma del caso*. La formulación de la norma del caso (i.e. de la norma expresada por la conclusión de una decisión judicial) puede ser borrosa en mayor o menor grado. De igual forma que cualquier otra formulación normativa, i.e. que cualquier enunciado del lenguaje jurídico *stricto sensu*. Para ser más preciso, la norma del caso puede dar lugar a incertidumbre en relación a la interpretación de su formulación y en relación a su legalidad, esta última posibilidad deja abierto el debate sobre si la formulación de la norma cumple todos los requisitos legales procedimentales y materiales.

No hace falta insistir en que el enunciado de la norma del caso, formulado por el que toma la decisión (i.e. la norma expresada por la conclusión de una decisión judicial), participa del núcleo central de problemas, de borrosidad o naturaleza aproximada, involucrados en el razonamiento judicial.

(iv) *Borrosidad y la justificación judicial*. En la medida en que el que toma la decisión judicial debe justificar su decisión (a saber, debe mostrar sobre qué fundamentos descansan tanto la norma del caso como la cuestión de derecho y la cuestión de hecho), no puede sino hacer uso de enunciados borrosos que han de suministrar *buenas razones* para apoyar sus elecciones. De este modo, es muy probable que el que toma la decisión use amplia y extensamente los lenguajes jurídico dogmático y jurídico axiológico para mostrar por qué sus elecciones están mejor fundamentadas, o están más cercanas, o son más correctas que las otras posibles en relación a la redacción de los textos jurídicos, o a los principios generales del derecho, o a la voluntad del legislador, o a alguno de los posibles diversos valores y directrices políticos.

Parece adecuado sostener que la borrosidad o la naturaleza aproximada del razonamiento judicial afecta también a la elección del decisor relativa al modo en que se establece la justificación de una decisión judicial determinada. Simplemente en virtud de que las buenas razones que justifican una elección dada obviamente dependen -de nuevo- de una elección que es una función de un conjunto borroso de variables borrosas.

1.3.2. DECISIONES JUDICIALES Y BORROSIDAD DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL

Las observaciones expresadas en 1.3.1. llevan a dos conclusiones: (a) todos los componentes constitutivos de las decisiones judiciales están formulados en un lenguaje jurídico borroso; (b) cada elemento constitutivo de la toma de decisiones judiciales no sólo es formulado por medio de una expresión lingüística borrosa en mayor o menor grado, sino que además puede comprenderse como el resultado de una pauta de razonamiento borrosa

o aproximada. De una forma incluso más sintética las observaciones del parágrafo precedente pueden resumirse en la tesis de acuerdo a la cual todo elemento constitutivo de la decisión judicial es un resultado borroso de una pauta de razonamiento borrosa o aproximada.

Ahora bien, la segunda de las dos conclusiones antes mencionadas requiere de algunos comentarios puesto que hasta ahora ha sido simplemente considerada como una hipótesis plausible para explicar los problemas relativos a la naturaleza de las elecciones diversas de los decisores en cualquier etapa de las decisiones judiciales. El principal argumento que fundamenta la hipótesis en cuestión es que, en cualquier etapa de la decisión judicial, el decisor se encuentra realmente con datos borrosos pertenecientes a conjuntos borrosos.

Las razones para que ello sea de esta manera, en relación a la determinación de la cuestión de derecho y a la determinación de la cuestión de hecho, han sido ya adelantadas al tratar de la borrosidad del lenguaje jurídico *stricto sensu* y de la borrosidad del lenguaje jurídico de la determinación de los hechos, respectivamente. Un argumento ulterior en apoyo de la naturaleza borrosa o aproximada del razonamiento judicial en la determinación de la cuestión de derecho y la cuestión de hecho es suministrada por el requisito de justificarlas. Dejando de lado la naturaleza borrosa de la justificación misma, y el hecho de que no todas las regulaciones legales de las decisiones judiciales la requieren, lo que merece la pena señalar es que la justificación no sería sólo superflua sino incluso inútil si no se basara sobre la naturaleza aproximada del razonamiento judicial. Si el razonamiento judicial se siguiera de leyes lógicas necesarias e imperativas, ¿para qué sería necesario que el decisor aportara buenas razones de sus elecciones en la determinación de la cuestión de derecho y la cuestión de hecho? En realidad, si el razonamiento judicial fuera comprendido como siguiendo sólo leyes lógicas necesarias e imperativas, entonces cualquiera podría ver -sin necesidad de que el decisor aportara la justificación de sus propias elecciones- si una decisión judicial es correcta o incorrecta.

Si las observaciones anteriores son adecuadas, entonces también lo son a fortiori para el enunciado de la norma del caso (i.e. para la norma expresada por la conclusión de una decisión judicial).

Además, incluso si se toma por establecida la naturaleza borrosa o aproximada del razonamiento judicial, un problema ulterior aún nos espera, a saber, la tercera crítica dirigida a la teoría lógico-deductiva de la decisión judicial: la validez jurídica (que se aplica a las normas) tiene un comportamiento lógico (si tiene alguno) que no es equiparable al comportamiento lógico de la verdad (que se aplica a la proposiciones de las que se ocupa la teoría silogística tradicional o la lógica clásica). De este modo, la cuestión que todavía debe contestarse es: ¿puede el reconocimiento de la naturaleza borrosa del razonamiento judicial sernos de ayuda para resolver el problema en

cuestión? O, dicho de otra forma: ¿explican los cálculos lógicos esta crucial deficiencia de la teoría lógico-deductiva de las decisiones judiciales?

Realmente tal cuestión puede contestarse de dos formas diferentes según las dos perspectivas divergentes de contemplar la lógica borrosa. Las dos respuestas posibles están íntimamente relacionadas con las tesis del dilema formulado al inicio de este artículo.

2. Las decisiones judiciales y la lógica del razonamiento aproximado: dos lecturas opuestas confrontadas

Citando una expresión indudablemente feliz de N. MacCormick «decidir no es deducir»[33].

Simple y clara como pueda sonar, esta expresión realmente da en el clavo: señala un problema crucial de cualquier intento de dar cuenta de las decisiones judiciales por medio de un aparato lógico-formal: i.e. el problema crucial de cualquier intento para fundamentar la racionalidad de las decisiones judiciales sobre la base firme del análisis lógico-formal. Lo cual es verdad para el aparato formal suministrado por la lógica clásica, y para el aparato formal suministrado por alguna de las llamadas lógicas no clásicas -sean una extensión o una desviación de la lógica clásica-. Esto es, no sólo la teoría tradicional del silogismo judicial sino también la lógica borrosa se enfrenta con el mismo problema.

Ahora bien, contrariamente a lo que podría pensarse, a pesar de la formulación clara y fecunda de MacCormick, la cuestión no tiene una única respuesta relativa al papel (al poder explicativo) del aparato lógico-formal en dar cuenta de la toma de decisiones judiciales. Como cuestión de hecho, esto es lo que ya ha pasado con la teoría tradicional del silogismo judicial y lo que probablemente pasará en relación a la lógica borrosa.

Hasta este momento, muy pocos trabajos han prestado atención al aparato formal de la lógica borrosa en el análisis de las decisiones judiciales, pero pueden distinguirse dos actitudes diferentes hacia su papel potencial en tal cuestión. Estas actitudes diferentes están vinculadas con las dos tesis del dilema expuestas al principio de este trabajo y sobre la base de estas tesis del dilema pueden adaptarse dos respuestas posibles y divergentes a la cuestión que MacCormick expresa sintéticamente como «decidir no es deducir».

En lo que sigue, en primer lugar (2.1.) me ocuparé de los argumentos sobre los que cada una de las tesis del dilema se fundamenta. En segundo lugar (2.2.), señalaré las dos posibles respuestas con que las tesis del dilema se enfrentan con la cuestión de decidir y deducir -en paradigmática oposición-. Al hacerlo, recordaré y esbozaré brevemente algunos de los diversos puntos de vista sobre la oposición paradigmática relativa a la teoría tradicional

[33] N. MacCormick [1989].

del silogismo judicial. Por último, (2.3.), sobre la base del análisis precedente, comentaré brevemente la posibilidad de reconsiderar la oposición racionalismo normativo/irracionalismo normativo desde una perspectiva nueva que nos permitiría librarnos de ella.

2.1. Argumentos que fundamentan las tesis del dilema

Como advertencia preliminar, debe notarse que la formulación del dilema en cuyo análisis me centraré surge de observaciones que son, para decirlo así, de naturaleza abductiva. Y ello porque hay pocos trabajos que se ocupen de la cuestión examinada y, además, ninguno de tales trabajos, conocidos por mí, establece explícitamente ninguna de las dos tesis, incluso aunque alguna de ellas -al menos de forma implícita- parezca tomarse como plausible o potencialmente correcta.

La formulación ya sugerida del dilema era así:

(a) La lógica borrosa permite una reconstrucción racional de las decisiones judiciales puesto que suministra instrumentos lógicos para superar la crítica dirigida a la teoría lógico-deductiva de las decisiones judiciales. (b) La lógica borrosa no permite una reconstrucción racional de las decisiones judiciales puesto que en virtud de sus rasgos peculiares confirma más bien que supera la crítica dirigida a la teoría lógico-deductiva de las decisiones judiciales.

A pesar de la oposición, tales tesis comparten una pretensión común: el aparato formal de la lógica borrosa es más adecuado que el aparato formal del silogismo judicial tradicional para captar y detectar algunos rasgos destacados de la toma de decisiones judiciales. Sin embargo, la cuestión de si la validez jurídica tiene algún comportamiento lógico será contestada en 2.2., aunque la adecuación de tal pretensión ha sido extensamente comentada por los argumentos adelantados en 1.4.

Es innecesario decir que la adecuación de tal pretensión no suministra prueba alguna en favor de ninguna de las dos tesis. De hecho, el reconocimiento de la relevancia de la noción de borrosidad en el análisis de las decisiones judiciales no nos obliga a tomar partido en favor de ninguno de los cuernos del dilema. Esto es lo que parece ocurrir aparentemente con las observaciones conclusivas de J. Wróblewski sobre «borrosidad de los sistemas jurídicos», donde la borrosidad se contempla como una limitación, que el decisor *racional* deberá tener en cuenta, al intento de lograr certeza en las decisiones judiciales. En palabras de Wróblewski:

> El decisor racional, al tomar en cuenta la borrosidad del sistema jurídico, es consciente de la debilidad de la ideología de la sujeción de las decisiones de aplicación del derecho y, también, de la necesidad de usar las decisiones, necesaria o intencionalmente, discrecionales de una forma racional y razonable. No

> busca la certeza donde no hay posibilidad de lograrla, ni en el área de la interpretación ni en la de la validez[34].

Aunque en tal pasaje de Wróblewski, la racionalidad parece ser trasladada desde el status de una propiedad esencial de la decisión indicial al status de una actitud requerida (o, al menos, aconsejable) para el decisor, todavía está lejos de ser evidente de qué racionalidad se trata y qué pautas se supone que el decisor debe seguir para ser racional.

Una aproximación al papel de la borrosidad en relación a la posibilidad de lograr la racionalidad tan deseada de las decisiones judiciales que es, al menos parcialmente, menos prudente que la extremadamente prudente de Wróblewski, puede hallarse en M. Taruffo y L. Philipps, cuyos análisis dan argumentos que pueden considerarse como fundamento de una de las dos tesis del dilema. A pesar de que ni Taruffo ni Philipps adoptan una firme posición en favor de alguna de las dos tesis, el análisis de Taruffo descansa probablemente sobre la asunción vinculada a la primera de las tesis, mientras el de Philipps subyace probablemente a la segunda.

(i) *La lógica borrosa como un medio para asegurar la racionalidad de las decisiones judiciales*. Es claro que Taruffo es un defensor convencido -aunque no siempre convincente- de la racionalidad de las decisiones judiciales. La razón por la que esta pretensión de racionalidad no es siempre convincente puede parecer paradójica, ya que está fundada en un análisis -usualmente cuidadoso y rico en matices- que él mismo suministra de la mayoría de los problemas relativos al logro de los estándares de racionalidad que desea que se alcancen[35]. Ahora bien, la concepción de Taruffo de los cálculos borrosos se compadece con esta peculiar forma de contemplar las decisiones judiciales. Tomando por garantizado que en lo relativo a la borrosidad la mejor estrategia para asegurar la racionalidad de las decisiones judiciales es librarse de ella, y reconociendo, además, que tal estrategia no puede, a menudo, tener éxito, Taruffo sostiene que cuando tal estrategia no puede tener éxito, el aparato lógico de los cálculos borrosos puede ser un medio adecuado para asegurar la racionalidad de las decisiones judiciales.

La paradigmática oposición racionalismo/irracionalismo es la clave tanto en relación a la forma en que Taruffo formula el problema como en relación

---

[34] J. Wróbleski [1983, p. 330].

[35] La misma observación puede hacerse de otros convencidos defensores de la racionalidad de las decisiones judiciales. Ahora bien, vale la pena señalar que la paradoja de la pretensión de racionalidad de las decisiones judiciales, siendo conscientes de las dificultades que deben afrontarse para lograrla, es sólo aparente. Realmente tal paradoja se desvanece si se presta la debida atención al hecho de que la pretensión en cuestión está basada en argumentos más bien ideológicos que teóricos y/o explicativos. La naturaleza ideológica de tal punto de vista sobre las decisiones judiciales, a veces, no es ni tan sólo escondida u ocultada, sino establecida explícitamente y defendida. Así ocurre e.g. en M. Taruffo [1992, pp. 43-50]. Volveré más adelante sobre la naturaleza ideológica de la pretensión de racionalidad y/o a la posibilidad del análisis lógico-formal de las decisiones judiciales, vd. n. 47.

a la forma de resolverlo. La formulación del problema relativo a casos en que los datos conllevan una dosis de borrosidad ineliminable es como sigue:

> El problema [...] consiste en averiguar si en estos casos es también posible un procedimiento racional [...] o si la presencia de estos elementos condenan a la *indeterminación* y al *subjetivismo* cualquier razonamiento fundado en proposiciones que los contengan (subrayado mío)[36].

La solución que se sugiere es hacer uso del aparato formal de la teoría de conjuntos borrosos, puesto que ello comporta

> [la] posibilidad de construir *procedimientos racionales* que tengan como objeto conceptos vagos. La vaguedad, en otras palabras, no es por sí misma un factor de *subjetivismo* o de *irracionalidad*: simplemente es un carácter muy frecuente y extendido, irreducible en el lenguaje, que requiere *una lógica «especial» para ser formalizado*, pero que no excluye *a priori* toda posible racionalización. [...] El razonamiento sobre nociones vagas e imprecisas es aproximado, pero esto no implica que se trate de algo *irracional* o no *razonable*, ya que las nociones vagas pueden dar lugar a *funciones lógicamente determinadas* (subrayado mío)[37].

Ahora bien, tal punto de vista sobre los cálculos borrosos y su aportación al análisis de las decisiones judiciales es engañoso (a) porque, al menos implícitamente, está vinculado, y puede conducir, a la falacia racionalista, i.e.: todo lo que puede ser analizado en términos del aparato lógico-formal dispone de racionalidad; y (b) porque la oposición racionalismo/irracionalismo no se aplica a lo que es el rasgo realmente peculiar de la lógica borrosa.

De hecho, en la lógica borrosa todo es borroso: los datos con los que trabaja (i.e. predicados y/o proposiciones borrosos), el conjunto de valores de verdad que se usan tanto como cualquier valor de verdad perteneciente a tal conjunto, las reglas de inferencia, los resultados que se siguen de las reglas de inferencia borrosas. Citando una clara caracterización de L. A. Zadeh:

> Tal vez, la forma más simple de caracterizar la lógica borrosa sea decir que es una lógica del razonamiento aproximado. Como tal, es una lógica cuyos rasgos distintivos son (i) valores de verdad borrosos expresados en términos lingüísticos, e.g., *verdadero*, *realmente verdadero*, *más o menos verdadero*, *más bien verdadero*, *no verdadero*, *falso*, *ni realmente verdadero ni realmente falso*; (ii) tablas de verdad imprecisas; y (iii) reglas de inferencia cuya validez es aproximada más bien que exacta. En relación a ello, la lógica borrosa difiere de forma significativa de los sistemas estándar de lógica[38].

(ii) *Lógica borrosa como un modelo explicativo de las decisiones judiciales*. Taruffo no afirma ni niega que la lógica borrosa sea una lógica del razonamiento aproximado. De hecho, menciona esta caracterización de la lógica borrosa, a pesar de que su tratamiento de las decisiones judiciales está

---

[36] M. Taruffo [1992, pp. 206-207].
[37] M. Taruffo [1992, p. 208].
[38] L. A. Zadeh F [1975, p.4071].

inclinado a subrayar los procedimientos lógico formales que, como tales, podrían garantizar los estándares de racionalidad que desea lograr. En otras palabras, como ya advertí, el análisis de Taruffo comete, muy probablemente, una falacia racionalista. En el otro extremo, aunque sobre la base de una actitud muy confiada hacia la significación de esta nueva rama de la lógica formal para las investigaciones jurídicas, el punto de vista de Philipps no parece cometer, ni ser tentado por, ninguna falacia racionalista.

Ahora bien, antes de tratar de justificar esta afirmación, vale la pena señalar que la advertencia indicada al inicio de este parágrafo es particularmente adecuada en relación a las observaciones siguientes: son claramente de naturaleza abductiva, no sólo porque el trabajo de Philipps al que me referiré no menciona ninguna de las dos tesis del dilema, sino porque está centrado sobre programas de redes neuronales.

Mi pretensión según la cual Philipps no comete ninguna falacia racionalista, y que muy probablemente fundamenta la tesis de que los cálculos borrosos puedan contemplarse como modelos explicativos de las decisiones judiciales, se sigue de una clara observación. La confianza de Philipps en las aplicaciones de programas de redes neuronales precede de la apreciación de que tales aplicaciones pueden permitirnos reproducir una propiedad muy peculiar de las decisiones (judiciales), i.e.: recorrer el ámbito -más o menos amplio según el caso- de resultados diferentes, posibles y plausibles.

De este modo, por ejemplo, después de haber esbozado un caso más bien complejo relativo a un testamento, Philipps comenta el resultado proporcionado por un ordenador que trabaja con un programa de redes neuronales:

> No puede decirse ni camino debería seguirse (como en programación tradicional), ni qué finalidad podría alcanzarse (como en la programación en PROLOG). *Su resultado tampoco es el único claramente correcto, sino sólo una solución justificable* (subrayado mío)[39].

Tal afirmación puede tomarse como una prueba de que aquello en cuestión en los programas de redes neuronales -lo mismo ocurre con los cálculos borrosos- no es la pretendida racionalidad del resultado obtenido, ni su pretendida capacidad para asegurar la certeza del derecho, sino más bien ser una de las decisiones plausibles (o incluso una de las más plausibles) de las que pueden extraerse en relación al caso jurídico planteado. Más pruebas pueden obtenerse de otras afirmaciones de Philipps, como la siguiente:

> Lo que proporcionan las redes es también lo que pretende la jurisprudencia: decisiones según similaridades y en razón de impresiones complejas que se derivan de una pluralidad de factores que no están muy determinados por las definiciones y que, en particular, sólo pueden configurarse de una manera aproximadamente mensurable[40].

[39] L. Philipps [1990, p. 821].

[40] L. Philipps [1990, p. B22].

En pocas palabras, el objetivo más importante tanto de los programas de redes neuronales como de los cálculos borrosos es reproducir pautas diferentes de razonamiento y extraer decisiones de un conjunto borroso de variables borrosas. Esto es, proporcionar diferentes modelos posibles de explicación de diferentes modos posibles de razonamiento y de obtención de decisiones.

2.2. Decidir no es deducir: Observaciones sobre la lógica borrosa

Las dos perspectivas diferentes para considerar los cálculos borrosos que se vinculan con las tesis del dilema tratado en 2.1. nos capacitan para distinguir entre varias formas posibles y divergentes de dar respuesta al problema subyacente a cualquier intento de dar cuenta de las decisiones judiciales por medio de un aparato lógico-formal: el problema que MacCormick resume como «decidir no es deducir».

El modo en que la lógica borrosa está vinculada a las dos formas divergentes de dar respuesta al problema en cuestión puede, someramente, trazarse como sigue:

(a) Quien mantenga la tesis expresada por el primer cuerno del dilema no puede más que quedarse con una de las diferentes respuestas que ya se han dado al problema en relación con la teoría tradicional del silogismo judicial, aunque las respuestas se basen sobre diferentes aparatos lógicos de los cálculos borrosos;

(b) quien mantenga la tesis expresada por el segundo cuerno del dilema puede sostener, de manera convincente, que el problema en cuestión no se resuelve con los cálculos borrosos, por la simple razón de que estos son concebidos como posibles modelos explicativos de diferentes y posibles pautas de razonamiento que resultan en una decisión.

(i) *Observaciones sobre la primera forma posible de responder al problema*. En tanto los cálculos borrosos sean concebidos como medios para asegurar la racionalidad de las decisiones judiciales y de lograr la certeza del derecho, no pueden más que ser blancos de la misma crítica dirigida a la teoría tradicional del silogismo judicial: la validez de la norma del caso (i.e. la norma expresada por la conclusión de una decisión judicial) no es una cuestión de deducción lógica, sino más bien una materia de decisión factual[41]. Además, tenemos la razón según la cual -como en el silogismo judicial,

[41] H. Kelsen [[1]1965, [2]1968, pp. 1484-1485] expone el problema de la siguiente forma: «Es posible, sin duda, que la norma general «Todos los ladrones deben ser castigados, i.e. enviados a prisión» sea válida, puesto que fue creada legislativamente, y que el enunciado «Smith es un ladrón» sea verdadero, e incluso que sea aseverado por el Tribunal competente, mientras la norma individual «Smith debe ser enviado a prisión» no sea, sin embargo, válida puesto que el Tribunal competente ha [...] fracasado al establecerla». Dicho en expresión de N. Iviacc., [1989]: «Decidir (como pretender) es un acto de voluntad y los actos de voluntad no son, en ninguno de sus sentidos, determinados por la lógica. Las decisiones se hacen, no se deducen. Decidir no es deducir».

aunque sobre la base de un aparato lógico diferente-, concebidos como medios para asegurar la racionalidad de las decisiones judiciales y para lograr la certeza del derecho, confrontados con la crítica en cuestión necesariamente reproducirán una de las diferentes respuestas que ya se han sugerido en relación a la teoría tradicional del silogismo judicial. Esto es, para mencionar algunos ejemplos, que el aparato formal de la lógica borrosa puede ser comprendido como o bien (a) un medio para justificar la validez de la norma del caso sobre la base de la validez de las normas generales promulgadas por el legislador[42], o bien (b) un medio para proporcionar una racionalización ex post de una decisión judicial una vez ya ha sido extraída[43], o como una construcción racional limitada a la justificación interna de las decisiones[44], o como un medio para mostrar que la norma del caso es justificable[45].

(ii) *Observaciones sobre la segunda forma posible de responder al problema*. En la medida en que los cálculos borrosos se conciben como modelos posibles de explicación de las diversas pautas de razonamiento cuyo resultado es una decisión, la cuestión de la validez jurídica de la norma del caso no es materia de deducción lógica, sino más bien materia de decisión factual, que no hace falta explicar con detención puesto que es el objeto que los cálculos borrosos pretenden explicar. Como ya se ha dicho, los cálculos borrosos, como una lógica del razonamiento aproximado, no pretenden asegurar la certeza de los resultados obtenidos -i.e. en el caso de las decisiones judiciales el resultado obtenido es la norma válida que se sigue de las premisas establecidas- sino más bien proporcionar una herramienta lógica

[42] H. Kelsen [[1]1965 [2]1968, pp. 1484-1485] mantiene que el esquema silogístico puede ser un medio adecuado para representar el hecho según el cual: «la validez de la norma individual establecida par el Tribunal puede justificarse mediante la validez de la norma general establecida por el legislador».

[43] Esta concepción es defendida e.g. por A. Aarnio [1977, pp. 5758]: «el juicio es racionalizado *ex post* mediante la demostración de que un hecho jurídico determinado puede subsumirse en la regla general que debe aplicarse. La inferencia silogística, sin embargo, tiene otra, y de hecho más importante, limitación. El aspecto importante en el establecimiento de una decisión correcta no es sólo que sea obtenido de las premisas, es bastante más importante justificar las *premisas* usadas».

[44] Esta concepción es mantenida e.g. por J. Wróblewski [1974, p. 46]: «La justificación mediante la forma del silogismo es la justificación interna, en virtud de la cual no se controla la adecuación de las premisas. El papel de la justificación externa es, claramente, enorme, pero no puede explicarse mediante herramientas lógico formales».

[45] Esta concepción es mantenida e.g. por E. Bulygin, *Cognition and Interpretation of Law* [en prensa]: «Una decisión judicial es justificable de acuerdo al derecho si se sigue lógicamente de las normas jurídicas y de la descripción del caso. La justificación es una operación lógica, que es esencialmente de carácter deductivo, esto es, que puede ser reconstruida como una inferencia lógica, en la cual de un conjunto de premisas se extrae una conclusión que establece que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular. Esta inferencia muestra que una decisión de aplicar estas consecuencias a este caso particular está jurídicamente justificada».

que nos habilite para reproducir y distinguir diferentes pautas de razonamiento (judicial) que pueden llevar a resultados diversos.

2.3. Observaciones conclusivas. La oposición racionalismo/irracionalismo normativo reconsiderada

Alguna vez en este trabajo he pretendido que los cálculos borrosos pueden ser contemplados como un medio para escapar de la engañosa oposición entre racionalismo normativo e irracionalismo normativo, tal y como es entendida en el análisis de las decisiones judiciales. La razón más importante por la que hallo engañosa tal oposición no es que -citando a F. Waismann- «la chispa de la vida del racionalismo sea el irracionalismo»[46]. La razón más importante radica en que, en lo relativo a las decisiones judiciales, tal oposición se basa en argumentos de naturaleza ideológica más que explicativa[47].

Ahora bien, si la atención se centra en un análisis explicativo de las decisiones judiciales, entonces los cálculos borrosos pueden ser un medio adecuado para mostrar que el razonamiento judicial es un razonamiento aproximado en virtud de algunas propiedades destacadas del lenguaje judicial. Nada hay involucrado aquí que sea necesariamente de naturaleza racional o irracional. En el mismo sentido, nada tiene que hacer la racionalidad o la irracionalidad con un ordenador que, sobre la base de un programa de redes neuronales y con un aprendizaje especial, pueda proporcionarnos -una vez se le ha dado un tema concreto para trabajar- una fuga cuyo estilo sea precisamente el estilo de J. S. Bach[48].

(Trad. de José Juan Moreso)

---

[46] F. Waismann [21951, p. 143].

[47] J. Wróblewski [1974, p. 37] ha señalado, en relación a la teoría tradicional del silogismo judicial, que las controversias son de naturaleza ideológica: «En el plano de la ideología de la aplicación judicial del derecho las tesis contrapuestas en la controversia relativa al papel del silogismo jurídico pueden reducirse a las dos siguientes fórmulas elementales: [1] La aplicación judicial del derecho debe seguir la tesis del silogismo jurídico, porque este es el modo de actuar valores fundamentales como la legalidad, la seguridad y la certeza; [2] la aplicación judicial del derecho no debe seguir la tesis del silogismo jurídico, porque la decisión judicial debe basarse sobre valoraciones que pretendan la adecuación óptima entre el derecho y los requerimientos de «la vida» (en el significado más amplio de este término) en la solución de un caso concreto». Ahora bien, tal caracterización de las tesis contrapuestas -de naturaleza ideológica sobre el papel del silogismo judicial parece olvidar que las dos tesis descansan sobre un presupuesto común que es muy problemático, a saber: la aplicación judicial del derecho puede «seguir la tesis del silogismo judicial». Si se está en contra de tal presupuesto, el problema real -de naturaleza preliminar- es si el silogismo judicial es un medio conceptual adecuado para dar cuenta de las decisiones judiciales. Esto es, citando a J. Wróblewski una vez más [1974, p. 38] -que «el silogismo como un esquema de razonamiento es adecuado para justificar la decisión judicial como una decisión racional, *establecido que el uso de las formas lógicas del razonamiento judicial está garantizado*» (subrayado mío).

[48] Esta aplicación específica de los programas de redes neuronales es mencionada por L. Philipps [1990. pp. 822-823].

REFERENCIAS

Aarnio, Aulis [1977], *On Legal Reasoning*. Turku, Turon Yliopsito.

-[1981], *On the Truth and Validity of Interpretative Statements*. Tercera parte de Aarnio, Aulis/Alexy, Robert/Peczenick, Alexsander, *The Foundation of Legal Reasoning*. En: «Rechtstheorie», 12, pp. 133-158, 257-279, 423-428.

Alchourrón, Carlos Eduardo/Bulygin, Eugenio [1981], *The Expressive Conception of Norms*. En: R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*. Dordrecht, D. Reidel, pp. 95-124.

Bulygin, Eugenio [1991], *Algunas consideraciones acerca de los sistemas jurídicos*. En: «Doxa», 9 (1991), pp. 257-279.

-*Cognition and Interpretation of Law*. En: Gianformaggio, Letizia/Paulson, Stanley L. (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*. Torino, Giappichelli. [en prensa].

Diciotti, Enrico [1992], *Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato*. En: Comanducci, Paolo/Guastini, Riccardo (eds.), *Analisi e diritto 1992. Ricerche di analitica*. Torino, Giappichelli, pp. 97-138.

Faas, Horatio [1991], *Lógica difusa*. Tesis doctoral, Córdoba, Argentina.

Gizbert-Studuicki, Tomasz [1983], *Vagueness. Open Texture and Law*, En: «Archivium Iuridicum Cracoviense», 16, pp. 15-27.

Guastini, Riccardo [1992], *Dalle fonti alle norme*. Torino, Giappichelli, segunda edición.

Haack, Susan [1974], *Deviant Logic. Some Philosophical Issues*. Cambridge, Cambridge University Press.

- [1978], *Philosophy of Logics*. Cambridge, Cambridge University Press. Hart, Herbert [1961], *The Concept of Law*. Oxford, Oxford University Press.

Kalinowski, Georges [1965], *Introduction a la logique juridique*, Paris, R. Pichon & R. Duran Auzias.

Kelsen, Hans [[1]1965, [2]1968], *Recht und Logik*. En: H. Klecatsty/R. Marcic/H. Schambeck (eds.), *Die Wiener Rechsteoretische Schule*. Wien, Europa Verlag, Band 2; pp. 1469-1497.

Luzzati, Claudio [1990], *La vaghezza delle norme*. Milano, Ginffre.

MacCormick, Neil [1989], *Legal Deduction. Legal Predicates and Expert Systems*. [Manuscrito].

Mazzarese, Tecla [1987], *Antinomia*, En: *Digesto IV edizione. Sezine Civile*, Torino, UTET, vol. 1., pp. 347-353.

- *Cognition and Legal Decisions. Remarks on Bulygin's View*. [En prensa]

Moreso, José Juan [1993], *Sobre normas inconstitucionales*. En: «Revista española de Derecho Constitutional», 38, pp. 81-115.

Opalek, Kazimierz [1972], *Les normes. Les énoncés sur les normes et les propositions deóntiques*. En: «Archives de philosophie du droit», 17 (1972), pp. 355-372.

Peczenick Aleksander/Wróblewski, Jerzy [1985], *Fuzziness and Transformation: Towards Explaining Legal Reasoning*. En: «Theoria», 51, pp. 24-44.

Philipps, Lothar [1990], *Naheliegende Anwendungen neuronaler Netze in der Rechtswissenchaft*. En «Iur PC», 11-12, pp. 820-827.

Ross, Alf [1958], *On Law and Justice*, London, Stevens.

Quine, William Van Orman [1970], *Philosophy of Logic*. Englewood Cliffs N. J., Prentice-Hall.
Taruffo, Michele [1992], *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*. En: «Materiali per una storia della culture giuridica», 19 (1989), pp. 151-173.
Taruffo, Michelle [1992], *La prove dei fatti giuridici*. Milano, Giuffre.
Urquhart, Alasdair [1986], *Many-Valued Logic*. En: Dov Gabbay/Franz Guenthner (eds.), *Handbook of Philosophical Logic. Volume III: Alternatives in Classical Logic*. Dordrecht. D. Reidel, pp. 71-116.
Waismann, Friedrich [[1]1945 [2]1951], *Verifiability*. En: Flew, Anthony (ed.), *Essays on Logic and Language*. Oxford, Basil Blackwell, pp. 117- 144.
Weinberger, Ota [1981], *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen*, Berlin, Duncker & Humblot.
Wright, Georg Henrik van [1951 a], *Deontic Logic*. En: «Mind», 60, pp. 1-15.
- [1951 b], *An Essay in Modal Logic*. Amsterdam, North-Holland.
- [1963], *Norm and Action. A Logical Inquiry*. London, Routledge & Kegan Paul.
- [1985], *Is and Ought*. En: Eugenio Bulygin/Ilkka Niiniluoto (eds.), *Man, Law and Modern Forms of Life*. Dordrecht, D. Reidel, pp. 263-281.
Wróblewski, Jerzy [1973], *Facts and Law*. En: «ARSP», 59 (1973), pp. 161-178.
- [1974], *Legal Syllogism and the Rationality of Judicial Decisions*. En «Rechtstheorie», 5, pp. 33-46.
- [1983], *Fuzziness of Legal System*. En: Kangas, (ed.), *Essays in Legal Theory in Honor of Kaarle Makkonen*. Número monográfico de «Oikeustiede» 16 (1983), pp. 311-330.
Zadeh, Lofti A. [1965], *Fuzzy Sets*. En: «Information and Control», 8.
- [1975], *Fuzzy Logic and Approximate Reasoning*. En: «Synthese», 30, pp. 407-428.

LA DEROGACIÓN Y LA ANULACIÓN COMO MODALIDADES DEL ÁMBITO TEMPORAL DE VALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS

0.- Introducción

Este ensayo tiene por objeto presentar una hipótesis explicativa, diversa a las que tradicionalmente han sido publicadas, sobre la problemática relacionada con la derogación y la anulación de las normas jurídicas. Consta de tres apartados: el primero contiene la exposición de la tesis fundamental del ensayo y, adicionalmente, breves referencias a las teorías de Hans Kelsen y de los autores argentinos Alchourrón y Bulygin; el segundo, resume las tesis centrales que Kelsen presentó en su ensayo «Derogation» y un comentario sobre cada una de ellas, hecho desde el punto de vista contenido en el primer apartado; el tercero es una breve presentación de las tesis de Alchourrón y Bulygin y la exposición de varias críticas que formulo al respecto.

1.- Tesis de este ensayo

Las normas integrantes de un orden jurídico tienen, como es de sobra conocido, cuatro ámbitos de validez: el material, el personal, el espacial y el temporal. Esto significa que las normas que regulan la conducta humana especifican a ésta en las cuatro determinaciones mencionadas. Si una norma establece una conducta como obligatoria, para que esa determinación sea completa, tiene que especificar la clase o el tipo de conducta que establece con esa modalidad deóntica (ámbito material: AM), quién es la persona o el individuo que debe realizar esa conducta (ámbito personal: AP), el lugar o los lugares en donde debe ser realizada (ámbito espacial: AE) y el tiempo de realización de la conducta (ámbito temporal: AT). Esta es la representación normal y completa de una norma jurídica.

> «Con arreglo al sentido de las normas del derecho, un hombre debe realizar en cierto lugar, en determinado espacio y en alguna ocasión, en un momento determinado, un cierto hecho, como condición de que en cierta ocasión y en cierto lugar se realice otro, consecuencia del primero. La validez de las normas constitutivas del orden del Estado es, pues, una validez tempo-espacial, en el sentido

> de que dichas normas tienen como contenido determinados acontecimientos, encuadrados espacial y temporalmente». (TGE. p. 180)

En principio, estas determinaciones deberían estar contenidas en cada norma jurídica. Pero esto no acontece así. Las determinaciones espaciales se encuentran establecidas de una sola vez en el derecho positivo, generalmente en la Constitución del Estado. Es una función esencial de ella la especificación del territorio, i.e., del espacio en el que vale el orden jurídico del Estado. Con esta determinación, todas las demás normas, salvo casos excepcionales, pueden prescindir de los contenidos espaciales, en virtud de que esos contenidos ya se encuentran, en general, establecidos en la norma fundamental del ordenamiento jurídico. Si una ley carece del contenido referente al espacio en el que vale, no por ello sería correcto afirmar que no tiene un ámbito de validez espacial (AE), pues el mismo ya está determinado de antemano en la Constitución del Estado. Algo similar puede decirse en cuanto al tiempo de la validez del orden jurídico, aunque aquí existen una serie de modalidades, que intentaremos parcialmente exponer en este ensayo.

Puede partirse de un principio generalísimo, un tipo ideal, en el sentido de Weber, que es el siguiente:

> «Pero, puesto que los momentos espacial y temporal, esenciales a la norma, son ilimitados *a priori*, la validez de la misma se extiende a todo tiempo y lugar, mientras ella misma no se imponga limitaciones. En cualquier lugar y en cualquier momento que se realice el hecho condicionante, debe seguir la consecuencia jurídica, sin limitaciones. Tal es el sentido de la norma, cuando no contiene ninguna determinación especial concerniente a los ámbitos espacial y temporal de su validez. No es que la norma posea vigencia fuera del tiempo y del espacio, sino que no se circunscribe ni a un determinado espacio ni a un determinado tiempo» (TGE. pp. 180-1)

Como dijimos, es función de la Constitución la determinación de estos ámbitos de validez. Incluso, puede válidamente afirmarse que en el caso de que dichos contenidos sobre los ámbitos de validez espacial y temporal no existiesen en la Constitución, estarían determinados por el derecho internacional, una de cuyas funciones esenciales es, precisamente, la especificación de esos ámbitos para los Estados miembros de la comunidad internacional. Esta determinación se encuentra contenida en el *principio de efectividad*, como norma positiva del derecho internacional general o consuetudinario. El Estado vale sobre cierto territorio determinado por la costumbre internacional de los Estados, la que considera que su AE está condicionado por la efectividad del orden normativo del Estado. Asimismo, el Estado nace en cierto momento y continúa vigente hasta que sea sustituido por otro, ya sea por una revolución o golpe de Estado o por la fusión o desmembramiento de dos Estados.

Es claro que cada norma general que se legisle en un Estado debe contener una disposición que especifique la fecha desde la cual comienza a regir, i.e., la fecha desde la que inicia su validez, fecha que se encuentra dentro

del periodo de existencia del Estado, determinado por la propia Constitución o por el derecho internacional, en su defecto.

Es un fenómeno digno de observación y reflexión detenida que los contenidos normativos que especifican los ámbitos de validez de las normas jurídicas, en ocasiones se encuentran parcialmente indeterminados. Esto ha producido situaciones jurídicas que hacen surgir la necesidad de completar, de diversos modos, esos ámbitos parcialmente indeterminados, lo que ha dado lugar a fenómenos jurídicos muy interesantes. A continuación veremos dos de estos casos de determinación parcial de los ámbitos de validez.

2.- Indeterminación del ámbito personal (AP)

Hay un fenómeno general en el derecho positivo que ha sido observado, como fenómeno parcial, por Kelsen. Me refiero a la función de obligar y facultar a una persona jurídica o moral, sea ésta del orden interno de un Estado, sea del orden internacional. En estos casos, lo que se observa es que la norma que establece una obligación u otorga un derecho o facultad a una persona moral o jurídica tiene por contenido el «qué» de la conducta, i.e., el ámbito material (AM) de la norma y, por lo que se refiere al ámbito personal, éste queda indeterminado, porque la norma no especifica el individuo que ha de realizar la conducta, ya sea de cumplimiento de la obligación o de ejercicio de la facultad. Obligar o facultar a una persona moral nacional o internacional significa que la norma jurídica deja indeterminado el ámbito personal de validez de la norma y delega en otro orden normativo, esa determinación individual del sujeto que con su conducta ejecutará la norma en cuestión. Dice Kelsen:

> «Que el orden jurídico estatal singular obligue o faculte a una persona jurídica, significa que convierte en deber o en derecho la conducta de un hombre sin determinar el sujeto mismo. Su determinación es dejada, por delegación de parte del orden jurídico estatal, al orden jurídico parcial cuya unidad se expresa en la persona jurídica. Hay una obligación y facultamiento mediatos de hombres individuales, es decir, por intermedio del orden jurídico parcial. Esa división de funciones entre los órdenes jurídicos total y parcial es posible, debido a que en la conducta humana que constituye el contenido de la norma jurídica y, por tanto, del deber o de la facultad jurídicas, pueden distinguirse un elemento personal (subjetivo) y uno material (objetivo): el sujeto de la acción u omisión, y la acción u omisión misma, «quién» hace u omite algo y «qué» es hecho u omitido. La norma integral determina entre ambos. Pero es posible que una norma, y por tanto la obligación o la facultad con ella dados, sólo contenga uno de los dos elementos. En ese caso es incompleta, y ha menester del complemento de otra norma que lleve a cabo la determinación del elemento de que aun se carece. Las normas que, como suele expresarse, obligan y facultan a una persona jurídica a una cierta conducta, son normas que sólo determinan inmediatamente el elemento objetivo, es decir, un hacer o dejar de hacer, pero que con respecto a la determinación del elemento subjetivo, o sea, con respecto al individuo que ha de

> prestar la conducta normada, hacen delegación en otra norma. Por lo tanto, que una persona jurídica sea obligada o facultada no significa, en manera alguna, que ningún hombre individual sea obligado y facultado, sino solamente, que los individuos son obligados o facultados de modo mediato». (LTPD. pp. 87-88)

3.- Generalidad de la indeterminación de ámbitos

El problema de la indeterminación de uno de los elementos de la norma va más allá de lo dicho por Kelsen. No se restringe al ámbito de validez personal de las normas. Es un problema más general, que genera una serie de fenómenos y explicaciones dispares, por el hecho de que no se ha logrado una comprensión completa del fenómeno.

4.- Indeterminación del ámbito temporal (AT)

Algo similar a la indeterminación del ámbito personal de validez de una norma, ocurre con el ámbito temporal de validez: salvo casos excepcionales, como en el caso de algunas leyes presupuestales y de ingresos del Estado que restringen su validez a un tiempo determinado, (como la Ley de Ingresos o el Presupuesto de Egresos en el derecho positivo mexicano), en todos los demás, el **ámbito temporal está indeterminado** por lo que respecta a la fecha de terminación del mismo. Este se deja indeterminado para que otro órgano o el mismo que emitió la norma, lo colme señalando cuál es la fecha de terminación de la validez de la norma en cuestión.

Pongámonos de acuerdo en cierta terminología:

1. Llamaremos **fecha inicial de vigencia** al contenido normativo que especifica la fecha de iniciación de la vigencia de una norma.

2. Llamaremos **fecha final de vigencia** al contenido normativo que especifica la fecha de terminación de la vigencia de una norma.

3. Llamaremos **plazo de vigencia** de una norma el periodo o el tiempo comprendido entre la fecha inicial y la final de vigencia de una norma.

4. Llamaremos **determinación completa del plazo de vigencia** de una norma al contenido normativo que establece tanto la fecha inicial como la final de vigencia de una norma.

5.- Llamaremos **norma derogatoria** el contenido normativo que establece la fecha final de vigencia de una norma.

6.- Llamaremos **norma derogada** a la norma cuya validez se extingue cuando se cumplen las condiciones establecidas en la norma derogatoria.

El fenómeno que es objeto de este trabajo se presenta cuando queda indeterminada la fecha final de vigencia de una norma. Este es un caso muy común, cuyas consecuencias han sido muy poco estudiadas. Intento mostrar en este ensayo que muchas de las teorías que se han elaborado sobre ciertas instituciones jurídicas, que más adelante se especificarán, son modalidades de la determinación o indeterminación del ámbito temporal (AT), sin que los juristas se hayan percatado de ello.

5.- Determinación completa del plazo de vigencia

Determinar de manera completa el ámbito temporal de validez es especificar, en el contenido de la norma, tanto la fecha inicial, como la fecha final de la vigencia o validez de la norma en cuestión. En otros términos, consiste en la determinación completa del plazo de vigencia de la norma.

Ahora bien, la determinación completa del plazo de vigencia de una norma no siempre se presenta, sino que es dable observar que en multitud de ocasiones la determinación del ámbito temporal (AT) se lleva a cabo de manera incompleta. Generalmente, las leyes, en sus artículos transitorios, contienen una disposición que determina la fecha inicial de vigencia de la ley en cuestión, dejando en la indeterminación, por omisión, la fecha final de la vigencia de la norma. Es claro porqué acontece esto: el legislador, salvo raras ocasiones, al emitir una ley señala la fecha inicial de vigencia, pues a partir de ese momento la conducta humana se encontrará regulada por las normas emitidas y se considera que la ley o norma general continuará en vigor de manera indefinida, hasta el momento en que sea simplemente derogada o sustituida por otra legislación más adecuada a las condiciones que se presentarán en el futuro.

Generalmente, las normas que determinan el proceso de creación de otra norma o normas, como la Constitución de un Estado, dispone que las leyes se crean y se derogan siguiendo el mismo proceso legislativo. Esto es lógico, pues la derogación de una ley es el contenido de otra ley y si la primera fue creada siguiendo un proceso específico por parte de un órgano determinado, el Congreso o el Parlamento, su derogación debe seguir el mismo proceso realizado por el mismo órgano. Este es un hecho que más adelante aduciremos en contra de la tesis que sostiene que es necesario un acto específico de «rechazo» o una función jurídica *sui generis* para privar de su validez a una norma. Sin embargo, no sólo este método es posible.

6.- Derogación como parte de la norma derogada

La derogación es una parte del acto de establecimiento de la norma, en el que se completa el ámbito temporal de validez por lo que se refiere a su fecha final de vigencia. Ha existido un desdoblamiento del acto legislativo: en vez de que en un sólo y único acto legislativo se especifique tanto la fecha inicial como la final de vigencia de la ley en cuestión, en el caso de la determinación incompleta del plazo de vigencia, por omisión de la fecha final de la vigencia de la norma, el acto legislativo se divide y se necesita, en consecuencia, un acto legislativo específico que determine la fecha final de vigencia de la norma cuyo AT fue fijado de manera incompleta. Ello explica porqué las constituciones determinan que para la derogación de la ley debe seguirse el mismo proceso legislativo: se trata de la especificación de un elemento de la ley, en cuanto a su AT, que en el acto

primero de legislación se omitió especificar. Pareciera que este segundo acto legislativo tuviera una función especial y *sui generis*, distinta de la legislación y que consistiera en una legislación con características peculiares, como veremos a continuación.

7.- Norma derogatoria no regula la conducta humana

Kelsen afirma que la norma que deroga otra norma no regula la conducta humana, pues no establece una conducta determinada con una modalidad deóntica, sino que se refiere a otra norma para privarla de su validez. Es una norma dependiente. Las anteriores afirmaciones son completamente irregulares y extrañas: la norma derogatoria se refiere a otra norma con el objeto de identificarla, por el hecho de que se ha desdoblado el acto de establecimiento de los ámbitos de validez en varios actos parciales, separados en el tiempo y por diversas personas, pues generalmente la norma derogatoria es producida por personas distintas de aquellas que emitieron la norma original incompleta en cuanto a la fecha final de su AT. Para conseguir la derogación de la norma, es decir, para establecer la fecha final del AT, es necesario identificar la norma que se va a completar o integrar y eso produce la impresión de ser una meta-norma o una norma que se refiere a la validez de otra norma y no una cuya función normal es establecer una conducta determinada con una modalidad deóntica específica. La norma derogatoria no contiene de manera directa la determinación de conducta alguna, porque ésta se encuentra contenida en la norma cuyo AT se integra o complementa.

8.- Función creadora de la norma derogatoria

La derogación de una norma es un acto de establecimiento, similar al de la norma derogada, en el que se determina o se completa la regulación sobre el ámbito temporal de validez que se había dejado indeterminado en cuanto a su fecha final de vigencia. Por ello, no se requiere afirmar la existencia de una norma específica de derogación con características *sui generis* (Kelsen) o de un acto específico de «rechazo» (Alchourrón y Bulygin) que lleve a cabo esa función normativa, como ya tuvimos oportunidad de observar brevemente más arriba.

9.- La derogación como norma *sui generis*

Según Kelsen la norma derogatoria no regula la conducta humana, pues no establece obligación, facultad, prohibición o permisión de una conducta determinada, sino que es una norma no independiente que se refiere a la validez de otra norma y cuyo efecto es hacer que ésta termine su validez. El contenido de la norma derogatoria se refiere a la validez de otra norma. Por

ello, es una función normativa *sui generis*, distinta de las demás funciones de las normas, como la de obligar, prohibir, etc., contenidos normativos, todos ellos, que se refieren a la conducta humana, para regularla en sentidos específicos. Kelsen en sus últimas obras adiciona a las funciones normativas de permitir, prohibir, obligar, etc., la función específica de derogar.

Habrá que preguntar la razón por la cual se sostienen estas opiniones tan heterodoxas, que están en contradicción con las afirmaciones generales de cualquier teoría sobre el derecho, considerado como un conjunto de normas que regula la conducta humana de manera característica, que no es el caso explicitar en este lugar. La razón se encuentra o estriba en que la norma derogatoria no es una norma completa, sino su contenido se restringe a la especificación de la fecha final del AT de la norma a la que deroga. Esta norma puede haber sido dictada, como generalmente acontece, mucho tiempo atrás, pero, como ya se ha observado, había dejado indeterminado el elemento importante de fenecimiento de su validez, i.e., había dejado indeterminada la fecha final de vigencia y sólo contenía, como la mayoría de las normas, la determinación de la fecha inicial de vigencia del AT. Es claro que la derogación, en estas circunstancias, necesita estar contenida en una cláusula específica, a la que se confunde con una norma completa, la que, por no referirse a conducta alguna, constituye una anomalía y se la considera como una función específica de las normas, distinta de las demás. Adicionalmente, como se ha desdoblado el proceso de creación de la norma y se requiere que éste se lleve a cabo de nuevo para derogar la norma que va a ser derogada, existe la proclividad a considerar a la norma derogatoria como una norma completa, pero dependiente. Esto explica las afirmaciones expuestas con anterioridad de Kelsen.

La norma derogatoria tiene que especificar cuál es la norma cuyo AT complementa en cuanto a su fecha final de vigencia. Es por ello que se considera que es una especie de meta-norma, cuya función es privar de validez a otra norma. La norma derogatoria se refiere aparentemente a otra norma, a su validez, para ser más precisos, pero esto sólo es una apariencia. Se refiere a otra norma para identificarla y completar el AT de la misma en la parte que se encuentra omisa. En ésta se contiene la fecha de entrada en vigor de la misma y se deja en la indeterminación la fecha en que dejará de tener validez la norma en cuestión. La determinación completa del AT de la norma debe comprender tanto la fecha inicial de la validez de la norma como la fecha final de la validez de la norma.

10.- Hipótesis heurística

Como hipótesis heurística puede afirmarse que todo orden normativo tiende a completar la totalidad de sus ámbitos de validez y esto lo hace por medio del establecimiento positivo de los mismos, desde la generalidad hasta

la individualidad. La positividad del orden jurídico es la complementación hasta la individualidad de los ámbitos de validez de las normas que lo integran. Podría postularse la hipótesis, para comprender la unidad del orden jurídico, de la complementación de los ámbitos de validez, desde la norma general hasta la individual. En otras palabras, los ámbitos existen en la norma general, pero estos ámbitos determinados de manera general sólo son condiciones para la determinación individual de esos ámbitos, hasta llegar a las determinaciones más concretas, de un tiempo y un lugar determinados concretamente, con un sujeto con nombre y apellido y la realización de una conducta señalable empíricamente.

11.- La derogación como norma general

En «La Garantía Jurisdiccional de la Constitución. (La Justicia Constitucional)» Kelsen afirma que

> «anular una ley es dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo y, por tanto, una función legislativa. Un tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del poder legislativo. La anulación de las leyes por un tribunal puede, pues, interpretarse con igual razón más como un reparto del poder legislativo entre dos órganos que como una intrusión en el poder legislativo». (GJC. p. 130).

Esta tesis no es tan definitiva como está expresada. Veamos porqué.

Se expide una ley por el órgano legislativo y en un artículo transitorio de la misma se dice que entrará en vigor en una fecha determinada, por ej., el 10 de enero de 1996. Aparentemente se trata de una norma individual, en tanto que determina una fecha concreta en que se inicia la validez de la ley y llegada esa fecha, deja de tener función alguna. La norma continúa en vigor de manera indefinida. Sin embargo, debemos concebir ese artículo transitorio de acuerdo con la tesis que hemos expuesto en este ensayo: es la fijación de la fecha inicial de vigencia de la norma y, por tanto, debe concebirse de manera sistemática con los otros ámbitos de validez de la norma general, la que se agota en el establecimiento general de esos ámbitos. La ley determina de manera general la conducta regulada y se refiere a un conjunto indeterminado de personas que pueden caer bajo sus supuestos. Por tanto, en cuanto al AM y al AP la ley es general. Lo mismo puede decirse en cuanto al AE, pues se refiere a cualquier punto del espacio o del territorio en que debe llevarse a cabo la conducta regulada. No se refiere a un punto del espacio específico. Es, por tanto, general en cuanto al AE. Con este mismo tipo razonamiento, puede afirmarse que se refiere a cualquier punto en la línea temporal en que se fijó el inicio de la vigencia. Por ello, puede afirmarse que esa norma, en apariencia individual, es, en realidad, general,

pues forma parte de uno de los elementos de la norma general. Como dice Kelsen es producción de la norma general con «signo negativo».

¿Qué acontece en relación con la norma derogatoria? Es parte integrante de la norma general en cuanto determina el AT en la fecha final de su vigencia y, por tanto, no puede desprenderse de su carácter de pertenecer a la norma general que está determinando sus ámbitos de validez.

Si la norma que anula o deroga una ley, con efectos generales, es una sentencia de un tribunal constitucional, las afirmaciones de Kelsen están plenamente justificadas. No hay necesidad de insistir en ello.

Si la norma que anula o deroga una ley, con efectos particulares para la persona que ejerció la acción procesal de inconstitucionalidad, es una sentencia de un tribunal constitucional, habrá que hacer algunas distinciones. La sentencia, en principio, es una norma individual y particular. Sin embargo, un análisis más fino de lo que acontece nos puede llevar a considerar que esa sentencia es individual por lo que respecta a ciertos ámbitos de validez y general por lo que respecta a otros. Por lo que se refiere al ámbito personal de validez de la sentencia, en relación con la persona que ejercitó la acción de inconstitucionalidad, es una norma individual, pues sólo se refiere a ella y no beneficia a nadie más. Por cuanto hace al ámbito personal en relación con las autoridades encargadas de la aplicación de la ley, la sentencia del tribunal constitucional es una norma general, puesto que impide jurídicamente que autoridad alguna (todas aquellas que deban intervenir en su aplicación) puedan legítimamente, en el futuro, aplicar esa norma anulada para el caso del actor. En cuanto al ámbito temporal es una norma general, pues regula de manera general que en cualquier tiempo futuro (generalidad) pueda legítimamente aplicarse esa norma anulada. Tenemos, entonces, el caso de que una norma puede ser general en cuanto a cierto ámbito de validez y particular en cuanto a otro u otros ámbitos de validez. Sin embargo, es posible pensar en una solución alternativa: también para la persona que ejercitó la acción de inconstitucionalidad es relativamente general, como correlato de la generalidad con respecto a las autoridades obligadas a no aplicar la norma anulada. Se trata de una generalidad de nivel inferior, sin la amplitud de la norma de la ley, anulada para el caso concreto del sujeto beneficiado con la decisión del tribunal.

12.- Condicionamiento de la norma derogatoria (anulación)

Ahora bien, con lo anterior hemos determinado el significado jurídico de la derogación y hemos podido comprender que ella no es la función específica de una norma y que la norma derogatoria no tiene características *sui generis* que la hagan ser distinta, de manera completa, a las demás normas jurídicas. Hemos podido explicar, adicionalmente, las razones por las

cuales la norma derogatoria aparece a la consideración jurídica con esas peculiares características.

Ahora quiero expresar que una norma no sólo puede perder su validez por medio de otra norma de la misma categoría y nivel normativo, i.e., por medio de una norma derogatoria, sino también por otras normas de **nivel normativo inferior y de modo condicionado**. Para referimos a esta función, que parcialmente hemos introducido en la sección anterior y que esencialmente es la misma que hemos explicado, es decir, determinar la fecha final del AT, usaremos la palabra **anulación**. Es claro que la anulación de una norma es la función de otra norma. La norma anulatoria, generalmente, no consiste en una determinación simple y llana de la fecha final de la vigencia de otra norma, sino que esa determinación está sujeta a diversas condiciones. Es una determinación de la fecha final de vigencia de carácter condicionado.

El acto que determina la fecha final del AT de la norma puede estar condicionado de diversas maneras, con modalidades del AP, el AE y el AM. Que la derogación o anulación se encuentre condicionada nada tiene de extraño, pues ello podría estar previsto desde el inicio de la vigencia de la norma, como aparece en los contratos muy a menudo, cuando se establecen cláusulas que contienen condiciones o términos resolutorios. Estas cláusulas resolutorias son la especificación de la fecha final del AT de la norma contractual, sujeta a una serie de condiciones, que pueden adquirir una sofisticación verdaderamente sorprendente.

13.- Condicionamiento de la norma derogatoria (anulación)

Cuando se tiene N/AM (nulidad condicionada por una modalidad del ámbito material), entonces la fecha final de vigencia del AT está condicionada a que la norma tenga un contenido determinado específico, i.e., contrario, por ejemplo, a la constitución o la ley (inconstitucionalidad o ilegalidad) o cualquier otra irregularidad de carácter material. Es el caso de los conflictos normativos entre normas de diverso grado, establecido por el órgano competente, en el procedimiento especificado por el Derecho. Si se establece que N/AM por conflicto normativo, esto va unido a un procedimiento realizado por ciertas personas.

14.- N/AP (ilegitimidad de origen)

En este caso estamos frente a la anulación de una norma por considerar que el sujeto que la creó o estableció ha arribado a su carácter de órgano de una manera irregular, es decir, el sujeto que se ostenta como órgano competente para dictar la norma anulada no ha llegado a esa posición jurídica de manera regular. La anulación de la norma se produce por ciertos defectos

en la ejecución de los contenidos normativos constitutivos del AP de validez de las normas que establecen al órgano del Estado y la forma y requisitos para nombrar a su titular.

15.- La derogación o nulidad como sanción

En esta concepción, la nulidad no es una sanción, aunque sí es la consecuencia de ciertas condiciones establecidas normativamente. Es la determinación de la fecha final de vigencia del AT de la norma.

16.- Control jurisdiccional de la constitucionalidad como modalidad de la indeterminación del ámbito temporal

El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes o de la regularidad de cualquier norma, se entiende desde este punto de vista de la siguiente manera: la ley tiene indeterminada la fecha final de vigencia del AT, por lo que debe ser completada. La anulación de la ley (de manera general, i.e., con efectos erga omnes, o de manera individual) se condiciona a lo siguiente:

a. contradicción con una disposición constitucional. Se trata de un conflicto normativo entre normas de diversa jerarquía normativa

b. que se siga un procedimiento específico

c. que lo determine así un órgano judicial.

Pueden establecerse muchos otros condicionantes, todos los cuales se encuentran especificados en las normas que regulan el ejercicio del control de la regularidad.

Como ya se dijo, la anulación de la norma puede ser general o específica sólo para el caso concreto.

17.- Ámbitos de validez de la norma anulatoria o derogatoria

¿Puede una norma derogatoria o anulatoria tener ámbitos de validez? ¿Puede la norma derogatoria o anulatoria tener un AM distinto de la determinación de la fecha final del AT? ¿Puede tener un AP? ¿Un AE? Pensemos en los siguientes casos:

a. la norma derogatoria condiciona su efecto extintivo de la validez de la norma a la que se refiere identificándola, de la realización de ciertos acontecimientos que ella misma prevé. Ej.: una Ley de Inversión Extranjera perderá su validez y quedará derogada una vez que entre en vigor un Tratado de Libre Comercio (TLC) entre dos Estados. Es claro que aquí existe una regulación específica del ámbito de validez material de la norma derogatoria.

b. la norma derogatoria condiciona su efecto anulatorio de la norma que identifica a que el TLC mencionado entre en vigor con anterioridad a una fecha determinada.

En general, puede decirse, que la norma derogatoria o anulatoria puede tener ámbitos de validez específicos en la medida en que la realización de su función estén condicionados por ciertos hechos o actos, que deben estar determinados en sus aspectos materiales, temporales, espaciales y personales, que se convierten, entonces, en los ámbitos de validez de la norma derogatoria. Lo cual no debe llevarnos a afirmar que la norma derogatoria o anulatoria es una norma independiente, con todos sus ámbitos de validez determinados, pues sería un error, si nuestra tesis de la norma derogatoria o anulatoria es correcta.

Podemos decir, en general, que la norma derogatoria o anulatoria puede estar condicionada resolutoriamente. Una norma puede dejar de valer, i.e., de existir, además del caso en que el propio creador establece su fecha de extinción de la validez de la norma, por la realización de un acto o hecho específicos, previsto en la propia norma derogatoria o anulatoria. Este acontecimiento o hecho debe estar previsto en la norma derogatoria y aparece como una modalidad de la fijación de la fecha final de vigencia de la misma. Estamos hablando del término **extintivo** y de la **condición resolutoria**, hechos que han sido estudiados prolijamente en los tratados de derecho civil. Esto no debe extrañarnos, pues la convención o el contrato deben entenderse como normas jurídicas específicas y, como tales, la gran experiencia jurídica de la humanidad, ha construido las diversas maneras como la convención o el contrato extinguen su validez. Así como la ley puede tener una *vacatio legis*, de la misma manera puede tener una *vacatio* la norma derogatoria o anulatoria. Cuando esto acontece, la norma derogatoria entra en vigor de inmediato y lo que se difiere es la realización de los efectos de dicha norma a un tiempo determinado en el futuro o a la realización de un hecho futuro e incierto. Mientras dicho término no llegue o se cumpla el acontecimiento futuro e incierto en que consiste la condición resolutoria, la norma que va a ser derogada permanece en vigor, como una norma plenamente válida. Dejará de serlo en el momento de la llegada del día fijado o de la realización de la condición. La norma derogatoria o anulatoria entra en vigor de inmediato, pues sólo de esa manera puede ser entendido que produzca sus efectos y lleve a cabo su función en el momento previsto por ella. Si se considerara que la norma derogatoria o anulatoria no es válida en el momento en que se formula, no podría considerarse que dispone válidamente la fecha final del AT de la norma. Generalmente en los contratos y en los tratados existe una cláusula que especifica las causas de terminación de la convención y que debe entenderse en el sentido de ser una norma derogatoria o anulatoria, tal como las hemos definido.

Las soluciones dadas a las modalidades de las obligaciones son aplicables en su integridad a la norma derogatoria o anulatoria que se encuentre

condicionada. Una norma derogatoria condicionada es parte de una norma que establece una obligación sujeta a condición resolutoria.

18.- AP de las normas anulatorias condicionadas por el conflicto normativo entre normas de diversa grada jerárquica

En relación con el tema de la anulación de la norma, condicionada al hecho de la comprobación jurídica de la existencia de un conflicto normativo entre normas de diversa jerarquía normativa, surge la pregunta del AP de la norma que establece la anulación condicionada, es decir, surge la pregunta, de gran importancia, sobre quién ha de examinar y decidir (esta es la terminología kelseniana), sobre la regularidad de la norma que ha de ejecutarse y, en su caso, anularla como consecuencia. Esta pregunta debe responderse diciendo que sólo

> «dos respuestas son posibles: o bien aquel que ha de ejecutar la norma, o bien una instancia diferente, que pudiera ser el que creó la norma.» (TGE. p. 374)

Si el que ha de ejecutar la norma está facultado para anularla después de examinar su regularidad, estamos en presencia de la forma **descentralizada** de ejercer el control de la regularidad; si es una instancia diferente, estaremos en presencia de una forma **centralizada** de ejercer ese control.

En un orden jurídico plenamente evolucionado y con un sistema centralizado en la jurisdicción u otro tipo de órgano, por lo que respecta al control de la regularidad, el sentido de las normas jurídicas en su conjunto, no puede ser otro que el siguiente:

Existen órganos centralizados jurídicamente para anular normas o actos, es decir, para fijar la fecha final de su vigencia, después de examinar su regularidad, en relación con normas superiores, de cualquier índole o nivel normativo que sean, siempre y cuando se haya planteado la pretensión de oficio o a través del ejercicio de una acción procesal ante el órgano jurisdiccional o político, o de otro tipo, competente.

Este es el principio fundamental que informa la estructura de todos los regímenes jurídicos modernos, los cuales se encuentran relativamente centralizados en cuanto al ejercicio de las facultades de anulación de las normas o actos que son irregulares en relación con cualquier norma de cualquier nivel normativo. Este principio significa que, como lo dice el artículo 17 de la Constitución mexicana,

> «ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial».

Es de observarse que este principio de la centralización del control de la regularidad tiene que estar establecido positivamente. No es un principio de

derecho natural ni de la lógica, sino que es un contenido normativo específico que estructura a un orden jurídico de la manera centralizada que estamos describiendo.

La centralización de la anulación de las normas por irregularidad o conflicto normativo entre normas de diverso grado jerárquico, excluye el principio que rige en los órdenes en donde no existe disposición expresa estableciendo ese control centralizado de la regularidad. Este principio de la centralización excluye la posibilidad de que el control de la regularidad, en general, y, en especial, de la regularidad constitucional, pueda ser ejercida de manera descentralizada, o sea, por todos aquellos que consideren que sus intereses se encuentran afectados por alguna norma o acto. Esta manera descentralizada de ejercer el control de la regularidad se presentaría dentro de un orden que no contuviera normas como la que se acaba de transcribir.

En un párrafo muy importante, Kelsen expresa lo que acontecería en el caso de que el legislador no estableciera la centralización del control de la regularidad. Dice:

> «Si se investiga sin prejuicios y según principios puramente positivistas la situación jurídica que resulta, en el caso del silencio del legislador, para el sujeto que tiene frente a sí una pirámide de normas: constitución, ley, reglamento, disposición individual, cada una de las cuales le exige obediencia, el sentido de todas ellas no puede ser otro que el siguiente: «obedece una disposición individual, pero no una disposición arbitraria; acata solamente aquella que ha sido dictada conforme a la norma general de la ley, pues sólo tal disposición es una norma obligatoria, y sólo a ella pretende la ley que le prestes obediencia; y qué sea una ley, que hecho has de respetar como tal ley, eso no puede determinarse sino con arreglo a la constitución». El derecho positivo puede limitar este examen y puede orientarlo en determinadas direcciones. Si falta esta limitación -acerca de cuya necesidad o conveniencia política nada hemos de decir-, la teoría no puede llegar a otro resultado que éste: aquel que ha de ejecutar la norma, ha de examinar y decidir también si es o no una norma regular y, por tanto, ejecutable.» (TGE. p. 375)

En otro término se está frente a la situación que ha sido denominada «control difuso de la regularidad de la norma a ejecutar». Kelsen expresa de esta manera las consecuencias que se derivan del principio mencionado:

> «Cuando por silencio de la ley, el que ha de ejecutar la norma está autorizado para examinar y decidir su regularidad, es indudable que si estima que ella es irregular, no ha de cumplirla ni ejecutarla. Está autorizado para tratar la norma en un caso concreto como nula. Si se considera el acto con el que se examina la norma para decidir que es irregular; si se tiene en cuenta, por otra parte, que sólo está autorizado para declarar la nulidad de la norma para sí y para el caso en cuestión, pero no para los otros ni para todos los casos posibles en los que la norma hace valer su sentido subjetivo de exigibilidad de obediencia -para esa ampliación haría falta un precepto positivo-, la competencia examinadora del órgano ejecutivo significa lo siguiente: que puede anular para el caso concreto la norma que, subjetivamente, exige de él ejecución.» (TGE, p. 376)

Como es fácilmente perceptible, este principio está relacionado con la anulabilidad y los conflictos normativos entre normas de diversa jerarquía y significa que:

La determinación de la fecha final del AT de la norma se deja al sujeto que ha de ejecutarla, i.e., el órgano ejecutor es el facultado para anular, i.e., establecer la fecha final del AT de la norma que pretende ejecución, aunque sea de manera individual y provisional.

Kelsen habla de un «derecho de examen y decisión de la regularidad». ¿Por qué es un derecho? Sí lo es, porque el sujeto participa en la creación de uno de los elementos de la norma que pretende ejecución: establece la fecha final de vigencia de la norma. Esta participación en el acto creador de ese elemento es una facultad o derecho que tiene el sujeto ejecutor de la norma.

Por otra parte, esta posibilidad de descentralización en cuanto a la regularidad de una norma se encuentra en forma larvada, durante el proceso de individualización del orden jurídico, con carácter provisional y transitorio, pues no es posible excluir de manera absoluta el ejercicio de la facultad de anular la norma que se considera irregular a cualquier individuo o persona al que se le exige obediencia. La desobediencia o negativa a ejecutar una norma, general o individual, puede entenderse como el ejercicio de ese derecho, que es una forma descentralizada de ejercer el control de la regularidad, aunque sea de manera provisional, transitoria e individual y concreta.

Es importante enfatizar que la irregularidad de una norma con respecto a otra de nivel superior, i.e., el conflicto normativo entre normas de diverso grado jerárquico no está DADO, sino que tiene que estar establecido positivamente, por un acto de anulación, por más transitorio que éste sea. Antes de ello, sólo hay pretensiones de irregularidad, no el establecimiento positivo, por medio de actos con validez jurídica.

La irregularidad de una norma en relación con la superior que fija las condiciones de su creación y su contenido, no está dado ni puede ser dado por la ciencia jurídica o la opinión de los particulares. La regularidad o irregularidad de una norma es un problema planteado al órgano ejecutor y que debe resolverse de manera jurídica, i.e., de manera normativa y positiva, o sea, por medio de una función normativa establecida por un órgano jurídico. La afirmación de la ciencia jurídica sobre la irregularidad o regularidad de un acto es una opinión subjetiva en relación con el orden jurídico, porque por más lógica que se utilice y por más fuertes que sean los argumentos que se aduzcan para demostrar su irregularidad, eso siempre será subjetivo, hasta que el más mínimo de los jueces lo establezca, lo que tendrá dimensiones normativas. Aquél que haya tenido la más mínima experiencia jurídica, como litigante o como juez, sabe con toda claridad que la irregularidad de una norma con la constitución, por ejemplo, no es clara y que el órgano encargado de decidir la cuestión muchas veces cambia de criterio y las discusiones sobre el tema en ocasiones se vuelven interminables y de una complicación rabelaisiana. Nadie puede saber de antemano sobre la forma

en que el órgano decidirá sobre su irregularidad o regularidad: en el juicio correspondiente sólo hay las opiniones del actor y del demandado en sentidos, generalmente, contradictorios, pues mientras uno sostiene la irregularidad de un acto o una norma el otro sostiene lo contrario.

II.- TEMAS TRATADOS EN EL ARTÍCULO DE KELSEN

En lo que sigue presentaremos las tesis fundamentales de Kelsen, contenidas en su ensayo «Derogation» y, a continuación, haremos un comentario sobre cada una de ellas, con base en el punto de vista aportado en la primera parte de este trabajo.

1. La derogación es una función específica de la norma, además de mandar, permitir y autorizar.

COMENTARIO 1: La derogación sí es una función específica de la norma derogatoria, entendida conforme a la definición de ella que hemos dado en el apartado 3 de este ensayo. No podría ser de otra manera, si se aceptan los postulados básicos del positivismo. No puede existir una función normativa cualquiera si no es sobre la base de la existencia de una norma positiva. Sin embargo, la derogación no es una función de la misma categoría que lo son la permisión, la obligación, la prohibición y el facultamiento, como lo pretende Kelsen. Tiene el mismo *status* que las determinaciones correspondientes de las normas que determinan los diversos ámbitos de validez de las normas, como el AP, el AM, AE y AT. Para cada uno de estos ámbitos no se crea una función específica, que se manifiesta en el nivel de la ciencia del derecho en la existencia de un concepto jurídico fundamental

2. La derogación existe cuando se rechaza la validez de una norma por otra norma.

COMENTARIO 2: No hay tal «rechazo» de la validez de una norma. Lo que existe es la determinación de la fecha final del AT de la norma. Si se aceptara que la derogación es el rechazo de la validez de una norma, tendría que postularse una función normativa específica, como lo hace Kelsen o como lo hacen Alchourrón y Bulygin. Es más, el planteamiento del problema determina la solución que se adopte. Si se acepta que la derogación es el «rechazo» de la validez de una norma por otra norma diversa y distinta, es necesario postular una función específica de «derogación» o «rechazo».

3. La norma derogatoria no se refiere a una conducta, sino a la validez de otra norma

COMENTARIO 3: Es parcialmente cierto esto. La derogación, interpretada como se hace en este ensayo, establece la fecha final del AT de validez de la norma, por lo que no se refiere directamente a una conducta, aunque debemos reconocer que se encuentra en relación con la conducta, pues los diversos ámbitos de validez de las normas se refieren a las dimensiones de realización de las conductas. Como existe una indeterminación de la fecha

final del AT, es necesario emitir una norma que, identificando previamente la norma que carece de la fecha final del AT, determine esa fecha. En el enunciado anterior debe destacarse la frase «identificando la norma que carece de la fecha final del AT», que se refiere a la circunstancia que hace necesario afirmar que la norma derogatoria o anulatoria se refiere a la validez de otra norma y no a conducta alguna. La norma derogatoria es parte de una norma completa y, por tanto, así entendida, si regula la conducta humana.

4. La norma derogatoria no establece un deber ser, sino un no deber ser.

COMENTARIO 4: Esta es una afirmación muy fuerte e importante, que tiene profundas consecuencias para la teoría elaborada por Kelsen. Si se toma al pie de la letra, ella implica la ruptura total con su pensamiento anterior. Si el deber ser es la imputación periférica y con base en ella se dejan conceptualizar todas las funciones jurídicas o conceptos jurídicos fundamentales, como también se los llama, nos encontramos ahora con otra clase de imputación, una especie de negación de la imputación original. Si ésta se formulaba esquemáticamente «Sí A es, debe ser B», la pretendida nueva función podría formularse «Si A es, no debe ser B». Con ello, A ya no es el acto antijurídico o el delito o el acto ilícito, como condición de la sanción, sino una conducta permitida, puesto que ya B no es una sanción, pues no «debe ser». Será otro acto lícito o permitido y entonces carece de sentido la formula pues solamente está diciendo que todo lo que se haga es lícito o permitido, tanto por parte del súbdito como por parte de la autoridad. No-A sería la conducta prohibida, por ser A una conducta permitida (se trata de la negación de lo permitido, i.e., lo prohibido).

5. La norma derogatoria es una norma dependiente.

COMENTARIO 5: Se tiene la impresión que la norma derogatoria es una norma dependiente por el hecho de que sólo constituye una parte de la norma principal, pues, como se ha dicho, fija o determina la fecha final de la AT. Las consecuencias de la tesis de que la norma derogatoria es dependiente de la norma derogada, que ha señalado Josep Aguiló (SD), son correctas y se explican más fácilmente con la hipótesis de la norma incompleta.

6. La norma derogatoria afecta la validez de una norma, no al acto de su creación.

COMENTARIO 6: Esta afirmación es completamente correcta, desde los dos puntos de vista que se están contrastando. Desde el punto de vista de la hipótesis de la norma incompleta, que aquí se sostiene, la norma derogatoria afecta la validez de la norma derogada, en tanto que establece los contenidos normativos que determinan la extinción de la validez de la norma derogada. El acto de establecimiento de la norma derogada no es afectado por ningún hecho o norma posterior, pues ese acto es un acontecimiento que existe en el pasado y, por tanto, inaccesible a cualquier hecho o conducta del presente. Lo que se ha hundido en el misterio y las brumas del pasado no puede ser tocado desde el presente.

7. Las normas derogatorias no pueden ser violadas, porque no prescriben una conducta y no pueden ser obedecidas o desobedecidas.

COMENTARIO 7: Desde el punto de vista de la tesis de Kelsen la conclusión anterior es correcta. Se parte del supuesto de que la norma derogatoria no regula la conducta humana y sólo esta puede ser considerada como obediencia o desobediencia de la norma que la regula, pues si es concordante con el contenido de la norma principal, hay obediencia; si no es concordante con ella, hay desobediencia. Una norma, como la derogatoria que, según esta concepción, no regula la conducta humana, no puede ser obedecida ni desobedecida por conducta alguna.

Sin embargo, mi opinión es en el sentido de que las normas derogatorias pueden ser desobedecidas en el caso de que una autoridad dicte una norma teniendo como fundamento de ella, la norma que ha sido derogada. En este caso, creo que puede ser afirmado que la norma derogatoria ha sido desobedecida.

8. Una vez que cumple su función de terminar la validez de una norma, la norma derogatoria también pierde su validez

COMENTARIO 8: Aquí hay un fenómeno peculiar: si una norma determina de manera completa su AT, porque establece tanto la fecha de inicio como la fecha final de su validez, al realizarse los supuestos del contenido normativo de la fecha final de vigencia, la norma se extingue, toda ella, incluyendo la que determina el AT, de la misma manera que se extingue los demás contenidos de los otros ámbitos. Como los ámbitos de validez son determinaciones normativas de las propiedades de las conductas reguladas, estos ámbitos son de carácter general cuando la norma lo es o tiene el mismo carácter y son particulares e individuales cuando la norma tiene esas características de ser particular e individual. Por tanto, el AT de una norma general es el tiempo en general en el que han de realizarse las conductas que constituyen el objeto de regulación de la norma completa.

9. La norma derogatoria no puede ser derogada en relación con la norma derogada.

COMENTARIO 9: Esto es consecuencia de la tesis número 8 anterior. Si la norma derogatoria pierde su validez en el momento en que cumple su función, es claro que ya no existe, ya no es válida y, por tanto, no puede derogarse lo que ya no es válido, porque la derogación hace que se extingue la validez de una norma.

Sin embargo, debe observarse que una norma que anula otra, por irregularidad, o sea, porque existe un conflicto normativo entre normas de diverso grado jerárquico, puede a su vez ser anulada por una instancia superior que esté facultada para revisar la regularidad de la norma anulatoria. Este es el caso que se presenta frecuentemente en los procesos jurisdiccionales, en donde es posible impugnar, por medio de recursos, las sentencias anulatorias de normas irregulares. La norma anulatoria, entonces, puede ser anulada a su vez.

10. Si se deroga una norma derogatoria que ha realizado su efecto, la norma derogada no puede volver a entrar en vigor.

COMENTARIO 10: Aquí hay una contradicción en las tesis de Kelsen. Una norma derogatoria que ha realizado su efecto, según la tesis número 8, deja de existir, deja de ser válida. Esto significa que ya no hay norma existente, i.e., válida. Entonces, no es posible afirmar lo que dice esta tesis número 10 en el sentido de que la norma derogatoria que ha cumplido su función puede ser derogada. No puede ser derogada, por la razón sencilla de que no hay norma que derogar.

Si no hay norma que derogar es claro que el intento de derogar una norma derogatoria es un intento frustráneo, pues la norma derogada no puede volver a entrar en vigor.

11. Una norma derogada no puede ser revalidada, porque se dicte otra norma con el mismo contenido del de la norma derogada.

COMENTARIO 11: La norma derogada ya no existe normativamente. No es revalidada, i.e., no vuelve a entrar en vigor la misma norma, porque se dicte otra norma con el mismo contenido. Se trata de dos normas diferentes, con el mismo contenido, no la revalidación de una y la misma norma. Son dos normas diferentes, si son completas, porque han sido creadas por dos actos diferentes creadores de normas. La igualdad de contenido no es revalidación, ni aún en el caso de que medie una derogación.

12. Si el efecto de la norma derogatoria no tiene lugar de manera inmediata, sino posteriormente, la norma derogatoria puede ser derogada.

COMENTARIO 12: Esta tesis es correcta. Si el efecto de la norma derogatoria no ha tenido lugar, es claro que la norma derogada aún es válida y también la norma derogatoria, i.e., el contenido de esa norma que determina el AT en su término final. La expedición de una norma de derogación de la norma derogatoria, significa la modificación del contenido normativo que establece ese término final. En este caso se ve la inconveniencia de hablar de «norma derogatoria» y «norma derogada».

13. Puede derogarse una norma redundante. No cambia el sistema.

COMENTARIO 13: No hay problema que solucionar con esta tesis.

14. No puede la norma derogatoria ser expresada en un imperativo o en un enunciado de deber, porque no establece el deber de una cierta conducta o el deber de una omisión, sino un no deber ser. El deber ser no puede expresar el no deber ser.

COMENTARIO 14: Esta tesis está relacionada con la número 4. No es aceptable por las mismas razones.

15. Generalmente las normas derogatorias toman la forma de un enunciado y su función, sin embargo, es normativa.

COMENTARIO 15: Todo esto es una continuación de la tesis número 4 y de la 15 anterior.

16. La norma derogada puede ser general o particular. Ej.: una sentencia que es casada.

COMENTARIO 16: No tiene problema esta tesis.

17. La norma derogada puede ser legislada o consuetudinaria.

COMENTARIO 17: No tiene problema.

18. La norma derogatoria no puede ser establecida consuetudinariamente.

COMENTARIO 18: La conclusión dentro de la teoría de Kelsen es lógica. La costumbre crea normas que pueden hacer a una conducta obligatoria, prohibida, permitida o facultada, pero no una norma que derogue a otra norma, pues esta es considerada como *sui generis* por Kelsen. Para ello se requiere una costumbre especial, distinta de la consuetudo, que es la desuetudo.

Para nosotros, esta afirmación NO es justificable, pues la fecha final del AT se establece como parte de la norma establecida y, por tanto, SI puede ser establecida consuetudinariamente.

19. La costumbre puede crear una norma que prescriba la omisión de un acto ordenado hasta ahora por una norma válida o una acción cuya omisión era prescrita. No hay conflicto de normas, pues la costumbre que crea la nueva norma implica el hecho de que la norma válida hasta ahora ha sido desobedecida constantemente y ha perdido su eficacia y, por tanto, su validez. No hay derogación, pues la pérdida de la validez es debida a la falta de eficacia.

COMENTARIO 19: Kelsen supone que no existe un conflicto normativo, pues en este caso opera el principio de la derogación por ineficacia. Esto no es necesariamente el caso, pues si puede representarse el conflicto normativo, en mi interpretación. Las dos normas pueden ser válidas y ser de carácter consuetudinario, porque la creación consuetudinaria de una norma contradictoria con otra norma consuetudinaria no implica que una de las normas en conflicto haya establecido el término final del AT. No es esta la función de ninguna de las normas en conflicto, como el propio Kelsen lo ha manifestado. Cf. punto 27.

20. Una norma puede excluir su derogación por otra norma, pero no puede excluir la pérdida de la validez por ineficacia.

COMENTARIO 20: Si una norma excluye su derogación por otra norma, podría estar en conflicto con la norma superior que establece las condiciones de su producción. La norma inferior no puede maniatar al órgano creador establecido por la norma superior. Este sería el caso de una ley que prohibiera su derogación o anulación, es decir, que excluyera la posibilidad de fijar la fecha final de vigencia. Permanecería por siempre incompleta por lo que respecta a su AT. Esta pretensión, o mejor, el sentido de la norma es frustráneo, pues la Constitución, con base en la cual fue creada, al establecer el proceso de creación de las leyes, faculta al órgano legislativo para fijar la fecha final de vigencia de las normas generales. En consecuencia, esa disposición que excluyera su derogación estaría en contradicción con la norma superior que es su fundamento y podría ser derogada por medio del proceso legislativo seguido por el órgano competente.

Si la norma que excluye la posibilidad de su derogación es la Constitución de un Estado, de cualquier manera la tesis de Kelsen es correcta, pues esa Constitución puede ser derogada por un acto que, conforme al derecho internacional, es suficiente para considerarla como no válida, i.e., como derogada. Me refiero a un golpe de Estado o a una revolución triunfante.

21. Modalidades de la derogación. Una norma puede prescribir:

a. Ser válida por un tiempo determinado.

COMENTARIO 21 a.: No existe problema: el órgano creador de la norma determina el término final del AT.

b. Ser válida por un tiempo ilimitado.

COMENTARIO 21 b.: Este es el caso de la indeterminación, donde caben todas las modalidades del AT.

c. Que sólo será derogada siguiendo un procedimiento específico, señalado por ella o por otra norma.

COMENTARIO 21 c.: Este es el caso de la derogación condicionada

d. Que no será derogada por otra norma.

COMENTARIO 21 d.: Cf. COMENTARIO punto nº. 20.

e. Las normas emitidas por Dios no pueden ser derogadas por el hombre.

COMENTARIO 21 e.: Esto es válido en la religión o puede serlo, pero no en el derecho positivo.

22. El principio de la cosa juzgada (force of law) significa que es una norma que no puede ser derogada.

COMENTARIO 22: Sin embargo, de hecho puede ser desconocida y si se aprecia como cierto lo que se ha dicho sobre el control descentralizado de la regularidad, es claro que la inejecución implica la derogación temporal o definitiva de la norma aparentemente inderogable, lo que aparecerá en la ejecución o falta de ella.

23. Es posible rechazar una norma legal singular que es parte de un conjunto de normas.

COMENTARIO 23: No tiene problemas esta tesis. No hay inconveniente jurídico en la derogación parcial de un conjunto de normas. Simplemente dicho, se ha fijado la fecha final de la validez de algunas de las normas que integran el conjunto en cuestión.

24. La derogación es necesaria si existen normas en conflicto unas con otras.

COMENTARIO 24: No es necesaria la derogación o anulación de normas en conflicto; puede ser conveniente. De cualquier manera, pueden permanecer válidas las dos, pues el orden jurídico no es un sistema de normas consistente. Esta es una conclusión a la que tenemos que llegar. La tesis 25 se puede entender como una consecuencia de su teoría, porque Kelsen, en obras anteriores (TPD de 1960), sostenía la tesis de que dos normas en conflicto no podían ser ambas válidas, de la misma manera en que dos enunciados contradictorios no pueden ser ambos verdaderos. Kelsen mismo se ha encargado de refutar su propia tesis en su ensayo «Derecho y Lógica»

(DL). Anteriormente le concedía a la lógica un papel derogatorio, pues consideraba que una de las normas tenía que ser nula, de la misma manera como tenía que ser falso uno de los dos enunciados que se encontraban en contradicción. Posteriormente, cambió radicalmente de opinión, dando su pensamiento un giro de 180 grados. Dos normas contradictorias lógicamente tienen que ser ambas válidas y es sólo cuestión de conveniencia el que sea derogada una de las normas en conflicto.

25. La derogación tiene que estar estipulada por una autoridad facultada para crear normas.

COMENTARIO 25: Absolutamente de acuerdo, dado el carácter dinámico del derecho. (Cf. comentario tesis 24). Esta tesis aislada, fuera del contexto de las otras tesis, coincide con la sostenida en este ensayo y es la consecuencia necesaria de una concepción positivista del derecho. La derogación tiene que ser una norma positiva o, por lo menos, parte de ella.

26. La derogación NO es la función de una de las normas en conflicto, sino de una tercera norma.

COMENTARIO 26: Dos normas en conflicto, que se contradicen al regular la conducta humana, son normas válidas, como ya se mostró anteriormente, cuyos ámbitos de validez están determinados de manera completa o incompleta. La derogación de una de las normas en conflicto es la función de la norma derogatoria de una de ellas, que no existe en los momentos durante los cuales están en conflicto. Si ambas normas en conflicto tienen su AT, en cuanto a la fecha final de su vigencia, indeterminado, ambas son válidas hasta que una de ellas se extinga, porque se fije esa fecha final de vigencia por el mismo órgano que las creó o la establezca una autoridad distinta en una norma anulatoria condicionada por un conflicto normativo. La norma derogatoria o anulatoria no puede decirse que sea una «tercera norma», sino es la complementación, como se ha demostrado, del AT indeterminado en cuanto a la fecha final de su vigencia.

27. El principio **lex posterior** es «misleading» porque crea la impresión de que la derogación es una función de una de las normas en conflicto. Las dos normas en conflicto se refieren a una conducta, pero no a la validez de la otra norma.

COMENTARIO 27: Estamos parcialmente de acuerdo. El principio **lex posterior** sólo puede operar en caso de que esté positivamente establecido y se restringe sólo a aquellas normas que se encuentran en la misma grada o nivel normativo. Una ley posterior puede derogar una ley anterior, sólo en el caso de que así lo establezca o exista una norma legal o constitucional que así lo determine. No es un principio que sea evidente o de derecho natural, para aquellos que aceptan estas doctrinas. Tampoco puede derivarse de la naturaleza de las cosas o de los órdenes jurídicos.

Hay que reconocer, sin embargo, que muchos titulares de órganos jurídicos, como los jueces, guiados por doctrinas que afirman la existencia necesaria del principio **lex posterior**, de hecho lo aplican en sus sentencias y

resuelven de esa manera conflictos normativos. En este caso, debe afirmarse que el principio **lex posterior** ha sido positivizado en la sentencia del juez, puesto que de hecho lo ha aplicado y ha anulado una de las dos normas en conflicto. Esta es una de las consecuencias operantes en el derecho positivo de algunas doctrinas jurisprudenciales o iusnaturalistas. Se vuelven operantes dentro del derecho positivo en la medida en que, por conducto del juez, sirven de fundamento a resoluciones jurídicamente válidas. Esta es la misma función que intentan producir algunas lógicas normativas o deónticas, que han proliferado en los últimos tiempos.

28. No hay conflicto entre la norma derogatoria y la norma derogada, pues la validez de la primera significa la invalidez de la segunda.

COMENTARIO 28: Estamos de acuerdo con esta tesis, con las modalidades que se le debe imprimir por el punto de vista que se sostiene en este ensayo.

III.- TEMAS TRATADOS EN EL ENSAYO DE ALCHOURRÓN Y BULYGIN

En un ensayo de gran importancia, los autores argentinos analizan el sentido y las consecuencias teóricas de la que denominan «concepción expresiva de las normas». Brevemente expresado, esta concepción consiste en concebir a las normas como el resultado «del *uso prescriptivo* del lenguaje». (CEN. p. 123) Esta afirmación se encuentra, evidentemente, conectada con la concepción de los actos de habla, cuyo origen está en Wingenstein y en J. Austin. Con el lenguaje se pueden realizar una pluralidad de actos distintos: preguntar, afirmar, interrogar, prometer, ordenar, etc. Dicen que sólo a nivel pragmático pueden existir estos diversos actos derivados del uso del lenguaje.

«Para la concepción expresiva las normas son esencialmente *órdenes*» (CEN. p. 124),

es decir, normas dictadas por un agente, por una autoridad. Las normas en la concepción expresiva se encuentran en una relación esencial con la conducta que la establece, de manera que la obligación que una norma establece se deriva del acto de su producción, no del sentido del contenido semántico de la norma. El siguiente párrafo muestra con claridad lo que quieren decir estos autores:

«Los signos '|' y '!' serán usados para indicar el tipo de acto lingüístico (aserción u orden) llevado a cabo por un hablante no especificado. Estos signos son meros *indicadores* de lo que el hablante hace cuando emite ciertas palabras, pero ellos no contribuyen al significado (esto es, al contenido conceptual) de las palabras usadas. Ellas muestran qué es lo que está haciendo el hablante, pero al hacerlo él no dice qué es lo que está haciendo; de esta manera esos indicadores no forman parte de lo que el hablante dice

o lo que sus palabras significan, del mismo modo como en el lenguaje ordinario (escrito) el punto o, los signos de interrogación o de exclamación no forman parte del significado de la oración, sino que indican qué se está haciendo con ella. La expresión ⎪ p indica que p es aseverado y '!p' que p es ordenado». (CEN. pp. 123-4)

Por tanto, consideran que existe el acto de ordenar. Discuten si es posible la existencia de un acto de permitir, pero aceptan la existencia de un acto de «rechazo», que tiene una función muy especial. Si un monarca o un legislador ordena algo, utiliza el ejemplo de Hart de un Rex, y posteriormente desea permitir ese algo, ese resultado, no lo puede hacer con otro acto de ordenar. Si ordenó p (o lo que es lo mismo, prohibió ⎪ p), por medio de otra orden no puede permitir p.

> «Mediante una orden un estado de cosas permitido puede volverse prohibido, mas no viceversa. El cambio de una prohibición por una permisión requiere una operación de *sustracción*; la adición sola no es suficiente. Por lo tanto, para permitir ⎪ p, Rex debe derogar la norma que prohíbe p o, más exactamente, debe eliminar p del sistema. Para ello debe en primer lugar identificar aquello que quiere eliminar (es decir ⎪ p) y, en segundo lugar, realizar la operación de sustracción de ⎪ p, de tal manera que como resultado de esa operación ⎪ p quede eliminado del sistema. Aquí también debemos distinguir entre el acto realizado por Rex, que denominaremos *acto de rechazo*, la operación de eliminación de ciertas proposiciones del sistema y los criterios que gobiernan tal eliminación». (CEN. p. 132)

No resulta claro cómo este acto de rechazo funciona y cuales son sus efectos o funciones. La eliminación de una orden de un conjunto de ellas es una función que no es posible concebir claramente. Parece una tautología afirmar la existencia de un acto de rechazo para afirmar la eliminación de una orden. *Obscurum per obscurius*. Se quiere eliminar una orden. No es entendible como pueda ser hecho, sin considerar la existencia de una norma independiente del acto de ordenar. Lo que ha sido ordenado (no olvidar que la orden es un acto) no puede ser deshecho, porque los actos del pasado son inaccesibles a cualquier modificación en el presente o en el futuro. Sólo si consideramos que un acto crea una norma o la establece y manejamos esta norma, no como un acto, sino como un significado creado por ese acto, podemos entender la eliminación de la norma, no del acto. Que para conseguir ese efecto sea necesario realizar un nuevo acto, es comprensible. Pero es necesario que se haga un corte que separe el acto de aserción o de ordenar con la construcción lingüística, para poder operar sobre esta última directamente. No es posible manejar lógicamente (porque los hechos no tienen relaciones lógicas entre sí) las aserciones con los actos correspondientes o las normas con los actos de ordenar. La lógica tiene como materia de operación los enunciados, no las aserciones. A y B han sido muy productivos en la creación de sistemas de lógica deóntica, en los que necesariamente han tenido que considerar, con independencia a las proposiciones,

de los actos en los que son formulados o estructurados. La lógica no rige a los hechos, aunque sí a los enunciados o a las proposiciones.

Estas consideraciones son las que convierten en difíciles de entender las afirmaciones contenidas en el ensayo que se comenta.

A y B, con base en sus supuestos, afirman (a mi modo de ver) correctamente, y explicitan la tesis de, que «rechazar no es lo mismo que negar» (CEN. p. 132) Negar es una operación que se efectúa a nivel semántico, no a nivel de los actos de habla.

Otra tesis, importante para nosotros, es que el rechazo no es una prescripción. Ellos creen que es, como ya se dijo antes, un nuevo acto, que no puede reducirse a la prescripción. Si para el acto de prescripción utilizaban el signo «!», para el acto de rechazo utilizan el signo «¡», que es un indicador de que se ha realizado un acto lingüístico. (CEN. p. 133)

Consideran que «cuando los juristas hablan de derogación, lo que hay es rechazo de un contenido normativo». (CEN. p. 133) Aquí ya se ha dado el «corte» mencionado anteriormente, porque se habla del rechazo a un «contenido normativo», i.e., de la norma misma, considerada con independencia del acto de su establecimiento.

Dicen:

> «Si como resultado de un rechazo de un contenido normativo, este último es eliminado del sistema, la norma deja de existir». (CEN. p. 133) Por lo tanto, lo que deja de existir es la norma, el contenido normativo, ya separado del acto de su establecimiento, como si fuera una entidad independiente. Esa es la teoría tradicional de los juristas sobre la función de la derogación.

Como lo anterior no están dispuestos a admitirlo los autores argentinos, porque estaría en directa contradicción con su concepción expresiva, recurren a un subterfugio muy peculiar, que les fue sugerido por Raz, según informan en su ensayo. Afirman que las normas no sólo comienzan a existir en un momento dado, sino que también dejan de existir en otro momento. Consideran que

> «la existencia temporal de las normas es una mera metáfora: lo que sucede realmente es la realización de dos tipos de actos (ordenar y rechazar): estos son los únicos hechos empíricos relevantes para la existencia de la norma. No tiene porqué existir ningún otro hecho para que la proposición de que una determinada norma existe sea verdadera. Por otro lado, la afirmación de que una determinada norma deja de existir en un cierto momento puede dar lugar a confusiones. Todo lo que hay, son una serie de diferentes conjuntos de proposiciones y una proposición p dada puede pertenecer a algunos de tales conjuntos y no a otros. Si p pertenece a un cierto conjunto, nunca deja de pertenecer a él, pero puede ocurrir que no pertenezca al conjunto siguiente. Lo que hacemos es tomar en momentos diferentes conjuntos diferentes como puntos de referencia para nuestras aserciones de que ciertas proposiciones (o estados de cosas) son obligatorias, prohibidas o permitidas: esto produce la ilusión de cambio temporal. Pero en realidad las proposiciones normativas son atemporales, pues se refieren siempre a un sistema determinado. Por lo tanto, la proposición «p es obligatorio en

> A1» es verdadera o falsa, pero si es verdadera, lo será siempre, aun después de la derogación de p. Pues si p es eliminado, estamos en presencia de un nuevo sistema A2. La proposición «p es obligatorio en A2» es, en nuestra hipótesis falsa, pero se trata de una proposición diferente. La primera proposición («p es obligatorio en A1») sigue siendo verdadera, pero uno probablemente no se interese más por ella. En este sentido los sistemas normativos son instantáneos (es decir, referidos a un momento temporal dado). Cuando los juristas hablan de sistemas jurídicos que persisten a través del tiempo (como, por ejemplo, el derecho francés o español), no se refieren a un sistema, sino a una secuencia de sistemas». (CEN. p. 134)

¡Qué complicado e inútil es todo esto! Es completamente gratuita la afirmación de que «es una mera metáfora» la existencia temporal de las normas. Es directamente contradictoria con la otra afirmación de que las normas no sólo comienzan a existir en un momento dado, sino también dejan de existir en otro momento. Podemos, actuando de buena fe, pensar que esa afirmación se convierte en la afirmación de un conjunto infinito de conjuntos de enunciados sobre normas, porque debe observarse que en la exposición que hacen los autores argentinos, no se refieren a los sistemas u órdenes normativos, sino a proposiciones sobre normas. Eso me hace suponer que a nivel de las normas no ha existido un rechazo de un «contenido normativo».

Por otra parte, el número de conjuntos de proposiciones referentes a las normas o sistemas normativos, como también los llaman, debe ser infinito o, por lo menos, tan grande y de sucesión tan rápida, que se convierte la idea en inmanejable. Pensemos en una población de ochenta millones de individuos, que llevan a cabo sus transacciones diariamente en el tráfico para vivir y no dejar vivir, como es la costumbre entre los hombres, incluso los de buena voluntad. El número de transacciones jurídicas, i.e., el número de actos jurídicos que realizan en un lapso de 24 horas, es positivamente gigantesco. Por tanto, tendríamos que afirmar que el contenido de su sucesión de los conjuntos de proposiciones descriptivas del derecho correspondiente, es inmanejable, por la gran cantidad de conjuntos presentes y por la velocidad a la que cambian en cada segundo de las horas del día. Ciertamente, son cientos de miles de millones, como una constelación de estrellas, los actos y las normas, generales e individuales, que se crean y se realizan cada día. Cada compra de un dulce hecha por niños o por una ama de casa, cada transacción en los bancos y en las bolsas de valores, etc., etc., debe ser contada.

Como punto adicional en el desarrollo de sus tesis, afirman que deben distinguirse los «conflictos normativos» o inconsistencias, de los conflictos de los actos de promulgación y de rechazo que, siguiendo a Carnap, los denominan **ambivalencias**. Haciendo referencia a los contenidos de las afirmaciones o aserciones y a los contenidos normativos de los actos de mandar u ordenar y rechazar, dicen que las contradicción de proposiciones se dan a nivel semántico únicamente, pues dos personas pueden enunciar

proposiciones contradictorias, de las cuales si una es verdadera, la otra tiene que ser falsa y ambos enunciados existen por haber sido emitidos en actos de aserción. Igual acontece con los conflictos normativos, cuando se los considera al nivel de los contenidos normativos. Hay un conflicto normativo cuando una autoridad ordena p y también ordena -p. La ambivalencia surge cuando la misma proposición normativa es promulgada y rechazada y, para resolver estos conflictos de ambivalencia se vale de tres **criterios o reglas de preferencia**. Estas reglas son las que denominan **auctoritas superior**, **auctoritas posterior** y **auctoritas specialis**, que en realidad no son otra cosa que la adaptación de los principios que los juristas usan, con referencia a las normas, de **lex superior**, **lex posterior** y **lex specialis**. No entraremos a más detalles en relación con esto. Sólo es de observarse que ellas deben ser contenidos de normas positivas.

Por otra parte, Alchourrón y Bulygin aceptan una distinción que, en mi opinión, rompe su sistema de enunciados sobre la concepción expresiva de las normas. Me refiero a la distinción entre normas y sistemas normativos.
Dicen:

> «Ordenar (en el sentido de dar órdenes) es una actividad esencialmente lingüística, un acto lingüístico. Tal acto consiste en la formulación de ciertas palabras (u otros símbolos) que tienen un determinado sentido o significado. Una norma es una oración significativa en su uso imperativo: la simbolizaremos con «¡p». De este modo el acto de ordenar puede ser descripto como el acto de *promulgar una norma*.» (CEN. p. 128)

Usando el ejemplo de Rex de Hart, dicen (es conveniente que el lector se fije muy bien en la terminología):

> «En ciertas ocasiones Rex realiza la acción de ordenar una cierta proposición o un conjunto de proposiciones. Las proposiciones ordenadas por Rex forman un conjunto que llamaremos *conjunto ordenado A*.» (CEN. p. 128).

Más adelante dicen:

> «Podemos definir ahora el concepto de sistema normativo como el conjunto de todas las proposiciones que son consecuencias de las proposiciones ordenadas expresamente. (Aunque estamos usando la expresión tradicional «sistema normativo», hay que tener presente que en la concepción expresiva un sistema normativo no es un conjunto de normas, sino un conjunto de contenidos normativos, esto es, de proposiciones) Esto hace posible distinguir entre el conjunto A (formado por todas las proposiciones ordenadas) como la base axiomática del sistema y el sistema normativo Cn(A), que es el conjunto de las consecuencias de A». (CEN. p. 129).

El lector no debe dejarse confundir con estas expresiones, pues por proposición están entendiendo nuestros autores, lo que Kelsen llama «substrato modalmente indiferente» y Alf Ross, un «tópico», en el párrafo transcrito. Sin embargo, anteriormente dijeron lo siguiente, que es contradictorio con lo dicho:

> «Para la concepción expresiva las normas son esencialmente *órdenes*, pero ellas deben ser cuidadosamente distinguidas de las proposiciones que afirman la existencia de una norma de un cierto contenido o que aseveran que p es obligatorio o está prohibido, que son proposiciones normativas. Las proposiciones normativas están relacionadas con las normas del siguiente modo: si p ha sido ordenado, entonces la proposición de que p es obligatorio es verdadera». (CEN. p. 124)

Por tanto, las proposiciones pueden ser verdaderas o falsas, pues es verdadera una cierta proposición que afirma que «p es obligatorio» si p ha sido el contenido de un acto de ordenar. Sin embargo, hay un deslizamiento del uso de la expresión «proposición normativa» en el primer párrafo transcrito en esta parte, pues afirma que las proposiciones, pueden estar ordenadas y reciben el nombre de «proposiciones ordenadas», lo cual es imposible, pues una proposición que puede ser verdadera o falsa se refiere a un contenido ordenado, pero ella, la proposición verdadera o falsa, no puede ser ordenada. Si fuera una proposición ordenada, significaría que sería una norma y no una proposición. Los niveles de lenguaje están equivocados y confundidos.

Ello ha llevado a nuestros autores argentinos a considerar que el conjunto A, «formado por todas las proposiciones expresamente ordenadas», es la base axiomática del sistema normativo y éste, el sistema normativo Cn(A) es el conjunto de las consecuencias de A, consecuencias lógicas de A, se debe entender. Pero las normas no son proposiciones y no pueden, en consecuencia, ser una base axiomática, pues dijeron anteriormente

> «como no hay relaciones lógicas entre los hechos, no hay cabida para una lógica de normas». (CEN. p. 129)

Estas son inconsistencias que se encuentran en el artículo de los autores argentinos y son afirmaciones que hay que «rechazar», aunque estén «promulgadas» con base en el prestigio internacional de los autores cuyo pensamiento comentamos.

Las tesis anteriores los llevan a afirmar la existencia de rechazos implícitos. Dicen:

> «...la derogación de p requiere no sólo el rechazo expreso de p, sino también el rechazo de todas aquellas proposiciones de las que p es una consecuencia. (Debe decir, «sino también el rechazo de todas aquellas proposiciones que son consecuencias de p»). Diremos que esas proposiciones son *implícitamente* rechazadas por el acto de rechazo de p» (CEN. p. 138)

Con esto nos encontramos con actos de rechazo implícitos y no habrá inconveniente alguno en aceptar actos de ordenar implícitos, que serían todos aquellos que tendrían que suponerse como existentes en relación con las proposiciones que son consecuencias lógicas de p. Con esto nos encontramos en el reino de la ciencia-ficción. Recurrir a actos implícitos de ordenar o rechazar es no aceptar con rigor metódico las concepciones básicas de la teoría expresiva de las normas.

Consideran, de manera sorprendente, que

> «tiene perfecto sentido rechazar un contenido normativo p, aun cuando p no pertenezca al sistema. Aunque tales rechazos no conducen a eliminación de proposición alguna, pueden producir el importante efecto de prevenir la agregación de p, si p es promulgado más tarde por una autoridad de nivel inferior. Esto es lo que ocurre con los derechos y las garantías constitucionales: la constitución rechaza por anticipado ciertos contenidos normativos (aquellos que afectan los derechos básicos), previniendo su promulgación por el poder legislativo, pues si un contenido normativo tal es promulgado por el parlamento, puede ser declarado inconstitucional por los tribunales y no será agregado al sistema». (CEN. p. 137)

En relación con esto debemos decir que no hay tal «rechazo anticipado», pues sería un golpe en el vacío. El «rechazo» es un acto que elimina un «contenido normativo» y lo excluye o elimina del sistema. Por lo tanto, ese contenido normativo debió haber sido promulgado, pues para que haya la muerte de una liebre se requiere necesariamente que haya liebre, así como cocinarla. Pero A y B pretenden hacer guisos o ir de cacería usando liebres que aún no han nacido o encontrado. No hay rechazos anticipados, los cuales, si existieran, no tendrían esa función «preventiva» de la que hablan, pues ello supondría que no hay todavía contenido normativo que pueda ser rechazado. Al final tienen que reconocer que ese contenido, rechazado anticipadamente puede ser promulgado por el parlamento y que sólo puede ser excluido del sistema por la anulación de un tribunal al ser declarado inconstitucional. Aquí se manifiesta claramente la ambigüedad con la que se manejan nuestros autores argentinos, con dos concepciones incompatibles de las normas: la «expresiva», que no admite normas no positivas y las normas «deducidas», no positivas, que de cualquier manera, forman parte del orden normativo. Habrá que preguntar si las normas deducidas necesitarían de actos de rechazo para ser eliminadas del sistema normativo Cn(A).

BIBLIOGRAFÍA

Kelsen, Hans. (**D**). *Derogation* en *Essays in Legal and Moral Philosophy*. Selected and Introduced by Ota Weinberger. D. Reidel Publishing Company. Dordrecht-Holland/Boston-U.S.A. 1973.

Kelsen, Hans. (**GJC**). *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)* en *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*. Selección y presentación de Juan Ruiz Manero. Editorial Debate. Madrid. 1988.

Kelsen, Hans. (**TGE**). *Teoría General del Estado*. Trad. Luis Legaz Lacambra. Editorial Labor, S.A. 1934

Kelsen, Hans. (**TPD**). *Teoría Pura del Derecho*. Trad. Roberto J. Vernengo. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1979.

Kelsen, Hans. (**LTPD**) *La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Problemática Científica del Derecho*. Trad. Jorge G. Tejerina. Editorial Losada, S.A. Buenos Aires. 1941.

Alchourrón, C. y Bulygin, E. (**CEN**). *La Concepción Expresiva de las Normas*.
Aguiló, Josep. (**SD**). *Sobre la Derogación. Ensayo de Dinámica Jurídica*. Distribuciones Fontamara, S.A. 1995.

EL ENUNCIADO DE RESPONSABILIDAD

En honor de Eugenio Bulygin

y en memoria de Carlos E. Alchourrón

Esta es la magnífica estupidez del mundo, que cuando enfermamos en fortuna -a menudo por los hartazgos de nuestra propia conducta- echamos la culpa de nuestros desastres al sol, a la luna y a las estrellas, como si fuéramos villanos por necesidad, idiotas por obligación celestial, ladrones y traidores por el influjo de las esferas; borrachos, embusteros y adúlteros por forzosa obediencia a la influencia planetaria, y todo aquello en que somos malos, por un impulso divino. ¡Admirable evasión de putanero, echar la culpa de nuestro carácter cabrón a una estrella!»

William Shakespeare,

Rey Lear, Acto I, Escena II (1605)

«Y debiéndose concederse (...) que no rige el cielo con dominio despótico nuestras acciones (…) pues con tan violenta batería iba por el suelo el albedrío y no quedaba lugar para el premio de las acciones buenas, ni al castigo de las malas, pues nadie merece premio ni castigo con una acción a que le precisa el cielo sin que él pueda evitarlo (...)»

Benito Jerónimo Feijoo,

Astrología judiciaria y almanaques (1726)

0. En lo que sigue quiero referirme al problema de la responsabilidad en términos muy generales, señalando, sin embargo, algunos puntos que me parecen relevantes para lograr una mayor claridad en esta intricada cuestión. Tomaré como hilo conductor de mi exposición el análisis de un tipo especial de enunciado al que llamaré «enunciado de responsabilidad» (ER). Es habitual distinguir entre ERs puramente causales, es decir, aquellos que sólo hacen referencia a una relación de causa-efecto entre dos estados de cosas (por ejemplo, cuando se dice que la sequía fue la responsable de la pérdida de la cosecha), y los ERs personales en los que se supone la intervención de un agente humano (por ejemplo, cuando se dice que Pedro es responsable de la muerte de Juan). En lo que sigue habré de referirme exclusivamente a los ER personales.

1. Un enunciado de responsabilidad (er) es un enunciado de imputación. La imputación de responsabilidad puede referirse a un estado de cosas pasado (ER retrospectivo) o futuro (ER retrospectivo).

En los ERs prospectivos lo que se afirma es que alguien tiene la responsabilidad de procurar que se dé algún estado de cosas futuro. Por ejemplo, cuando se dice que Pedro es responsable del cuidado del jardín de Juan durante las vacaciones de este último, es decir, Pedro es responsable de que las flores del Jardín de Juan no se marchiten por falta de riego. La expresión «es responsable» puede ser reemplazada sim mayor alteración de significado por la expresión»tiene el deber o la obligación».

En los ERs retrospectivos el marco de referencia se encuentra en el pasado. Si Pedro dejó que se marchitaran las flores de Juan, aquel lo considerará responsable de este estado de cosas. La palabra «responsable» puede ser aquí reemplazada por «culpable». Habré de considerar aquí sólo los ERs respectivos.

2. Pero tanto en los ERs prospectivos como en los retrospectivos, la imputación de autoría requiere el establecimiento de una relación causal entre el acto (acción u omisión) del agente a quien se dirige el ER y el estado de cosas de que se trata. Esto significa que el ER presupone, en principio, la posibilidad de demostrar la existencia de este tipo de relaciones.

3. Esta vinculación casual entre el acto del agente y del estado de cosas en cuestión convierte al agente en autor. Pero en los ERs personales no se trata simplemente de la autoría de una mera relación causal entre un acto del agente y un estado de cosas cualquiera sino de una relación causal entre un acto del agente y un estado de cosas cualquiera sino de una relación causal que se refiere a un estado de cosas que no es valorativamente neutro. Si Pedro bebe un vaso de agua, no decimos, en circunstancias normales, que Pedro es «responsable» del estado de coas de un vaso vacío (otro sería el caso, por supuesto, si Pedro está con Juan en el desierto y se bebe el único vaso de agua). La calificación de un estado de cosas como valorativamente relevante presupone la existencia de un marco normativo que permita designar al estado de cosas como valorativamente relevante presupone la existencia de un marco normativo que permita designar al estado de cosas relevante de bueno o conveniente, o de malo e inaceptable. De acuerdo con el contexto normativo de que se trate, puede hablarse de ERs morales, religiosos, jurídicos, políticos, deportivos, gastronómicos, etc[1].

Cuando el ER se refiere a un estado de cosas bueno se habla de ER laudatorios: cuando el estado de cosas es malo o inaceptable, de ER condenatorios. Sólo estos últimos habrán de interesarme aquí.

4. Un ER retrospectivo condensatorio requiere, pues, un agente susceptible de ser reprochado por sus actos. Es lo que suele llamarse un agente moral. (La exigencia de un agente moral no significa necesariamente que el

[1] Así, Michael J. Zimmerman en «Responsability» en Lawrence C. Becker (ed.) Encyclopedia of Ethics, Nueva York/Londres: Garland Publishing, Inc. 1992. Vol II, S. 1089-1095. S. 1089 afirma que «se puede incurrir (..) En una responsabilidad moral, jurídica o de alguna otra especie», según el tipo de reglas que definan nuestro papel en el contexto causal relevante.

contexto normativo tenga que ser también moral. Todos los contextos normativos, también los gastronómicos, por ejemplo, presuponen la existencia de un agente moral. Pero, desde luego, no todos los actos que realiza un agente moral y que pueden conducir a un estado de cosas valorativamente no neutro son candidatos para figurar en un ER. El ER requiere que los actos relevantes hayan sido realizados cuando el agente se encontraba en un determinado estado mental. Desde Aristóteles hasta la fecha, la voluntariedad de los actos parece constituir un presupuesto necesario para la formulación de un ER. Y dentro de los actos voluntarios hay algunos, los intencionales, aquéllos realizados después de una deliberación, los que suelen tener especial relevancia para los ERs. La admisión de la posibilidad de deliberación presupone conceptualmente que podemos alterar el curso de los acontecimientos. La idea de un agente moral requiere un ámbito de libertad enmarcado por lo imposible y lo necesario. Por ello podía decir Aristóteles:

> «Y todos los hombres deliberan sobre lo que ellos mismos pueden hacer. Sobre los conocimientos exactos y suficientes no hay deliberación (...) sobre lo que se hace por nuestra intervención (deliberamos) porque vacilamos»[2]

Siglos más tarde Thomas Hobbes expresaría una idea similar:

> «Por consiguiente, con respecto a las cosas pasadas no hay deliberación; por que manifiestamente es imposible cambiarlas; ni de las cosas que sabemos que son imposibles o que creemos que lo son; porque las personas saben o piensan que tal deliberación es en vano. Pero con respecto a las cosas imposibles que creemos posibles podemos deliberar, sin saber que es en vano. Y se llama *deliberación* porque significa poner fin a la *libertad* que teníamos de hacer u omitir de acuerdo con nuestro propio apetito o aversión»[3].

5. Todo ER retrospectivo condenatorio crea una exigencia de respuesta por parte del imputado[4]. La propia etimología de la palabra «responsabilidad» hace referencia a esta circunstancia, tanto en los idiomas germánicos como románicos. En alemán, la palabra «verantworten» aparece a fines de la Edad Media, sobre todo en el ámbito judicial, como una traducción de conceptos jurídicos romanos tales como *respondere*, *resposnsum*:

> «Responder (*verantworten*) significa, pues, defender un asunto ante el tribunal, es decir, defender o justificar una acción de forma tal que se dé una respuesta a una acusación»[5].

El hecho de que los ERs retrospectivos condenatorios creen una expectativa de respuesta indica que en ellos se expresa también una actitud de reacción

---

[2] Cfr. Aristóteles. *Ética Nicomaquea*, Madrid: Gredos, 1895, Libro III 1112b, pág. 186.

[3] Thomas Hobbes, *Leviathan*, en Thomas Hobbes, *English Works*, Tomo 3, Aalen: Scientia Verlag, 1966, pág. 48.

[4] Según J. R. Lucas, *Responsibility*, Oxford: Clarendon Press, 1993, pág. 5, «Así, el núcleo del concepto de responsabilidad es que se me puede formular la pregunta "¿Por qué lo hiciste?" y estar obligado a dar una respuesta».

[5] Johannes Schwartländer, «Verantwortung» en Hermann Krings et al. (eds.), *Handbuch Philosophischer Grundbegriffe*, Munich Kösel, 1974, pág. 1579.

acción ante la producción de un estado de cosas que requiere una explicación. Sobre este punto volveré más adelante.

6. Si el ER crea una exigencia de respuesta, ello parecería requerir que quien lo formula se encuentre en una posición de superioridad jerárquica con respecto al imputado. Efectivamente, una buena parte de los ERs son formulados por personas que detentan alguna autoridad.

Pero tal no tiene por que ser siempre el caso. Es perfectamente posible que quien formula el ER se encuentre en una posición de igualdad o hasta de inferioridad con respecto al imputado.

Si, siguiendo una propuesta de Kant, se acepta que imputar significa juzgar una acción «en relación con ciertas leyes prácticas»[6], es claro que este tipo de juicio no requiere ninguna posición de superioridad jerárquica. Lo más que podría exigirse (y ello con cierta cautela) es que el conjunto de reglas prácticas que se invoca sea compartido por quien imputa y por el imputado[7].

Si se quiere establecer una diferencia entre tipos de ERs según que imputante e imputado ocupen o no una misma posición jerárquica puede hablarse de ERs horizontales y verticales.

7. Si se aceptan estas consideraciones, pienso que podría aceptarse también la siguiente precisión definitoria de un ER:

> Un ER formula una imputación de autoría de una relación causal que conduce a un estado de cosas con implicaciones normativas.

La persona a quien se le imputa responsabilidad coincide con la persona sobre quien recaen las consecuencias normativas. Por ello puede decirse que la relación entre responsabilidad y castigo (en los ERs condenatorios) es conceptual o lógica: no puede hablarse de responsabilidad en estos casos si ella no implica, por definición, algún castigo. En este sentido, tiene razón John Stuart Mill cuando dice que «responsabilidad significa castigo»[8]. O dicho por una frase de Bradley:

> «(...) responsabilidad y punibilidad pueden ser considerados como (términos) convertibles y, por lo tanto, la teoría que podría justificar el castigo podría dar cuenta también de la responsabilidad; y si la primera careciera de sentido (...), la última tampoco lo tendría»[9].

---

[6] Ibídem, loc. cit.

[7] Si se exigiera en todos los casos que el conjunto de reglas prácticas fuera compartido (en el sentido de aceptado) por el imputante y el imputado, no podrían formularse ERs frente a quienes adoptan, por ejemplo, un punto de vista externo frente a ese conjunto. Pocos criminales empedernidos estarían dispuestos a admitir un ER. La necesidad de conjuntos normativos compartidos suele ser un argumento utilizado por quienes acusan de etnocentrismo a quienes formulan ERs condenatorios con respecto a los comportamientos en sociedades culturalmente diferentes sobre la base de una «supuesta» vigencia universal de los derechos humanos.

[8] Cfr. F. H. Bradley, *Ethical Studies*, Oxford: Oxford University Press, 1962, pág. 4.

[9] Bradley, op. cit., pág. 26.

Es obvio que el tipo de sanción depende del contexto normativo de que se trate (el súbito derrumbe de un soufflé poco antes de ser servido en un banquete oficial puede costarle el puesto al cocinero responsable, y las flores marchitas pueden costarle a Pedro la amistad de Juan).

Lo hasta aquí presentado es lo que podría llamarse versión tipo de un ER retrospectivo condenatorio. Sin embargo, esta versión tipo puede ser modificada. Ello puede apreciarse con toda claridad si se consideran las actitudes posibles frente a un ER cuando no se dan las relaciones que en la definición propuesta han sido presentadas como necesarias. En tales casos son concebibles dos actitudes en cierto modo opuestas: o bien se mantiene la imputación de responsabilidad, lo que significa que se renuncia a alguna de las condiciones necesarias para la formulación de un ER (y, por lo tanto, se amplía el concepto de responsabilidad); o bien se conservan las condiciones necesarias y tan sólo se niega -total o parcialmente- su existencia en el caso dado (con lo que se anula o se debilita el ER).

A ambas posibilidades quiero ahora referirme.

8. Por lo que respecta a la expansión, ella puede producirse, por lo pronto, haciendo que el ER no se refiera a un individuo sino a varios; se aumenta el número de imputados de forma tal que el estado de cosas de que se trata es considerado como el resultado de un acto conjunto. En este caso se habla de responsabilidad grupal. Pero, la expansión puede también realizarse modificando alguno de los otros elementos del ER de forma tal que sea aplicable a un número más amplio de casos. Se habla entonces de responsabilidad vicaria. Ambos tipos de expansión merecen ser considerados.

9. Gregory Mellema es quizás uno de los autores que con mayor detenimiento ha analizado el problema de la responsabilidad grupal. La idea central de Mellema es que toda responsabilidad grupal implica responsabilidad compartida:

> «Un grupo es responsable por un estado de cosas si y sólo si cada miembro del grupo tiene algún grado de responsabilidad por el estado de cosas»[10].

La configuración del grupo «responsable» es una tarea que compete a quien formula el ER pero, dado que toda responsabilidad grupal es responsabilidad compartida, condición necesaria para la configuración del grupo responsable es la imputación de responsabilidad individual a cada uno de sus integrantes. Las circunstancias del acto (número de los participantes, relaciones entre ellos, sus motivaciones) juegan aquí un papel decisivo para la delimitación del grupo y, como se verá más adelante, para la determinación del grado de responsabilidad de los integrantes del grupo.

10. La segunda forma de expansión de un ER consiste en eliminar elementos centrales del ER tipo, tales como la exigencia del agente moral y/o de la relación causal entre un autor y un estado de cosas.

---

[10] Gregory Mellema *Individuals, Groups, and Shared Moral Responsibility*, New York et al.: Peter Lang, 1988, pág. 8.

Cuando se trata de la responsabilidad de organizaciones formales o de agentes colectivos (puede pensarse en el caso de una compañía anónima) hablar de agentes morales significaría cometer lo que Herbert Ryle llamaba «*error categorial*»: «Es un error lógico esperar que el comportamiento de una organización se adecue a los principios normales de la moralidad»[11].

John Ladd ha propiciado la tesis de exclusión de los juicios morales de responsabilidad con respecto a las organizaciones formales. Podría hablarse sí de responsabilidad pero ella sería más bien un tipo de responsabilidad instrumental: la organización sería responsable (en este sentido técnico) si no cumple cabalmente sus funciones. El criterio de atribución de responsabilidad es un criterio de eficacia, que Ladd equipara con el criterio de racionalidad (instrumental)[12].

11. Pero también puede lograrse una ampliación del ER a través de la eliminación de la relación causal, es decir, de lo que Joel Feinberg ha llamado «falta contribuyente»[13]. En inglés existe una palabra para designar este tipo de responsabilidad: liability en alemán puede hablarse de Haftung. En castellano, a falta de un término especial puede hablarse de responsabilidad vicaria.

A diferencia de lo que ocurre en los ERs tipo, en estos casos la sanción no recae sobre la persona que provocó el estado de cosas prohibido sino sobre otra (natural o jurídica) con quien está vinculada por una determinada relación. La persona obligada y la persona responsable no son idénticas. Por ello puede decir Hans Kelsen:

> «Se está obligado a un comportamiento conforme a derecho y se responde a un comportamiento contrario a derecho. El individuo obligado puede, con su comportamiento, provocar o evitar la sanción. El individuo que sólo responde por el no cumplimiento de la obligación de otro (por el delito cometido por otro) no puede, con su comportamiento, ni provocar ni evitar la sanción»[14].

Aquí se pueden distinguir varios casos:

a) Ya Hobbes había señalado que es posible y frecuente que un individuo realice un acto en nombre de otro. Este último sería el autor del acto y el primero, el actor. Esta distinción permite dejar de lado la relación causal y atribuir la responsabilidad al autor. Puede pensarse en relaciones de dependencia de delegados, amanuenses, emisarios o miembros subalternos de una organización. Ellos llevarían a cabo una especie de «abdicación de elección» en el sentido de que las convicciones y preferencias del actor individual

---

[11] Ibídem, pág. 30.

[12] Ibídem, pág. 30s.

[13] Cfr. Joel Feinberg. «Collective responsibility» en *The Journal of Philosophy*, LXV (noviembre 1968), 21, págs. 674-688, aquí pág. 674.

[14] Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2a. ed. Wien: Franz Deuticke 1960, pág. 125. Versión castellana de Roberto Vernengo, *Teoría pura del derecho*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986, pág. 133.

no entrarían en su decisión. No cabría hacerlo personalmente responsable de las decisiones tomadas en nombre del autor que otorgó la correspondiente autorización u orden.

b) Se puede avanzar aún más en la ampliación del ER por vía vicaria y dejar de lado la distinción entre actor y autor. Así, puede suceder que el empleador será responsable de actos de sus empleados aun en el caso de que ellos hubiesen actuado en contra de sus órdenes o de su autorización. En el caso de relaciones padre-hijo menor, aquél responde por los vidrios rotos por este último, aun cuando le hubiese prohibido reiteradamente jugar al fútbol justo al lado del jardín de invierno del vecino.

c) También el caso de la fianza o del seguro es un ejemplo de ampliación del ER al margen de la relación autor-actor. Una compañía de seguros puede asegurar a un empleador frente a la deshonestidad de un nuevo empleado. Si éste comete un desfalco, la responsabilidad vicaria recae sobre la agente inocente. Esto vale, por cierto, para todos los caso de compañías de seguros contra accidentes. Comentando un informe danés sobre liability por daños del año 1950, Alf Ross observaba que este tipo de descarga de la responsabilidad a través de los sistemas de seguros podía tener como consecuencia una mayor tendencia por parte de los individuos a adoptar un «comportamiento irresponsable»[15].

d) Otra forma de ampliación de ER retrospectivo es extender la responsabilidad grupal o colectiva a hechos ocurridos en un pasado más o menos lejano, como consecuencia de actos realizados por miembros de grupo unidos con los grupos actuales por rasgos o lazos culturales, étnicos o políticos. Así Alasdair MacIntyre en uno de sus ataques a lo que llama el «individualismo moderno» afirma:

> «Este es el individualismo expresado por esos estadounidenses modernos que niegan toda responsabilidad por los efectos de la esclavitud en los estadounidenses negros diciendo «Nunca tuve esclavos». Es más sutil el punto de vista de aquellos otros estadounidenses modernos que admiten una responsabilidad escrupulosamente calculada por aquellos efectos, medida precisamente en función de los beneficios que ellos mismos como individuos han recibido indirectamente de la esclavitud. En ambos casos, «ser estadounidense» no se considera parte de la identidad moral del individuo. Y por supuesto, esta postura no es exclusiva de los estadounidenses modernos: el inglés que dice «Nunca he hecho nada malo a Irlanda; ¿por qué traer a colación esta vieja historia como si tuviera algo

[15] Alf Ross, *On Law and Justice*, London: Steven & Sons Limited 1958, pág. 333. Versión castellana de Genaro R. Carrio: *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963, pág. 322: «(...) es concebible que la media (un seguro general de responsabilidad) se traducirá en un peligroso relajamiento del cuidado ordinario. Aún en el presente estado del derecho, en que el seguro de responsabilidad es normalmente voluntario y por lo tanto no todo el mundo lo contrata, mucha gente opina que el mismo ha conducido a un relajamiento de la prudencia». Como se sabe, para este fenómeno se ha impuesto mientras tanto la expresión «riesgo moral».

> que ver *conmigo*?» o el joven alemán que cree que haber nacido después de 1945 significa que lo que los nazis le hicieron a los judíos no tiene ninguna relevancia moral para sus relaciones con los judíos contemporáneos, adoptan la misma actitud de acuerdo con el cual el yo es separable de sus papeles y regímenes sociales e históricos»[16].

El problema de la atribución de responsabilidad por actos cometidos en el pasado, tropieza con serios inconvenientes lógicos cuando se trata de un pasado remoto ya que para poder formular un ER ampliado hacia el pasado es necesario reconstruir todo el árbol de posibles acciones y omisiones que hubieran tenido lugar en caso de no haberse realizado la conducta reprochable[17]. Buena parte de la discusión sobre la responsabilidad de los conquistadores españoles en la miseria actual de los indios gira alrededor de este problema.

e) Cabe también pensar en aquellos casos que en la historia son conocidos como responsabilidad vicaria penal. Ellos son expresión o bien de nociones primitivas, tales como vendetta o sacrificios sustitutorios, o de medidas de revancha en tiempos de guerra, tales como el fusilamiento de rehenes. En la actualidad, el «castigo» penal infligido a una persona por actos cometidos por otros miembros de su comunidad étnica o religiosa constituye un regreso a tiempos bárbaros. Los acontecimientos en la ex Yugoslavia son buenos ejemplos de este regreso a la barbarie.

Podría, quizás, imaginarse un sistema de fianza penal en la que los padres aceptarían el castigo por delitos cometidos por sus hijos. Un sistema tal podría tener algunas ventajas tales como la promoción de la solidaridad familiar pero, tal vez, sería más aceptable un sistema en el que los hijos respondieran por los padres[18].

Estos son casos de ampliación del ER tipo; podemos ahora pasar a los casos de restricción o atrofiamiento.

12. En general, por lo que respecta al ER tipo valen básicamente las siguientes estrategias:

a) negar la existencia del estado de cosas imputado;

b) no negar el estado de cosas pero sí su autoría (en el caso de los ER tipo, actor u autor coinciden);

c) no negar ni a) ni b) pero aducir excusas;

d) no negar ni a) ni b) pero alegar su justificación.

En los casos a) y b), la persona a quien se le imputa responsabilidad procura demostrar la falta de una relación causal entre su comportamiento y el estado de cosas que provoca el juicio de responsabilidad. Dado que en el ER

---

[16] Alasdair MacIntyre, *After Virtue*, Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press 1981, pág. 205. Versión castellana de Amelia Valcárcel: *Tras la virtud*, Barcelona: Crítica, 1987, pág. 271 s.

[17] Cfr. sobre este tema George Sher, «Ancient Wrongs and Modern Rights» en *Philosophy & Public Affairs*, 10 (1981), 1, págs. 3-17.

[18] Cfr. Joel Feinberg, op. cit., pág. 676.

tipo esta relación causal es condición necesaria del juicio de responsabilidad, esta estrategia, cuando es exitosa, priva de contenido al ER.

En el caso d), el imputado no niega su responsabilidad por el estado de cosas en cuestión sino que la asume plenamente. Si la justificación es exitosa, el ER condenatorio se convierte en un ER laudatorio.

Por lo que respecta al caso c), no está de más recordar que desde Aristóteles hasta J. L. Austin existe una elaboración detallada del problema de las excusas.

Según Aristóteles, sólo se es responsable por los actos voluntarios:

> «Parece, pues, que cosas involuntarias son las que se hacen por fuerza o por ignorancia; es forzoso aquello cuyo principio es externo y de tal clase que en él no participa ni el agente ni el paciente; por ejemplo, si uno es llevado por el viento o por hombres que nos tienen en su poder»[19].

Según Aristóteles, la ignorancia que hace que un acto sea involuntario es la ignorancia de las circunstancias particulares o de las personas involucradas y no la ignorancia de lo que debe hacerse. Si la ignorancia es total, la persona está loca.

Hay un tipo de ignorancia que no excusa y que merece especial consideración. No es el caso del loco ni del psicópata sino de quien se autoengaña. Este tipo de ignorancia requiere dos condiciones necesarias y conjuntamente suficientes:

a) que sea fácilmente superable y

b) que suponga que su superación puede tener un efecto desagradable[20].

Por ejemplo, Mario prefiere no saber si Beatriz lo ama: sería muy fácil preguntárselo pero, como supone que la respuesta será negativa, no la plantea y adopta seguir viviendo con la ilusión del amor de Beatriz.

El autoengaño de Mario puede ayudarle a vivir mejor: la ilusión suele ser una forma de hacer más llevadero el paso por este valle de lágrimas. Por lo menos así lo pensó Mario Jiménez, el personaje de la novela de Antonio Skarmeta, El cartero de Neruda.

Pero, cuando el autoengaño se refiere a asuntos moralmente importantes, no puede nunca constituir una excusa aceptable. Jonathan Glover ha analizado la posibilidad de la excusa de la ignorancia en el caso de Eichmann:

> «Si Eichmann se encontraba en un estado de ignorancia con respecto a la crítica moral que se podría haber formulado por sus actos, ello equivale al autoengaño ya que se cumplían dos condiciones cruciales. La ignorancia, si existía, era ciertamente el resultado de no haber querido plantear ciertas preguntas porque sabía que las respuestas serían desagradables. (...) Y la ignorancia podría haber sido evitada sin esfuerzo o molestia excesivos»[21].

---

[19] Cfr. Aristóteles, op. cit., Libro III, 1110a, pág. 178.

[20] Cfr. Jonathan Glober, *Responsibility*, Londres: Routledge & Kegan Paul, 1970, pág. 176 s.

[21] Ibídem, pág. 176.

Eichmann no satisfacía las condiciones de la ignorancia total que presuponía Aristóteles (no estaba loco) pero sí las del autoengaño de Glover. Por ello, su ignorancia (en el caso de que la hubiera) no podía funcionar como excusa reductora de responsabilidad.

El criterio del autoengaño es también aplicable en casos tales como el de la responsabilidad de los científicos por su propia labor. Puede pensarse en las investigaciones vinculadas con la ingeniería genética o con la energía atómica. También en estos casos el autoengaño es una forma moralmente inadmisible de eludir la responsabilidad.

13. Con respecto a la responsabilidad grupal, el asunto se complica ya que la constitución del grupo es llevada a cabo por quien formula el ER. Desde luego, la forma más fácil de eludir la responsabilidad es negar que se forma parte del grupo, rechazando el criterio de formación del mismo por parte de quien formula el ER. Este criterio tiene que cumplir condiciones mínimas de razonabilidad que, en gran medida suelen estar vinculadas, por una parte, con la posibilidad de establecer relaciones causales entre los actos de sus integrantes y el estado de cosas relevantes y, por otra, con las motivaciones de los agentes y las circunstancias en las que ellos actúan. Así, resultaría claramente irrazonable responsabilizar a todo el grupo de hombres en el mundo de la discriminación de la mujer.

14. Para simplificar las cosas, supongamos que el grupo al cual se dirige un ER retrospectivo condenatorio ha sido razonablemente formado. La cuestión es ahora saber si el número de integrantes del grupo establece alguna diferencia con respecto a la imputación de responsabilidad de sus integrantes.

Puede pensarse en el frecuentemente citado caso de Kitty Genovese presentado, entre otros, por James S. Fishkin en *The Limits of Obligation*[22]: ¿Se reduce la responsabilidad de cada una de las 38 personas que desde sus viviendas contemplan el asesinato de esta mujer porque sabe que no es la única que puede llamar a la policía? O, para tomar el ejemplo de Peter Singer de la lucha contra el hambre en el mundo: ¿disminuye la responsabilidad individual el hecho de que millones de personas puedan prestar su ayuda para eliminar la tragedia de la muerte por falta de alimentos? La respuesta de Singer es categórica:

> «No existe diferencia entrelos casos en los que soy la única persona que puede hacer algo y los casos en los que soy uno entre millones de personas que se encuentran en la misma posición»[23].

Esta es la concepción que Fishkin llama «enfoque invariable de la responsabilidad colectiva por omisiones» (*«invariant view of collective responsibility*

[22] New Haven/Londres: Yale University Press, 1982, págs. 80 y ss.

[23] Peter Singer, «Famine, Affluence and Morality» en Peter Lasslett & James Fishkin (eds.), *Philosophy, Politics & Society*, Fifth Series, New Haven: Yale University Press, 1979, págs. 21-35, aquí pág. 24.

for omissions»): la responsabilidad no varía por el hecho de que sea ampliamente compartida.

Lo dicho con respecto a las omisiones valdría también para el caso de las acciones. Puede recordarse en este sentido el ejemplo de Derek Parfit con el caso de los *Malos viejos tiempos* y de los *Torturadores inofensivos*:

> «*Los malos viejos tiempos*: Mil torturadores tienen mil víctimas. Al comienzo de cada día cada una de las víctimas siente ya un pequeño dolor. Cada uno de los torturadores presiona un botón de algún instrumento. Cada presión del botón afecta el dolor de la víctima de manera casi imperceptible. Pero, después que cada torturador ha oprimido el botón mil veces, ha infligido un daño grave a sus víctimas.
>
> *Los torturadores inofensivos*: En los malos viejos tiempos cada torturador infligía un daño grave a una víctima. Las cosas han cambiado ahora. Cada uno de los torturadores oprime un botón en cada uno de los mil instrumentos. Las víctimas sufren el mismo daño grave. Pero ninguno de los torturadores inflige, por sí mismo, un daño perceptible a ninguna víctima»[24].

Según Parfit, cada torturador en el segundo ejemplo actúa tan mal como en el primero. Esto pondría de manifiesto que el grado de responsabilidad no disminuye por el número de participantes. La imperceptibilidad de los efectos de la acción de cada cual no influye en el grado de responsabilidad.

Podría, sin embargo, aducirse que esta posición no toma en cuenta el hecho de que si hay sólo una persona, su acción u omisión es la única causa para la producción del resultado. Intuitivamente uno se sentiría inclinado a pensar que el número de personas supuestamente responsables influye de alguna manera en el grado de responsabilidad individual. La cuestión es saber qué quiere decir «de alguna manera».

Un primer intento de dar respuesta a esta pregunta podría consistir en adoptar una posición tan radical como la de Singer pero en sentido opuesto, es decir, sostener un «enfoque disminuyente» (*«diminishing view»*). La responsabilidad personal de los individuos que integran un grupo estaría siempre directamente condicionada por el número de integrantes del grupo en cuestión: a mayor número, menor responsabilidad. Es posible llegar así a una situación en la que la responsabilidad individual queda prácticamente diluida. Con otras palabras, actos que originariamente eran obligatorios se convierten en discrecionales (supererogatorios). Esta conclusión no deja de ser inquietante: el número habría alterado la naturaleza de una obligación cuyo contenido era, desde el primer momento, la realización de un esfuerzo trivial para preservar un bien relevante (la vida de Kitty Genovese o de personas que sufren hambre)[25].

Así pues, si no nos convence ninguna de las dos posiciones extremas, podría adoptarse una línea de razonamiento más matizada, a la que Mellema

---

[24] Citado según Mellema, op. cit., pág. 72.

[25] Cfr. Fishkin, op. cit., pág. 85.

ha llamado «dilucionismo ético» («ethical dilutionism»). Según este enfoque, la responsabilidad disminuiría cuando es compartida (pero no se está obligado a admitir el enfoque disminuyente en el sentido de que a mayor número menor responsabilidad sin más). Esta posición es menos radical que el enfoque disminuyente y capta aspectos que parecen correctos de esta concepción en el sentido de que el hecho de compartir la responsabilidad parece contribuir a su disminución desde el punto de vista individual.

Mellema ha propuesto la siguiente definición de dilucionismo ético:

> «Es la concepción según la cual el grado de una responsabilidad individual retrospectiva por un estado de cosas disminuye por el hecho de que otros miembros del grupo son igualmente responsables por él, siempre y cuando los miembros del grupo cooperen en su realización y la acción contribuyente del individuo no sea por sí misma condición suficiente para su producción»[26].

El dilucionismo ético apunta a los casos en los que cabría hablar, en términos generales, de complicidad. Es verdad que a veces la complicidad significa la atribución a los actores de responsabilidad por partes iguales, pero es posible y también frecuente establecer una distribución desigual de responsabilidades. En este último caso puede pensarse en la división cuatripartita recogida por Joel Feinberg:

> «El *common law* (...) clasifica a los delincuentes culpables en cuatro categorías: «perpetradores», «instigadores», «incitadores» (...) y «protectores criminales» (...)»[27].

La determinación del grado de responsabilidad que ha de imputarse a cada miembro de una banda criminal puede tropezar con dificultades empíricas, pero parece sensato establecer diferencias según el grado de participación y la relevancia de la misma en la empresa conjunta.

Esta versión del dilucionismo ético puede quizás no satisfacer a quienes sostengan una posición como la de Singer ya que ellos aducirán probablemente que en los casos de complicidad se trata de acciones colectivas cooperativas mientras que en el caso de Kitty Genovese o de la lucha contra el hambre en el mundo se trata de personas que actúan u omiten independientemente las unas de las otras y no de acciones concertadas.

Dos respuestas podrían darse a esta réplica:

a) En los casos de acciones colectivas podría admitirse un límite mínimo de dilución y aceptarse la concepción del «dilucionismo con umbral» (*«Threshold Dilutionism»*) propuesta por Mellema. De acuerdo con esta perspectiva, el número de participantes influye en la disminución de la responsabilidad individual hasta que se alcanza un umbral de suficiencia a partir del cual el aumento del número de actores no establece ninguna diferencia para la reducción de la responsabilidad individual. Con palabras de Mellema:

---

[26] Mellema, op. cit., pág. 68.

[27] Feinberg, op. cit., pág. 684.

> «El dilucionismo con umbral puede ser formulado de la siguiente manera: es la concepción según la cual la responsabilidad moral individual por un estado de cosas se reduce por el hecho de que otros son igualmente responsables siempre y cuando quienes son responsables por este estado de cosas cooperen en su producción y el grado de dilución esté limitado por el nivel del umbral (...) Por consiguiente, en un caso en donde la acción contribuyente de un agente es por sí misma una condición necesaria para producir el resultado en cuestión, el requerimiento del umbral elimina automáticamente la posibilidad de diluir la responsabilidad del agente por el resultado»[28].

En este caso, el grado de responsabilidad no tiende a cero sino que se mantiene constante después de alcanzado el «umbral». No habría aquí alteración de la naturaleza de la obligación.

b) la segunda respuesta toma en cuenta criterios de *razonabilidad*. Es la perspectiva de la llamada «diferencia razonablemente esperable» (*«reasonable expectable difference»*) de Fishkin:

> «Calculamos los efectos de nuestra acción en el contexto causal definido por inferencias razonables acerca de los efectos del comportamiento de los otros. Entonces determinamos la diferencia que puede esperarse que produzca nuestro acto»[29].

Si soy el único espectador de un crimen y no llamo a la policía, soy plenamente responsable por esta omisión pues soy la única persona que puede actuar. Pero, si formo parte de un grupo de 10 millones de personas (supongamos que el crimen hubiera sido filmado por azar por un equipo de TV en vivo y en directo), argumenta Fishkin, parece bastante razonable suponer que alguna otra persona llamara a la policía y esto significa que

> «(...) los efectos probables de la acción ya no poseen una importancia suficiente como para que seamos censurados por no haber actuado»[30].

La apelación a criterios de razonabilidad con respecto a las expectativas del comportamiento de otras personas es, en mi opinión, un buen recurso para graduar la responsabilidad individual (y no sólo en el caso de responsabilidad grupal).

Conviene recordar aquí las agudas reflexiones de Alf Ross: Cuando eximimos de responsabilidad a una persona solemos decir que ella «no podría haber actuado de otra manera». Obviamente esto no significa que la persona en cuestión no tuviera la posibilidad fáctica de actuar de otra manera ya que en ese caso ni siquiera podría decirse que actuó. La frase «no podría haber actuado de otra manera» debe ser interpretada en el sentido de que

---

[28] Mellema, op. cit., pág. 78.

[29] Fishkin, op. cit., pág. 84.

[30] Ibídem, pág. 85.

> «(...) dadas las circunstancias, no se podría haber esperado que el agente actuara de otra manera»[31].

Esta experiencia se basa en experiencias de la vida normal dentro de una sociedad, son ellas las que establecen el marco de lo razonablemente exigible a personas que tienen la capacidad y la oportunidad de actuar de otra manera pero de quienes no podría esperarse que actuaran de una manera diferente a como actuaron:

> «"No tenía otra elección" quiere decir en realidad que la elección es considerada como obvia. (...) Nadie podría haber esperado otra cosa»[32].

Si se admite, como creo que es correcto, que hay una vinculación conceptual o lógica entre omisión y expectativa, hay que concluir que cuando esta última no existe no puede hablarse de aquélla y, por consiguiente, tampoco tiene sentido formular un ER condenatorio.

Hasta que punto existen expectativas razonables que valen para toda sociedad y en todos los tiempos o si ellas están siempre temporal y espacialmente condicionadas es una cuestión que puede ser dejada aquí de lado ya que ella no afecta la plausibilidad de la tesis de Ross.

15. Por lo que respecta a la responsabilidad en el caso de organizaciones con estructura jerárquica, si se acepta que ellas constituyen un sistema cerrado, es obvio que, en la medida en que el comportamiento de una persona se ajuste a las reglas de la respectiva organización, no cabe formular contra ella ERs condenatorios intrasistémicos. Aquí se produce aquella «abdicación de elección» a la que me he referido más arriba en el punto 11.a).

Otro es el caso, desde luego, cuando se trata de formular ERs condenatorios extrasistémicos, por ejemplo, morales. Puede entonces ponerse en duda la legitimidad de la «abdicación de elección» y argumentar con buenas razones que esta «abdicación» encierra siempre el peligro de convertir el agente en mero instrumento de la organización, privándolo así de su autonomía moral. Los conocidos ejemplos de la obediencia militar debida o de la razón de Estado pueden ilustrar esta situación. No he de detenerme aquí en su consideración por haberlo hecho ya en otro lugar[33]. Basta tan sólo señalar que la admisión de diferentes morales paralelas (profesionales u organizacionales y ordinaria) que darían lugar a diferentes ERs morales condenatorios no sólo plantea serios problemas conceptuales sino que puede conducir a lo que John Ladd ha llamado «esquizofrenia moral»:

> «La penetración de la actividad organizacional en todos los ámbitos de la sociedad moderna hace que el impacto de este doble estándard sea particularmente inquietante. Produce una especie de esquizofrenia moral que a todos nos afecta (...) La mayoría de nosotros, como individuos, nos vemos forzados a llevar

---

[31] Cfr. Alf Ross, «He could have acted otherwise» en Adolf J. Merkl (ed.), *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, Viena: Deuticke, 1971, pags. 242-261, pág. 243.

[32] Ibídem, pág. 254.

[33] Cfr., por ejemplo, Ernesto Garzón Valdés, «Moral y política» en *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 541-560.

> una doble vida y, para poder adecuarnos a dos estándares diferentes e incompatibles, tendemos a segmentar nuestras vidas»[34].

Tengo serias dudas acerca de la posibilidad de lograr un arreglo con morales profesionales u organizacionales cuyos principios contradicen los de la moral ordinaria. El intento más interesante que conozco en este sentido es el de Kant con su separación entre uso privado y público de la razón. Pero creo que tiene razón Werner Schneiders cuando afirma:

> «(Kant) intenta asegurar el mayor grado de libertad intelectual posible en su época escindiendo la razón individual en una razón servil y otra libre y exigiendo así del individuo un *double-thinking* que bordea la esquizofrenia; y cree que la divergencia entre los pensamientos que expresó como persona y los que manifestó como funcionario no tiene por que perturbar, en general, la "conciencia"»[35].

Un ejemplo reciente de la historia argentina ha puesto de manifiesto los conflictos de conciencia que puede traer aparejados esta divergencia. Se trata del caso del capitán de corbeta Adolfo Scilingo quien, en cumplimiento de su supuesta moral profesional, arrojaba al Atlántico desde un avión prisioneros de la dictadura argentina (1976-1983). La carga psicológica de estos crímenes ordenados condujo a la confesión pública de los mismos. No veo como Scilingo puede ser eximido de un ER condenatorio, aún si se tiene en cuenta su pertenencia a una organización con estructura jerárquica[36].

16. Hasta ahora me he referido a intentos de reducir el ER sobre la base, principalmente, de excusas (en sus versiones individuales, grupales u organizativas); pero cabe dirigir ataques más radicales al ER. Ellos ponen en tela de juicio los dos pilares en los que se asienta el ER: el de la posibilidad de establecer relaciones causales seguras y el de la suposición de que somos libres para fijar el curso de nuestras acciones y omisiones.

17. Con respecto al problema *de la causalidad*, podría adoptarse una posición escéptica inspirada en conocidos pasajes de David Hume sobre la inducción y las conexiones causales tales como los siguientes:

> «Aunque la repitamos al infinito, nunca originaremos por la mera repetición de una impresión pasada una nueva idea original, como es la de la conexión necesaria; el número de impresiones no tiene más efecto en este caso que si nos limitáramos únicamente a una»[37].

o

---

[34] Mellema, op. cit., pág. 33.

[35] Werner Schneiders, «Emanzipation und Kritik: Kant» en Zwi Batscha (ed.), *Materialien zu Kants Rechtsphilosophie*, Francfort del Meno: Suhrkamp, 1976, págs. 167-174, aquí pág. 172.

[36] Para mayores detalles sobre el caso Scilingo, cfr. Horacio Verbitsky, *El vuelo*, buenos Aires: Planeta, 1995.

[37] Cfr. David Hume, *A Treatise of Human Nature*, Londres: J. M. Dent & Sons LTD, 1959, 2 vols., vol I, S. 91. Versión castellana de Félix Duque: *Tratado de la naturaleza humana*, Madrid: Editora Nacional, 1981, vol. 1, pág. 195.

> «Así, no solamente fracasa nuestra razón en el descubrimiento de la conexión última de causas y efectos, sino que incluso después de que la experiencia nos haya informado de su conexión constante, nuestra razón es incapaz de convencernos de que tengamos que extender esa experiencia más allá de los casos particulares observados»[38].

El escéptico podría inferir entonces que si no es posible justificar racionalmente la inducción y no poseemos un conocimiento perfecto acerca de las relaciones causales, la única actitud sensata que cabe es movernos por el mundo con la cautela radical de quien no sólo no puede estar seguro de que el sol saldrá mañana por el Este sino tampoco de que podrá realizar con éxito acciones tan simples como abrir una puerta moviendo un picaporte.

No es éste el lugar para exponer las propuestas de solución del «problema» de Hume formuladas entre otros, por John Stuart Mill. Más relevante para nuestro tema es saber si de la imposibilidad de justificar la inducción es razonable inferir una actitud escéptica frente al posible resultado de nuestras acciones, es decir, frente al estado de cosas que sirven de punto de partida para la formulación de ERs, y considerar cuáles son los supuestos que aceptamos para la formulación de reglas cuyo cumplimiento o violación justifican ERs laudatorios o condenatorios.

Con respecto a la primera cuestión, Georg Henrik von Wright ha puesto de manifiesto que la demanda de una «justificación» de la inducción se basa en una falla en comprender el aspecto lógico del problema de Hume. En efecto, la tesis de Hume podría ser reformulada de la siguiente manera:

«Es imposible garantizar con certeza o con certeza o probabilidad que un caso desconocido de la propiedad A exhibirá también la propiedad B, si A y B son propiedades diferentes»[39].

«Es imposible» significaría aquí lo mismo que «es contradictorio». O sea que

> «si el pedido de una justificación de la inducción es autocontradictorio, (...) entonces la tesis de la "imposiblidad" de justificar la inducción es una tautología»[40].

Pretender derivar de una tautología actitudes y comportamientos, sean éstos optimistas o escépticos parece ser claramente un sinsentido.

Por otra parte, los intentos de Mill son también instructivos en el sentido de que ellos se basan en la suposición tácita de la validez de la ley universal de la causación en aquello que Keynes llamó «la hipótesis inductiva»[41]. Si es verdad, como creo que lo es, que no es posible realizar ninguna investigación

---

[38] Cfr. David Hume, op. cit., S. 94. Versión castellana, pág. 199.

[39] Cfr. Georg Henrik von Wright, *The logical problem of induction*, Oxford: Basil Blackwell, 1957, pág. 178.

[40] Ibídem, pág. 182.

[41] Cfr. L. Susan Stebbing, *A modern introduction to logic*, New York/Evanston: Harper Terchbook, 1961, pág. 418.

empírica sin aceptar alguna hipótesis, también podemos concluir que cuando nos referimos al comportamiento humano y formulamos reglas para su ordenación, partimos de la hipótesis de la relación causal entre nuestros actos y determinados estados de cosas. Y esta hipótesis funciona con notorio éxito como lo demuestra, por ejemplo, la vigencia de los ordenamientos jurídicos, que prescriben la realización estados de cosas como consecuencia de la acción humana. Por ello, una forma plausible de análisis de estos ordenamientos es interpretarlos como sistemas de reglas técnicas, basadas justamente en relaciones causales.

Esto también lo sabe quien sustenta el escepticismo teórico; en la vida práctica deja en suspenso sus creencias de inseguridad radical, acepta sin cuestionar la relación entre beber agua y saciar la sed y formula juicios de aprobación o de condena con respecto a estados de cosas que vincula con el comportamiento propio o de los demás. La negación total de relaciones causales entre los actos que un agente realiza voluntariamente y la producción del estado de cosas querido por el propio agente es, por cierto, empíricamente posible y tan lo es que suele ser considerada como una prueba fuerte de demencia. Pero, como los ERs que aquí nos interesan no son los demenciales y, por lo general, las personas sedientas no actúan frente a dos vasos de agua como el asno (o el perro, si se prefiere la versión de los escolásticos medievales), de Buridán sino que se beben uno de los vasos (o ambos), podemos dejar de lado esta posibilidad y aceptar la hipótesis de la conexión causal en la formulación de los ERs.

18. El segundo de los dos pilares de los ER, es decir, el presupuesto de la voluntariedad de las acciones puede ser heredado por dos tipos de argumentos: el de la suerte y el del determinismo. Trataré el argumento de la suerte en este punto y el del determinismo en el siguiente.

La apelación a la suerte es un recurso útil para dar cuenta de eventos humanos que parecen no tener una explicación obvia. Toda formulación del tipo «A tuvo mala/buena suerte» se basa en una renuncia a buscar una explicación racional del evento en cuestión. No se niega la relación causal entre los movimientos corporales de A y el estado de cosas producido sino que las consecuencias de estos movimientos estuvieran bajo su control[42]. La suerte vuelve involuntaria la acción u omisión que provocó el estado de cosas que da origen a un ER. El actor dejaría de ser autor en el sentido hobbesiano de esta distinción, es decir, no cabría formular un ER tipo.

Conviene analizar más de cerca el argumento de la suerte. Una formulación radical estándar es la presentada por Michael J. Zimmerman:

«(1) La suerte es un elemento en el acaecimiento de todo evento.

[42] Porque, o bien los movimientos corporales mismos fueron involuntarios, o las consecuencias de estos movimientos dependieron de otros factores no controlables por A.

(2) Si esto es así, entonces ningún evento está bajo el control de nadie.
(3) Si esto es así entonces nadie es libre con respecto a ningún evento»[43].

A diferencia del caso de las excusas, que en los ERs tipo se refieren siempre a una situación particular, el argumento de la suerte, en su versión radical, sostiene que en la producción humana de todo estado de cosas está presente el factor suerte y que, por lo tanto, todo ER tipo (condenatorio o laudatorio) carecería de sentido ya que sería arbitrario o gratuito. Podría hablarse, cuando más, de responsabilidad vicaria y como ésta no tiene relevancia para la evaluación moral del actor, no existiría ningún ER moral tipo.

Frente a esta conclusión, si se quiere conservar el ER, podría recurrirse al siguiente y bien conocido contraargumento de Kant quien no atribuyó a la suerte ninguna relevancia para la formulación de ERs:

> «Ni en el mundo ni fuera de él, es posible pensar nada que pueda ser considerado como bueno sin restricción a no ser tan sólo una buena voluntad (...)
>
> La buena voluntad no es buena por lo que produce o realiza, no es buena por su adecuación para lograr algún fin que nos hayamos propuesto sino que es buena sólo por el querer, es decir, es buena en sí misma. Considerada por sí misma, es, sin comparación, muchísimo más valiosa que todo lo que por medio de ella pudiéramos verificar en provecho o gracia de alguna inclinación y, si se quiere, de la suma de todas las inclinaciones. Aún cuando, por particulares enconos del azar o por la mezquindad de una naturaleza madrastra, le faltase por completo a esa voluntad la facultad de sacar adelante su propósito; si, a pesar de sus mayores esfuerzos, no pudiera llevar a cabo nada y sólo quedase la buena voluntad -no desde luego como un mero deseo, sino como el acopio de todos los medios que están en nuestro poder- sería esa buena voluntad como una joya brillante por sí misma, como algo que en sí mismo posee su pleno valor»[44].

Antes de tomar partido por alguna de estas dos posiciones, conviene quizás detenerse a considerar que quiere decir que se carece de una «explicación obvia». Por lo pronto, lo «obvio» está conceptualmente vinculado con el nivel de conocimiento de la sociedad en la que se formula un ER y con el conjunto de creencias y expectativas de aquélla. Valen aquí las consideraciones de Alf Ross expuestas en el punto 14.

En los ERs tipo, como se ha visto, el estado de cosas relevante es aquél que puede serle imputado a la persona destinataria del ER por considerarse que el estado de cosas es la consecuencia previsible de actos decididos libremente (voluntarios). George Sher ha propuesto la expresión «versión de la consecuencia esperada» para designar este enfoque[45].

Dado que la «versión de la consecuencia esperada» se basa en la previsibilidad de las consecuencias de los actos humanos, no cuesta mucho aceptar que la formulación de un ER tipo presupone un conocimiento de las relaciones

---

43

44 Vgl Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Hamburg: Felix Meiner, 1957, págs. 10 s. Edición castellana de Francisco Larroyo, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, México: Porrua, 1983, págs. 21 s.

45 Cfr. George Sher, *Desert*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press 1987, pág. 40.

causales. En este sentido, el ER tiene una vertiente epistémica. En la medida en que este «conocimiento» no responde a criterios verificables empíricamente, es claro que se abren de par en par las puertas a la suerte y al milagro. Desde luego, existe una diferencia importante entre la suerte y el milagro: decimos que alguien tuvo buena (o mala) suerte cuando pudo (o no pudo) lograr un estado de cosas posibles y poco (o muy) probable; cuando decimos que se produjo un milagro, afirmamos que el hecho en cuestión constituye una violación de las leyes naturales y en ese sentido no era humanamente posible sino que sólo es explicable a través de la intervención de un poder sobrenatural. Pero, en ambos casos, la formulación de un enunciado de suerte o de milagro contiene una referencia al nivel de conocimientos y creencias de la sociedad o la persona que lo formula. Por ello, una buena forma de averiguar el nivel de conocimientos científicos de una sociedad es tomar en cuenta el número y tipo de actos de magia o de «milagros» aceptados en ella. Las dudas de Hume sobre la verosimilitud del Pentateuco se basan justamente en la pobreza epistémica de ese libro:

> «Aquí, pues, tenemos primero que considerar un libro que nos es presentado por un pueblo bárbaro e ignorante, escrito en una época en la que era más bárbaro (...) Leyendo este libro lo encontramos lleno de prodigios y milagros. Nos ofrece una versión de un estado del mundo y de la naturaleza humana totalmente distintos a los de la actualidad»[46].

También Antonio de Saavedra daba implícitamente cuenta del nivel de conocimientos de una sociedad cuando, en 1591, comentaba el caso de la bruja mexicana Tlantepuzylama quien, para pronosticar el futuro, recurría al siguiente método:

> «preparaba un ungüento que entre otras cosas contenía: uñas de zurdo, caspa de una mujer tísica y lágrimas de una mujer con suegra; una vez que se aplicaba el ungüento (...) ordenaba al Diablo que le revelara el futuro»[47].

En el mundo cristiano existe un universo multitudinario de santos milagreros capaces de modificar el curso «natural» de los acontecimientos y crear expectativas irracionales. Así, de Gregorio Taumaturgo (213-270), obispo de Ponto, se cuenta:

> «Con la señal de la Cruz curaba todo tipo de quebrantos, alejaba las tormentas y detenía los terremotos y los ejércitos enemigos (...) de la veracidad (de los milagros) dan testimonio san Basilio y san Gregorio de Nisa»[48].

---

[46] Cfr. David Hume, *Enriquiries concerning the human understanding and concerning the principles of morals*, Oxford: Clarendon Press, 1961, pág. 130.

[47] Cfr. Dolores Aramoni Calderón, *Los refugios de lo sagrado. Religiosidad, conflicto y resistencia entre los zoques de Chiapas*, México: Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, 1992, pág. 335.

[48] Cfr. Albert Christian Sellner, *Immerwährender Heiligenkalender*, Francfort del meno: Eichborn, 1993, pág. 386.

En sociedades donde el mito y/o la religión juegan un papel decisivo para la interpretación de los acontecimientos, el destino o la suerte condicionan, pues, el alcance de los ER.

Allí donde impera la creencia en el poder adivinatorio de los ungüentos de Tlantepuzylama o se confía en la intervención de Gregorio Taumaturgo para falsear el anuncio meteorológico de un tifón en el Caribe, podría formularse un ER condenatorio contra el capitán que no haya consultado alguna sucesora de Tlantepuzylama o invocado a Gregorio con suficiente convicción y haya perdido su barco a causa de un huracán. Pero, ¿qué pasa si el capitán afirma que tenía la intención de salvar su barco y que, por ello, consultó a la bruja e invocó al santo? La única explicación que cabe entonces es que tuvo mala suerte ya que había tomado todos los recaudos del caso y, citando a Kant, podría también decirse que no cabe formular un ER contra el capitán ya que su intención había sido buena y había recurrido a todos los medios que estaban en su poder.

La historia de la evolución de los ERs tipo condenatorios formulados a lo largo del tiempo es un buen testimonio del esfuerzo por ir sustituyendo las apelaciones al destino por explicaciones racionales de la conducta humana. Existe aquí una relación inversa entre conocimiento y suerte: cuando mayor es el conocimiento de las relaciones causales menor es el papel que juega la suerte o el destino en la explicación de los hechos humanos. El conocimiento, en este sentido, puede aumentar el campo de la actuación responsable ya que reduce en muchos casos el ámbito de lo imposible o de lo incontrolable. Por ello, tal vez tenga algo de razón Hegel cuando afirma:

> «La reflexión filosófica no tiene otro propósito que eliminar lo causal. La casualidad es lo mismo que la necesidad externa, es decir, una necesidad que se remonta a causas que son sólo circunstancias externas»[49].

Lo hasta aquí dicho se refiere a la posibilidad de controlar el curso causal de los acontecimientos y está vinculado con el problema de lo que Daniel Statman ha llamado suerte causal[50]. La suerte causal estaría referida a lo que también podría llamarse, siguiendo una propuesta de Odo Marquard[51], lo «casual discrecional», es decir, aquello que podría ser de otra manera y que está en nuestras manos producir o evitar. Pero, el ámbito de lo casual discrecional no se agota en la dimensión epistémica a la que me he referido sino que tiene también una dimensión ético-social que deseo considerar brevemente.

En el diseño de una sociedad justa, no pocos esfuerzos deben ser destinados a la eliminación de aquellas condiciones de vida que colocan a las

---

[49] Cfr. G. W. F. Hegel, *Die Vernunft in der Geschichte*, edición a cargo de Johannes Hoffmeister, Hamburgo: Felix Meiner, 1955, pág. 29.

[50] Cfr. Daniel Statman (ed.), *Moral Luck*, Albany, N. Y.: State University of New York Press, 1993, pág. 11.

[51] Cfr. Odo Marquard, «Apologie des Zufälligen» en del mismo autor, *Apologie des Zufälligen*, Stuttgart: Reclam, 1986, págs. 117-139, aquí pág. 128.

personas frente a problemas o situaciones que escapan su control. Se trata de aquello que Thomas Nagel llama la «suerte con respecto a las propias circunstancias»[52]. Sociedades en las que nacer negro/indio o blanco/mestizo, pobre o rico, hombre o mujer, es una señal de «mala o buena suerte» no pueden ser calificadas de justas. En tales casos, no pocos ERs condenatorios tipo formulados indiscriminadamente pueden arrastrar consigo una buena dosis de injusticia. Quizás convenga recordar aquí, los efectos distorsionantes que la aplicación del principio de la igualdad ante la ley puede tener en sociedades signadas por fuertes diferencias sociales. Hace unos años, Hans-Jürgen Brandt analizó empíricamente este tipo de situaciones recurriendo al ejemplo del Perú y llegó a la siguiente conclusión:

> «Si bien en abstracto esta disposición (la igualdad ante la ley) garantizaría un trato no discriminatorio y, por lo tanto, un beneficio, en la práctica, al establecerse una igualdad de derechos y obligaciones a grupos sociales, económica y culturalmente disímiles, lo que se logra es acentuar las desigualdades»[53].

ERs condenatorios basados en la violación de alguna de estas obligaciones por parte de quien tuvo la «mala suerte circunstancial» de nacer indio (y en el Perú ser indio sigue siendo una de las formas de la mala suerte circunstancial) son claramente injustos. Por ello, las medidas antidiscriminatorias y de especial apoyo a los no privilegiados por razones que escapan a su control son elementos esenciales de toda legislación que pretenda ser justa. En este sentido, la aplicación generalizada de ERs condenatorios o laudatorios tipo presupone, desde el punto de vista moral, la existencia de una sociedad que sitúa a todos sus miembros en una posición de igualdad con respecto a la respectiva «suerte circunstancial». Ello depende, por cierto, de la cultura moral de una sociedad y de las posibilidades que ella otorgue a los peor situados.

El propio Kant, tan celoso defensor de la teoría retibucionista de la pena, contemplaba como excepciones el caso del infanticidio por parte de una madre soltera y del duelo entre «comilitones» por considerar que era justamente el concepto del honor de una sociedad «bárbara y rudimentaria» lo que motivaba estos crímenes, «de forma tal que la justicia pública del Estado se convierte en una injusticia dada la (concepción de justicia) del pueblo»[54].

---

[52] Cfr. Thomas Nagel, «Moral Luck» en Daniel Statman, op. cit., págs. 57-71, aquí pág. 60.

[53] Han-Jürgen Brandt, *Justicia popular-Nativos y Campesinos*, Lima: Fundación Friedrich Naumann, 1986, S. 169. Ya John Stuart Mill había señalado claramente que la proclamación de la igualdad jurídico-formal podía ir acompañada del deseo de conservar la desigualdad material: «La justicia de ofrecer igual protección a los derechos de todos es sostenida por quienes defienden la más escandalosa desigualdad de los derechos mismos». (Cfr. John Stuart Mill, *On Liberty and Utilitarianism*, Londres: Savid Campbell, 1992, pág. 154).

[54] Cfr. Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, edición a cargo de Karlo Vorländer, Hamburg: Felix Meiner, 1954, pág. 165. Versión castellana de Adela Cortina y Jesús Conill Sancho, *La metafísica de las costumbres*, Madrid: Tecnos, 1989, pág. 173. La formulación presentada en el texto difiere de la mencionada traducción.

Y por su parte John Stuart Mill, quien con su concepción del principio de daño ofreció buenos argumentos para ERs condenatorios, subrayaba la importancia del papel del Estado para evitar que la procreación en condiciones de miseria se convirtiera en un crimen. Porque, si se acepta que, como decía Mill,

> «(e)l hecho mismo de causar la existencia de un nuevo ser humano es una de las acciones más responsables en el ámbito de las acciones humanas»,

puede también aceptarse que

> «(a)sumir esta responsabilidad -otorgar una vida que puede ser una maldición o una bendición- a menos que el ser a quien se le otorga tenga las oportunidades normales de una existencia deseable, es un crimen en contra de ese ser»[55].

Son estas «oportunidades normales» las que deben ser posibilitadas por una legislación justa.

Si en el nivel epistémico el mayor conocimiento de las relaciones causales contribuía a reducir el alcance de la suerte, también desde el punto de vista moral, una mayor vigencia de disposiciones justas procura eliminar la influencia de la buena o mala suerte circunstancial. En ambos casos, el ER adquiere un fundamento racional más firme. Como el ámbito de los acontecimientos controlables se vuelve mayor, se reduce el alcance de la premisa (2) de la versión radical de la influencia de la suerte presentada en el esquema propuesto por Zimmerman y habría que negar la conclusión (3).

En última instancia, queda abierta la cuestión de saber hasta qué punto puede ampliarse el campo de la libertad. Aquí nos encontramos con un límite humanamente infranqueable: el de aquellas cosas que no pueden ser cambiadas ni por mayor conocimiento ni por legislaciones justas. Es el límite de lo que Marquard llama la «casualidad del destino»[56]. El hecho de haber nacido o de tener que envejecer y morir son elementos del destino humano inmodificables que escapan a todo control y excluyen radicalmente la posibilidad de formular ERs. Como decía Ramón Gómez de la Serna en una de sus greguerías, «me nacieron». La casualidad del destino es lo que nos pasa y no lo que hacemos. El programa hegeliano de eliminar lo casual se vuelve una tarea de realización imposible en el caso de la casualidad del destino.

¿Quiere decir esto que si se rechaza la versión radical de la influencia de la suerte hay que abrazar sin más la concepción kantiana del valor incondicionado y exclusivo de la buena voluntad?

Por lo pronto, con respecto a los casos de responsabilidad vicaria, es obvio que el aducir buena voluntad no basta para rechazar un ER. Todo sistema jurídico incluye casos en los que se confiere importancia central al estado de cosas creado por un acto humano y en el que la voluntad o la intención

---

[55] Cfr. John Stuart Mill, On Liberty, New York: Bobbs-Merrill, 1956, pág. 132.

[56] Cfr. Odo Marquard, loc. cit.

del agente o bien no juega papel alguno o sólo es tomada en cuenta para graduar la responsabilidad.

Algo similar ocurre con acciones individuales enmarcadas dentro de un complejo tal de circunstancias que su control total se vuelve imposible. Tal suele ser el caso de decisiones con efectos a largo plazo. Puede pensarse en el conocido ejemplo de Gauguin y su decisión de abandonar su familia para poder realizarse como pintor, presentado por Bernard Williams[57]. El juicio acerca de si éste fue un acto «irresponsable» puede estar condicionado por el éxito o el fracaso de la empresa. Lo mismo pasa con los ERs condenatorios o laudatorios que los historiadores pronuncian sobre decisiones de hombres de Estado. Casi todas ellas están vinculadas no sólo con las cosas que les pueden suceder a las personas que toman una decisión sino también con las que les suceden a los demás agentes intervinientes. Como observa Nagel, si a Hitler le hubiera dado un ataque de corazón después de la reunión de Munich, posiblemente Chamberlain hubiera pasado a la historia como un visionario. Una tendencia similar es la que Jorge Ibargüengoitia comprueba en algunas versiones escolares de la historia mexicana: «Se quedó esperando al general M. que había prometido reforzarlo con cuatro mil de a caballo...», «Se dirigió a la Guarnición de la Plaza con objeto de pedirle al comandante protección de su vida, pero no pudo hallarlo...» La conclusión es que la historia de México sería una historia triste, una historia con mala suerte, en la que los acontecimientos son sólo eventos que le suceden a los protagonistas[58].

Querer algo cuya realización depende de los actos y las reacciones y de las cosas que les suceden a los demás equivale a tomar decisiones cuyo margen de incertidumbre es tan amplio que el control de las consecuencias se vuelve imposible y la decisión en muchos casos, insensata. Como es sabido, este es uno de los argumentos que el propio Kant formulaba a propósito del peligro de las revoluciones cruentas; con buenas razones, David Hume advertía frente a la «vehemencia imprudente» que habría provocado más de la mitad de las guerras con Francia[59].

Esta «vehemencia imprudente», impulsada por la obstinación y la pasión, suele también estar presente en decisiones humanas cuyo fracaso solemos atribuir a la mala suerte. Cuando más modestos somos en nuestras aspiraciones, tanto más inmunes nos volvemos a la suerte. Quien con respecto a sus planes de vida asuma la posición de Sancho Panza: «en cueros nací, en cueros estoy, ni gano ni pierdo» difícilmente podrá atribuir a la suerte

[57] Cfr. Bernard Williams, «Moral Luck» en Daniel Statman (ed.), op. cit., págs. 35-55.

[58] Cfr. Jorge Ibargüengoitia, «Las lecciones de la historia patria» en del mismo autor, *Instrucciones para vivir en México*, México: Joaquín Mortiz, 1991, págs. 19-21.

[59] Cfr. David Hume, «Of the balance of power» en del mismo autor, *Political Essays*, editado por Knud Haakonssen, Cambridge: Cambridge University Press, 1994, págs. 154-160, aquí pág. 159.

el resultado de su vida, ya que una posición tal excluye *ab initio* todo posible fracaso o éxito. Pero como el sanchopancismo suele no ser una filosofía ampliamente compartida sino que las personas tienden a modificar la situación en que viven tomando decisiones en condiciones de incertidumbre, la intención con la que se realizan los actos es un buen punto de partida para la formulación de un ER tipo, sin que ello implique descartar totalmente el factor suerte.

Con respecto a este último, como hemos visto, conviene no olvidar dos tipos de consideraciones: epistémicas y morales. A nivel espistémico, el recurso a la suerte puede estar motivado por la ignorancia; a nivel moral, la aplicación generalizada de ERs exige, por lo pronto, el establecimiento de condiciones de igualdad real que excluyan todo tipo de discriminación. Como posiblemente ni el conocimiento total de todas las relaciones causales ni la igualdad absoluta de las circunstancias en las que las personas actúan son ideales alcanzables, la suerte seguirá jugando un papel no despreciable en la interpretación y evaluación de las decisiones humanas.

19. Veamos ahora la segunda objeción contra la presunción de la posibilidad de la acción humana voluntaria. El problema del determinismo ha sido objeto de permanente reflexión filosófica. Es bien conocida la polémica entre compatibilistas e incompatibilistas. Baste aquí recordar los trabajos de Harry Frankfurt sobre el «principio de posibilidades alternativas» («Principle of Alternate Possibilities») y los argumentos de Peter van Inwagen vinculados con el «principio de acción posible» («Principle of Possible Action»)[60]. No he de entrar ahora en esta discusión. Quiero, en cambio, detenerme brevemente en una propuesta de Peter Strawson que me sigue pareciendo sugestiva, no obstante las críticas de que ha sido objeto[61].

La idea central de Strawson[62] está vinculada con la distinción entre lo que llama *actitudes participativas* y *actitudes objectivas*.

Las primeras son

> «reacciones humanas esencialmente naturales frente a la buena o mala voluntad o indiferencia de los demás con respecto a nosotros, manifestada en sus actitudes o acciones»[63].

[60] Cfr. Harry Frankfurt, «What we are morally responsible for» en John Martin Fischer y Mark Ravizza (eds.), Perspectives on moral responsability Ithaca/Londres: Cornell University Press, 1993, págs. 286-295, donde discute el trabajo de Peter van Inwagen, «Ability and Responsibility», en *Philosophical Review* LXXXVII: 2 (Abril 1878), págs. 201-224.

[61] Cfr., por ejemplo, Paul Russell, «Strawson's Way of Naturalizing Responsibility» en *Ethics*, Vol. 102, enero 1992, n.º 2, pág. 287-302 y R. Jay Wallace, *Responsibility and the Moral Sentiments*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1994, con abundante información bibliográfica en pág. 10, nota 15.

[62] Cfr. Peter Strawson, «Freedom and Resentment» en *Freedom and Resentment and other Essays*, London: Methuen & Co. Ltd 1974, págs. 1-25, aquí pág 9.

[63] Ibídem, pág. 10.

En nuestras relaciones con los demás no podemos dejar de sentirnos complacidos cuando alguien es cordial y amable con nosotros o de sentir agradecimiento cuando se nos ha hecho un favor o de reprochar los comportamientos que nos parecen criticables de acuerdo con nuestras pautas de conducta:

> «Esta (actitud participativa) es parte de la estructura de la vida humana; no es algo que puede ser sometido a revisión de vez en cuando, cuando se revisan casos particulares dentro de esta estructura general»[64].

No deja de ser interesante recordar que este énfasis en el carácter natural e insuperable de las actitudes participativas es también compartido por pensadores que provienen de una tradición filosófica diferente, como Alf Ross:

> «Imaginemos por un momento, si ello es posible, un ser semejante a un ser humano dotado de inteligencia, pero sin sentimientos ni pasiones de ningún tipo, sin ninguna forma de impulso, afán, amor, odio, etc. Tal ser miraría con absoluta apatía su circunstancia y sería alimentado en forma artificial. En razón de su inteligencia podría aprehender y comprender la realidad. Pero aún cuando imaginemos a este ser dotado del más amplio conocimiento de hechos, de la más profunda captación de las leyes y correlaciones de la existencia, ninguna cantidad de conocimiento sería capaz de ponerlo en actividad. Todo conocimiento carece de interés práctico para una persona que no está interesada en nada. (...) Este experimento sirve para ilustrar la absoluta diferencia que existe entre los actos de aprehensión de la conciencia (...) y aquellos que constituyen una actitud. Los últimos están caracterizados por su polaridad que se evidencia en palabras tales como atracción-repulsión, amor-odio, aprobación-desaprobación, deseo-aversión»[65].

Para el tema que aquí nos interesa, podría decirse que los ER condenatorios o laudatorios pueden ser entendidos como expresión de actitudes participativas.

Muy diferente, en cambio, es el caso de las actitudes objetivas:

> «Adoptar la actitud objetiva con respecto a otro ser humano es verlo, quizás, como un objeto de política social; como destinatario de aquello que, en un sentido amplio, puede ser llamado tratamiento (...) Si vuestra actitud con respecto a alguien es totalmente objetiva, entonces podéis hablar o hasta negociar con él, no podréis razonar con él. Cuanto más podréis pretender reunirlo o razonar con él»[66].

Las actitudes objetivas son intermitentes y puntuales; tienen un carácter excepcional, justificable sólo en virtud de la peculiaridad de una situación concreta. Quien adopta una actitud objetiva renuncia a la posibilidad de formular ERs.

---

[64] Ibídem, pág. 13.

[65] Cfr. Alf Ross, *On Law and Justice*, cit., pág. 298 s. Versión castellana, págs. 290 s.

[66] Cfr. Peter Strawson, op. cit. pág. 9.

Quien pretendiese actuar en todo momento de acuerdo con la tesis del determinismo tendría que poder dejar de lado sus actitudes participativas y guiarse en sus relaciones con los demás por pautas de distanciamiento objetivo. Pero, según Strawson, esta actitud es inconcebible, aún cuando hubiera una verdad teórica que la apoyase. Ello es así por una doble razón:

> «La primera es que, tal como somos, no podemos seriamente pensamos a nosotros mismos adoptando todo el tiempo actitudes objetivas con respecto a los demás como resultado de la convicción teórica de la verdad del determinismo; y la segunda es que cuando de hecho adoptamos tal actitud en un caso particular, no lo hacemos como consecuencia de una convicción teórica que podría ser expresada como "el determinismo es verdadero" sino como una consecuencia de haber abandonado, por diferentes razones en casos diferentes, las actitudes interpersonales normales»[67].

Dicho con otras palabras: dado que no podemos prescindir de nuestro talante, que nos lleva ineludiblemente a adoptar actitudes participativas, si se quiere hablar de determinismo éste se manifestaría justamente en nuestra imposibilidad práctica de dejar de formular ERs. Los ERs serían, en este sentido, por un lado, inmunes al determinismo (para que no lo fueran deberíamos poder siempre asumir actitudes objetivas) y, por otro, podrían ser considerados como una especie de reacción inescapable, es decir, impuesta deterministamente. Desde este último punto de vista, los ERs no serían inmunes al determinismo sino que serían justamente su expresión más cabal.

20. Llegados a este punto, tal vez no sea muy aventurado afirmar que los ERs requieren una doble presunción: la de la causalidad y la del indeterminismo. Estas presunciones tenemos que aceptarlas dadas nuestras estructuras mentales por una parte, y el papel que juegan en nuestras conductas los sentimientos morales, por otra. Posiblemente esta sea una actitud pragmática. Pero es una actitud pragmática fundamental para podemos conducir en sociedad siguiendo reglas cuya violación va acompañada de sanción. El pesimista total frente a la inducción, si es coherente, no podría realizar movimiento alguno: no hay nada que pueda garantizarle que detrás del dintel de la puerta de su casa no se encuentra el abismo. El pesimista determinista tendrá que negar la posibilidad de justificar reglas de conducta respaldadas por sanciones. En esto se parece al anarquista sólo que este último lo hace por privilegiar radicalmente la autonomía y la libertad personales; el determinista, en cambio, por negar radicalmente la posibilidad de la libertad.

Si como decía Hobbes deliberamos porque no tenemos «conocimientos exactos y suficientes», tal vez podamos también decir que formulamos ERs justamente porque no tenemos conocimientos exactos y suficientes acerca de la verdad o falsedad del determinismo o del indeterminismo. Actuamos sobre un trasfondo de ignorancia e impulsados, a la vez, por un afán de reducirla. En la medida en que tenemos éxito en esta empresa podemos también

[67] Ibídem, pág. 12 s.

reducir el ámbito de validez de los ERs y volver más «objetivas» nuestras actitudes. Ello puede tener las ventajas (y también las desventajas) a las que me he referido más arriba. Pero, la eliminación total de la ignorancia nos convertiría en seres omnisapientes. En este caso, sí se acepta el conocido aformismo de Wingenstein:

> «(l)a libertad de la voluntad consiste en que no podemos conocer ahora las acciones futuras»[68].

podría concluirse que el precio de la omnisapiencia sería la pérdida de la condición humana en su versión más digna: la de la libertad. Hasta qué punto sería entonces razonable perseguir el ideal de la omnisapiencia es algo más que dudoso.

Pero, quizás no sea necesario aceptar sin más que la omnisapiencia implique la pérdida de la libertad. Eugenio Bulygin, en un magnífico ensayo sobre omnisapiencia y libertad, ha señalado que ello sólo valdría para el caso en que el determinismo fuera verdadero, es decir, que no hubiese futuros contingentes. Si se admite la existencia de futuros contingentes y la temporalidad de las acciones humanas, la omnisapiencia es compatible con la libertad. El ejemplo paradigmático es el caso de la omnisapiencia de Dios:

> «si la omnisciencia de Dios consiste en que Dios conoce todas las proposiciones verdaderas, no se ve de qué manera puede inferirse que Dios no es omnisciente del hecho de que no conoce las proposiciones que no son verdaderas. (Dado que) las proposiciones acerca de futuros contingentes no son ni verdaderas ni falsas, de donde se sigue que no son verdaderas, resulta evidente que no pueden ser conocidas por Dios»[69].

Y aún cuando se supusiese que el determinismo es verdadero tal vez no valga mucho la pena afligirnos por la posible pérdida de la libertad que implicaría un conocimiento perfecto de todas las relaciones causales. Hasta alguien tan convencido de las posibilidades del progreso de la ciencia, como Condorcet, afirmaba:

> «Nadie ha pensado jamás que el espíritu pueda agotar todos los hechos de la naturaleza y los últimos medios de precisión en la medida, en el análisis de estos hechos, y las relaciones de los objetos entre sí, y todas las combinaciones posibles de las ideas. Ya las relaciones entre las magnitudes, las combinaciones de esta sola idea, la cantidad o la extensión, constituyen un sistema demasiado inmenso como para que jamás el espíritu humano pueda abarcarlo en su totalidad y una parte de este sistema, siempre más vasta que aquélla en la que ya ha penetrado, le quedará siempre desconocida»[70].

---

[68] Ludwig Wittgenstein, *Tractatus* 5.1362.

[69] Cfr. Eugenio Bulygin, «Omnipotencia, ominisciencia y libertad» en Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 545-559, aquí pág. 556.

[70] Cfr. Condorcet, *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain* (1794), edición a cargo de Wilhelm Alff, Francfort del Meno: Europäische Verlagsanstalt, 1963, pág. 366.

Desde otra perspectiva, con argumentos más fuertes por provenir de la lógica, Georg Henrik von Wright ha sostenido:

> «Cada vez que se socaba una certeza epistémica, se reduce el margen de lo que consideramos que es ónticamente contingente. Pero el propio proceso de socavar requiere que ha quedado algún margen. Y esto significa que el determinismo *puede* llegar a valer sólo para *fragmentos* del mundo. Forma parte de la lógica de las cosas que la validez de la tesis determinista para la totalidad del mundo *tiene* que seguir siendo una cuestión *abierta*»[71].

Tanto en la versión de Condorcet como en la de von Wright queda un margen de incertidumbre o de contigencia humanamente insuperable. En este sentido, la libertad humana sería, en última instancia, inmune al aumento del conocimiento.

Teniendo todo esto presente, podemos dejar a Dios afianzado en su omnisciencia inmune al desconocimiento de los hechos futuros contingentes y aceptar que para poder entendernos como seres capaces de realizar acciones en el tiempo e introducir causalmente cambios en el mundo, es decir, mientras seamos como somos y en la medida en que, siguiendo a Feijoo, no aceptemos que «rige el cielo con dominio despótico nuestras acciones» y no queramos admitir «aquella admirable evasión de putanero» y «echar la culpa de nuestro carácter cabrón a una estrella», a la que se refería Shakespeare, no dejaremos de formular ERs.

[71] Cfr. Georg Henrik von Wright, *Causality and Determinism*, New York/London: Columbia University Press, 1974, 135 s.

EL IMPERIO DE LA LEY Y LA CRISIS DE LA LEY

1. Introducción[1]

El imperio de la ley va indisolublemente unido, en la concepción de Elías Díaz (1966), a una determinada idea de ley: la ley como expresión de la voluntad general. Esta no es otra que la concepción liberal ilustrada de la ley tal y como la recibimos de Locke, Rousseau y Kant, En el *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* John Locke decía:

> «Ningún edicto u ordenanza, sea de quien sea, esté redactado en la forma que lo esté y cualquiera que sea el poder que lo respalde, tienen la fuerza y el apremio de una ley, si no ha sido aprobada por el poder legislativo elegido y nombrado por el pueblo. Porque, sin esta aprobación, la ley no podría tener la condición absolutamente indispensable para que lo sea, a saber, el consenso de la sociedad, puesto que nadie existe por encima de ella con poder para hacer leyes, sino mediante su consentimiento y con la autoridad que esa sociedad le ha otorgado...» (Locke 1690, Capítulo XI, § 134).

Sabido es que, para Locke, este poder legislativo era supremo pero limitado, limitado tanto en su contenido (pues los hombres no podrían delegar en el legislativo aquellos poderes que ellos mismos no poseían en el estado de naturaleza) como en su forma (pues había de ser ejercido mediante leyes fijas y promulgadas), y era asimismo condicionado e indelegable.[2]

Más complicada es la concepción de la ley de Juan Jacobo Rousseau en cuanto «voluntad general» -general tanto por el sujeto como por el objeto[3]- de la que nos ha quedado, sin embargo, la convicción generalizada de que la ley es expresión de la «voluntad general» o, lo que es lo mismo, la forma en que se manifiesta la soberanía que es «el ejercicio de la voluntad general» (Rousseau 1762, Libro Segundo, Capítulo l); concepción ésta, por otra

[1] Este trabajo forma parte de un Proyecto de Investigación financiado por la DGICYT (nº PB94-0193).

[2] Vid. Locke 1690, Capítulo XI, § 135 al 142.

[3] Vid. J. J. Rousseau 1762, Libro Segundo, Capítulo VI.

parte, que permanece en Kant cuando atribuye el poder legislativo a la «voluntad unida del pueblo», la cual constituye al mismo tiempo el poder soberano hasta el punto de que «la soberanía se halla en las leyes» (González Vicén 1984, p. 51).

Esta era también la concepción generalmente aceptada en el pensamiento jurídico contemporáneo[4]. La cuestión que quiero suscitar se refiere a lo que algunos han llamado «la crisis actual de la ley», es decir de este preciso concepto de ley que, en efecto, parece estar puesto en cuestión por una serie de dinámicas tanto teóricas como prácticas que aparentemente tienden a socavar esta idea: la de que la ley es la expresión de la voluntad general y por ello, y sólo por ello, la expresión normativa suprema.

Antes de entrar en el análisis de esas dinámicas conviene repasar las consecuencias implícitas en esta concepción del imperio de la ley que, en palabras de Elías Díaz, constituye «la nota primaria y fundamental del Estado de Derecho» (Díaz 1966, p. 30). Cuando hablamos de «imperio de la ley» en este sentido nos referimos a un determinado valor o a su exigibilidad ética, nos situamos -como recientemente ha señalado Laporta- en un «universo ético» y formulamos «un complejo imperativo moral dirigido al sistema jurídico» (Laporta 1994, p. 134) cuyo fundamento último es el principio de la autonomía de la persona (ibíd., pp. 135-136) que deriva de la necesidad de asegurar la autonomía del sujeto individual en situaciones de dependencia estratégica, es decir de situaciones en que la autonomía de cada uno tiene que coexistir con la autonomía de los demás y -en ausencia de leyes- podría resultar limitadora de o limitada por la autonomía de los otros. Es precisamente ésta la forma en que Kant concebía la manifestación jurídica del imperativo categórico: la ley que hace posible el máximo de libertad de cada uno compatible con la libertad ajena[5].

Esta idea del «imperio de la ley» como exigencia ética admite, sin embargo, dos interpretaciones, una débil y una fuerte. A la primera la denomino «interpretación débil» porque exige menos elementos cualificadores ya que prescinde de cuál sea el origen de la ley, limitando las exigencias del «imperio de la ley» a determinados criterios estructurales en la formulación y aplicación de las normas jurídicas. Esta es -me parece- la tesis que, entre otros, ha mantenido recientemente Francisco Laporta (ibíd., passim)[6] al calificar

[4] Por todos, A. Pizzorusso, 1984, II, p. 231: «En el Estado liberal parlamentario, la ley del Parlamento (o «ley formal») constituía la expresión máxima de la voluntad del Estado, en cuanto manifestación que era de los representantes de la nación.»

[5] Una acción es conforme a Derecho cuando, según ella o según su máxima, la libertad del arbitrio de cada uno puede conciliarse con la libertad de todos, según una ley general... La ley jurídica general: obra externamente de tal modo que el libre ejercicio de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley general...», E. Kant 1797 (1978, pp. 80-81).

[6] Me parece que la tesis «débil» está más cercana a la idea clásica del «**rule of law**» tal y como fue formulada por A. V. Dicey en su **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, de 1885.

la posición de Elías Díaz como «amplia y ambiciosa» y proponer, en su lugar, una distinción entre el «imperio de la ley» y el «principio democrático»[7], reduciendo el imperio de la ley a la existencia de un conjunto de normas que cancelen el ámbito de las decisiones arbitrarias, lo que requiere una cierta estructura de esas normas (competencia, generalidad, no retroactividad y publicidad) y un cierto procedimiento institucional de aplicación de ellas (el «due process of law»). Sin negar en absoluto la dimensión ética que esta tesis más débil implica, creo por mi parte que una «interpretación fuerte», como lo es la de Elías Díaz, que introduce en la noción misma de «imperio de la ley» el elemento democrático, resulta necesaria, bajo ese mismo punto de vista ético, para dotar de un fundamento sólido a la pretensión moral de obediencia a la ley (y, en caso contrario, para justificar moralmente su desobediencia). Para ello es necesario que ésta sea expresión de la propia autonomía de los sujetos a los que se aplica y, por ello, legitimada por su aprobación, requisito que sólo puede satisfacerse concibiendo a la ley como expresión mediata o inmediata de la voluntad general. Sea directamente sea a través de la representación la ley aparece entonces como la expresión de la autonomía de un colectivo social que generaliza la autonomía de cada uno de sus componentes mediante el principio de mayorías[8]. La ley puede así, y sólo así, ser concebida como norma suprema en cuanto expresión de la potestad normativa última (la soberanía) que reside en el pueblo y puede entonces esgrimir un fundamento moral a su pretensión de obediencia. Esta «interpretación fuerte» me parece tener bastantes ventajas sobre la otra. En primer lugar porque es este imperativo ético el que ha sido satisfecho en la institucionalización contemporánea del poder legislativo como un poder democrático, es decir un poder que -aun con diversas variantes técnicas- siempre tiene en común, cuando es democrático, el haber sido elegido mediante elecciones libres y periódicas por lo cual detenta por delegación la soberanía misma[9] y expresa, mediante leyes, la voluntad general.

---

[7] Dice Laporta: «Son, creo, los tres ideales que Elías Díaz ha pretendido englobar en uno solo mediante su noción amplia y ambiciosa de «Estado Democrático de Derecho»: imperio de la ley, pero ley entendida como expresión de la voluntad general, es decir, principio democrático, y ley que posibilite el reconocimiento formal y la realización efectiva de los derechos del hombre. *Yo, por el contrario, prefiero proceder a aislar el primero de esos ideales, asumiendo que puede tener vida propia al margen de los otros y reflexionar únicamente sobre él.*» (Laporta 1994, p. 138, subrayado mío).

[8] Precisamente sobre la fundamentación ética de la representación democrática, su relación con el principio de mayorías y la pretensión de obediencia de las reglas sociales así creadas es clarificador el artículo de Laporta (1989) **Sobre la Teoría de la Democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para debate** (en particular, pp. 139-140).

[9] En contra, como es sabido, Rousseau negaba precisamente que la soberanía pueda ser representada. «Digo, pues, que no siendo la soberanía sino el ejercicio de la voluntad general, no puede enajenarse jamás, y el soberano, que no es sino un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo... La soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y ésta no puede ser representada: es ella misma o es otra; no hay término medio.» J. J. Rousseau 1762 (1968, p. 37 y p. 112).

En segundo lugar porque los problemas que todavía están sobre la mesa se refieren a la universalización de la democracia, y ya no están sobre la mesa los problemas de justificar, frente al despotismo, la necesidad de un «orden jurídico» del Estado[10]. La tesis débil parece seguir defendiendo la superioridad moral de la legalidad frente a la arbitrariedad, lo cual no parece estar hoy en cuestión; la tesis fuerte parece seguir defendiendo la superioridad moral de la voluntad general (democracia) frente a cualquier forma de autoritarismo (tiranía u oligarquía), lo que todavía está, desgraciadamente, en cuestión.

Pues bien, esta idea de ley como norma que expresa la voluntad general es la versión clásica que recibimos de las formulaciones de Locke, Rousseau y Kant, y que alcanzó su primera realización en el modelo liberal de Estado, y es además la que aparece recogida en el **Preámbulo** de nuestra Constitución cuyo tercer párrafo señala -acogiendo la interpretación aquí llamada «fuerte»- que la nación española proclama su voluntad de «consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular». Y esta concepción parece implicar que la ley (en este sentido al que jurídicamente se denomina «formal» para distinguirla de otros sentidos del término «ley») goza de los siguientes caracteres: (1) la ley es única y, por ello, toda ley tiene la misma legitimación y la misma fuerza normativa (la denominada «fuerza de ley»); (2) la ley es la potencia normativa originaria, por cuanto es expresión de la voluntad normativa última que reside en los miembros del cuerpo social; (3) la ley es la máxima potencia creadora de Derecho y, por ello, la fuente suprema de creación de normas en un ordenamiento jurídico, a la que se encuentran sometidas cualesquiera otras fuentes como las costumbres, los principios o las decisiones judiciales; (4) la ley es incondicional en cuanto es soberana; su capacidad para regular la vida social y limitar la autonomía individual no está condicionada -como lo están las disposiciones reglamentarias- por su finalidad, porque la ley es autolimitación soberana de la autonomía individual. En resumen, la ley es la fuente única, originaria, suprema y omnipotente de creación del Derecho[11].

---

[10] Locke, como antes Hobbes y después muchos otros, todavía tenía que preocuparse por exigir ese «orden jurídico»: «La autoridad suprema o poder legislativo no puede atribuirse la facultad de gobernar por decretos improvisados o arbitrarios: está, por el contrario, obligada a dispensar la justicia y a señalar los derechos de los súbditos mediante leyes fijas y promulgadas, aplicadas por jueces señalados y conocidos» (Locke 1690, Capítulo XI, & 136).

[11] Vid. E, García de Enterría y T. R. Fernández 1990, I, pp. 135-137, donde se atribuyen a la ley, en cuanto «expresión de la voluntad popular» o «autodisposición de la comunidad sobre sí misma», los caracteres de irresistibilidad y supremacía, y se la define como «la única norma originaria que decide desde sí misma y por sí misma», si bien es cierto que considerando que Constitución y Ley son «dos rangos distintos dentro de la Ley». Vid. También L. M. Díez Picazo 1988, pp. 48-49 sobre los caracteres tradicionales de la ley.

Algunas consecuencias relevantes de esta concepción han sido, en el modelo europeo, el sometimiento jerárquico de todas las demás fuentes y normas del ordenamiento a la ley, sometimiento cuyo control queda cuidadosamente encomendado a los Tribunales «Supremos» mediante el recurso de casación, así como la presunción de validez de las leyes que se manifiesta bien en una ausencia de control alguno de su validez, bien en un control especial y limitado encomendado a los Tribunales «Constitucionales» (en el esquema kelseniano). El modelo norteamericano, sin embargo, introdujo dos variantes que de algún modo suponen un debilitamiento de la supremacía de la ley: por una parte, la sanción presidencial que permite al propio poder ejecutivo (democráticamente legitimado por elección directa) devolver las leyes ya aprobadas por el Parlamento[12] y la «judicial review», a la que más adelante haré referencia.

2. Las crisis de la ley

Conviene señalar aquí que esta concepción de la ley parece seguir predominando tanto en los trabajos de Filosofía y Teoría General del Derecho como en la Filosofía Política, a pesar de que ya hace bastante tiempo que esta concepción dista de dar cuenta adecuadamente de la realidad del ordenamiento jurídico. Este concepto de ley (que se utiliza hoy de forma habitual tanto descriptivamente como normativamente) viene, en efecto, sufriendo hace tiempo los envites de la propia realidad político-jurídica y, más recientemente, también de la teoría, de tal modo que se ha llegado a hablar, con motivos sobrados, de una auténtica «crisis de la ley» (L. Díez Picazo 1985, p. 9). Creo que tales motivos prácticos y teóricos pueden resumirse principalmente en cuatro: (1) la diversificación de la ley y la competencia entre los diversos tipos de leyes; (2) la aparición de normas no legales de carácter paralegal en los procesos de integración regional de los estados; (3) la expansión de la fuerza normativa de las constituciones; y (4) la expansión de la fuerza normativa de los principios.

2.1. Diversificación de las leyes y competencia entre leyes

Hay al menos tres motivos diferentes por los que se ha roto el carácter unitario de la ley, apareciendo en un mismo sistema jurídico diferentes tipos de leyes.

[12] El sistema de sanción presidencial está previsto en la Constitución de los Estados Unidos de América, Artículo I, Sección 7, párrafo 2) y se reproduce en términos similares en otras constituciones del continente. En particular, el Artículo 72, párrafos a), b) y c), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se atribuye al Poder Ejecutivo (residenciado en el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos por el Artículo 80) la facultad de desechar en todo o en parte un proyecto de ley o decreto del Congreso de la Unión, devolviéndolo con observaciones a la cámara de origen. En tal caso el proyecto requiere, para ser aprobado, dos tercios del total de votos en cada cámara.

(1) La primera diversificación de leyes que cabe mencionar es la que se da en los ordenamientos correspondientes a lo que García Maynez llamaba «estados complejos» como lo son los estados federales. Es una diversificación que podemos denominar «horizontal». Obviamente es la diversificación más antigua y, en cierto sentido, menos problemática. Surge aquí una doble legislación: las leyes federales y las leyes estatales. Esta diversificación es hoy expansiva pues los ordenamientos simples (propios de los estados centralizados) se ven sometidos a procesos de descentralización política que suponen la aparición de entidades regionales que, como en España o en Italia, asumen cierto poder legislativo. La cuestión no es en absoluto nueva para el constitucionalismo y cualquier constitucionalista sabe que, generalmente, el conflicto entre leyes federales y leyes estatales (o -en el segundo caso- entre leyes del Estado y leyes autonómicas o regionales) debe plantearse y resolverse como un conflicto de competencia y no de jerarquía, salvando así -siquiera sea en primera instancia- el concepto unitario de ley. Es cierto, ello no obstante, que del criterio de competencia ha podido decirse con humor que es «un moderno talismán, muy empleado por los hombres de leyes para conjurar demonios normativos que escapan a la vieja razón jerárquica» (L. M. Díez Picazo 1989, p. 65). Pero no entraremos ahora en el aspecto técnico de esta cuestión[13], sino que bastará señalar que si los constitucionalistas han podido reinterpretar en función del criterio de competencia las nociones de ley federal y ley estatal, y las relaciones y conflictos entre ellas, ha sido a costa de cerrar los ojos a la noción clásica de «soberanía», mientras que si los filósofos de la política y del Derecho han podido seguir hablando del concepto de soberanía ha sido a costa de cerrar los ojos a esta diversidad de leyes y de legisladores. Porque es claro que si el soberano es quien obtiene general obediencia y no obedece a nadie, difícilmente cabe concebir un soberano limitado. Es más, cabe explicar la autolimitación del soberano, bien sea desdoblando en el tiempo su decisión normativa autorreferente (N-t1) y las nuevas decisiones normativas que creará

[13] Sobre el aspecto técnico jurídico de la relación entre legislación estatal y legislación autonómica se ha producido, en España, una extensa literatura, en la que parece existir un acuerdo general respecto a que ambos tipos de leyes tienen el mismo rango jerárquico y que su diferenciación procede de la distinta competencia del respectivo legislador, criterio que opera limitando la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en un doble nivel, por razón de la materia y por razón del territorio (T. R. Fernández 1979, pp. 859). Por todos, López Guerra y otros 1991, p. 67: «Leyes del Estado y leyes de las Comunidades Autónomas poseen el mismo rango y fuerza, pero tienen acotado un campo material distinto determinado por el bloque de la constitucionalidad... Este criterio de separación entre ámbitos propios de las potestades normativas del Estado y de las Comunidades Autónomas se denomina principio de competencia...» Una tesis contraria a admitir que la Constitución atribuyera potestad legislativa a las Comunidades Autónomas fue sostenida, extensa e intensamente, por González Navarro (1979, pp. 1021-1157), tesis que no ha llegado a alcanzar éxito alguno. Otra tesis peculiar, también sin éxito, sostuvo Sánchez-Agesta (1979, p. 1907) al sugerir que las leyes de las Asambleas de las Comunidades Autónomas estaban jerárquicamente ordenadas en el nivel inferior a los reglamentos del Gobierno del Estado.

dentro de los límites de aquélla (N-t2), bien sea mediante una descomposición jerárquica del propio concepto de soberano (soberano 0 y soberano 1) en la que el primero limita al segundo -como ha propuesto Ernesto Garzón[14], en cuyo caso estamos realmente ante una heterolimitación vertical-, pero es una contradicción en los términos hablar de heterolimitación horizontal del soberano y, en un sistema complejo, el legislador estatal (o regional) no es un legislador autolimitado, sino un legislador heterolimitado por la competencia legislativa del poder federal (o del Estado), y el legislador federal (o del Estado) no es un legislador autolimitado sino heterolimitado por la competencia legislativa del poder estatal o regional; o bien -como parece más plausible- ambos son heterolimitados por el poder constituyente, en cuyo caso ninguno de los dos es soberano. Se puede argumentar que ello no quiebra el principio democrático último si la Constitución está democráticamente legitimada. Esto es cierto. Pero eso no niega que legislador estatal y legislador federal dejan de ser expresión incondicionada de una voluntad soberana.

(2) Un segundo motivo de diversificación legislativa viene originado -según afirman muchos autores- desde que «al Estado moderno se le pidieron más funciones de aquellas que tradicionalmente tenía» (L. Díez Picazo

[14] Como es sabido tanto Bodino como Austin sostuvieron que era conceptualmente imposible la limitación jurídica del soberano. Más recientemente Alf Ross suscitó el debate sobre la consistencia lógica de la norma que regula la reforma de una Constitución si se pretende que tal precepto regula, asimismo, su propia reforma, lo que condujo a la denominada «paradoja de Ross» (Ross 1969; aquí mismo puede verse [pp. 75-76] el argumento del desdoblamiento temporal, que Ross rechaza). Ernesto Garzón ha abordado el tema en un trabajo de obligada lectura (E. Garzón Valdés 1993, pp. 181-200, donde pueden encontrarse las referencias a Bodino y Austin), si bien la solución positiva que propone exige distinguir entre dos soberanos (soberano 0 y soberano 1), el primero de los cuales obedece a la definición de von Wright (aquél cuyo acto normativo de dictar una norma no es contenido de ninguna otra norma de un sistema) y el segundo de los cuales obedece a la definición de Bryce (la persona o grupo de personas a quienes la ley atribuye la capacidad de regular jurídicamente, en última instancia, la conducta social). Con esta convención Garzón resuelve las objeciones lógicas a la posibilidad de limitaciones legales al soberano, pero aceptar esta convención es aceptar, sencillamente, que la persona o grupo de personas a quienes habitualmente denominamos como soberano (soberano 1, o soberano en el sentido de Bryce) no son soberanos en el sentido de von Wright (soberano 0) que es el mismo sentido en que hablaban de soberano Bodino o Austin. Quiero decir que la propuesta de Garzón no resuelve la posibilidad de limitaciones jurídicas al soberano 0 (lo que él mismo reconoce expresamente [ibíd., p. 1971) sino que explica la posibilidad de limitaciones jurídicas a «otro» soberano, que es soberano en un sentido muy distinto. Y no se acaban de ver las ventajas de aceptar la convención propuesta por Garzón en lugar de, todavía más sencillamente, reconocer que el legislador (soberano 1) no es soberano, incluso que tampoco es soberano aquel que tiene potestad limitada para reformar una Constitución conforme a las reglas que la propia Constitución establece. O, todavía más: para reconocer que el concepto político de soberano -como el concepto jurídico de «norma fundamental» de Kelsen, o el concepto sociológico de «regla de reconocimiento» de Hart, o el concepto de **No** de Ross- son herramientas intelectuales para explicar el origen último, o el cambio revolucionario, de un sistema jurídico y que denotan, en todo caso, fenómenos externos al propio sistema. Lo que, a fin de cuentas, viene a dar la razón a Ross.

1985, p. 11) con lo que empezó a surgir una desenfrenada actividad legislativa que incluye leyes medida (de carácter singular), leyes edicto (como las leyes de presupuestos), leyes programa (de carácter tecnocrático), leyes de habilitación al Gobierno, e incluso leyes puramente retóricas. De todas ellas se ha podido decir, con razón, que carecen de «un verdadero contenido normativo» (ibíd., p. 11). En la medida en que carecen de contenido normativo -y, en efecto, muchos de estos tipos carecen total o parcialmente de él- estas leyes son, en todo o en parte, expresiones de deseos o propósitos, decisiones de acción, o simples órdenes singulares y concretas de un órgano muy cualificado, el poder legislativo, pero no son normas propiamente hablando lo que es tanto como decir que no son leyes, en el sentido tradicional que estamos refiriendo.

Este segundo motivo es el que originó las primeras apelaciones a una «crisis de la ley» que se remontan a los años treinta[15]. El diagnóstico de la crisis reside en este aspecto en la pérdida del carácter general y abstracto de las leyes. La formulación más brillante del tema se encuentra, probablemente, en el conocido discurso rectoral de Otto Bachof de 1959 titulado «**Jueces y Constitución**»[16]. El discurso podría resumirse -creo- en cuatro proposiciones encadenadas:

> (a) Existe un Derecho anterior a las leyes (y a cualquier constitución positiva) del que las leyes eran «antes» expresión racional en cuanto reglas generales y abstractas (Bachof 1985, pp. 24, 40, 47 y 50).
>
> (b) Las leyes han dejado de ser expresión racional del Derecho en cuanto han dejado de ser reglas abstractas y generales, convirtiéndose en «actos de conformación política» mediatizados por la mayoría parlamentaria y los grupos partidistas que la dominan (ibíd., pp. 48, 49, 50, 51 y 52).
>
> (c) Es necesaria una «fuerza» que restablezca los «valores superiores del Derecho» y la «paz jurídica», y esta fuerza «sólo puede ser el juez» (ibíd., pp. 47 y 54).
>
> (d) El juez está sometido a la ley, pero no sólo a la ley; ni siquiera a la Constitución como ley de rango superior, pues existe la posibilidad, aunque lejana, de que una norma constitucional esté en contradicción con las ideas de justicia que preexisten a la Constitución. El juez, en última instancia, está sólo sometido a la soberanía del Derecho y al «imperio del Derecho» (ibíd., pp. 65 y 68).

El discurso de Bachof es, hoy, un discurso bastante extendido. Y conviene señalar que en él se ocultan dos afirmaciones, aparentemente progresistas, que le sitúan absolutamente al margen de los puntos de partida que caracterizan la «interpretación fuerte» del imperio de la ley. La primera consiste en la pretensión de que la validez moral de las leyes venía «antes»

---

[15] La más antigua obra de la que tengo referencia con el expresivo título de «**La crisi della legge**» es la de Carnelutti, en **Discorsi intorno al Diritto**, vol. I, CEDAM, Padua, 1937, que se cita en L. Prieto 1981, p. 100. nota 26.

[16] Fue publicado en castellano, en traducción de Rodrigo Bercovitz, en 1963 (Editorial Taurus) y reeditado en 1985 por Editorial Civitas.

(cuando la ley era «escudo de la libertad y del Derecho» [ibíd., p. 48]) de su carácter de regla general y abstracta, no de su condición de expresar la voluntad general. La grandeza moral de la codificación liberal no proviene -al parecer- de la introducción, inicialmente limitada, del principio democrático, sino de la formulación en forma general y abstracta de los intereses de la burguesía. La segunda consiste en la pretensión de que el juez tiene la misma legitimidad democrática que el Parlamento y todos los demás órganos del Estado; la forma de designación es sólo una diferencia relativa puesto que -según se afirma- «más importante que la clase de mandato es la función desempeñada» (ibíd, p. 59). Estas dos afirmaciones, necesarias para mantener en pie un discurso como el de Bachof, suponen lisa y llanamente la destrucción del «Imperio de la ley» en nombre del «Imperio del Derecho».

(3) Un tercer motivo de diversificación -que, a diferencia del primero, podemos denominar «vertical»- reside, finalmente, en la técnica seguida por algunos ordenamientos -como el español- al establecer constitucionalmente diferentes categorías de leyes, como los Estatutos de Autonomía y las leyes orgánicas, que requieren procedimientos especiales y quórum especiales de aprobación[17]. Estas leyes se han considerado leyes interpuestas entre la Constitución y la legislación ordinaria, y todavía no es pacífica entre

[17] La Constitución Española distingue básicamente cinco tipos distintos de leyes (dejando al margen algunas peculiaridades relativas a las leyes de armonización, la ley de presupuestos, las leyes tributarias, las de emisión de deuda pública, etc. que no parecen afectar en absoluto a su rango jerárquico): (1) leyes orgánicas que aprueban Estatutos de Autonomía (Artículo 81, que se abre a dos procedimientos distintos de elaboración y aprobación del Estatuto según se aplique el Artículo 146 o el 151); (2) leyes orgánicas restantes (Artículo 81) cuya aprobación exige mayoría absoluta del Congreso en votación final de conjunto; (3) leyes ordinarias; (4) decretos legislativos y (5) decretos leyes.

Los decretos legislativos y los decretos leyes -como formas de legislación delegada en el Gobierno pero sometida al control del legislativo (mediante una ley aprobada previamente por las Cortes Generales para los decretos legislativos, y mediante la convalidación posterior por el Congreso para los decretos leyes)- no han suscitado problema alguno respecto a su rango de leyes ordinarias.

El problema se plantea respecto a los Estatutos de Autonomía y las restantes leyes orgánicas en relación con las leyes ordinarias. Las respuestas teóricas podrían ser tres: que se trata de tres niveles jerárquicos (Estatutos, leyes orgánicas, leyes ordinarias); que se trata de dos niveles jerárquicos (Estatutos y demás leyes orgánicas, leyes ordinarias); que se trata de un solo nivel jerárquico y que la distinción es sólo en virtud del criterio de competencia (legislador estatutario, legislador orgánico y legislador ordinario). Aunque algunos autores sostuvieron la diferencia jerárquica (por ejemplo, Díez Picazo 1979, p. 659; Garrido Falla 1979, p. 39; Sánchez Agesta 1979, p. 1907), la doctrina parece inclinarse mayoritariamente por la última solución (entre otros, Martín Oviedo 1979, p. 1280; Rubio Llorente y Aragón Reyes 1980, p. 848; García de Enterría y Fernández 1990, I, pp. 152-153; López Guerra y otros 1991, p. 69). No es necesario, a nuestros efectos, pronunciarse ahora sobre tan complicada cuestión. El lector interesado puede remitirse al estudio bibliográfico de F. J. Bastida Feijedo en el nº 2 de la Revista Española de Derecho Constitucional (1981, pp. 285-311) o a la monografía de T. R. Fernández (**Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad**, 1981). En todo caso ese punto de vista mayoritario -en favor del criterio de competencia ha sido sometido a una profunda y aguda crítica por L. M. Díez Picazo (1989). Desde la Filosofía del Derecho también L. Prieto había señalado, si bien respecto a las relaciones normas estatales-normas autonómicas, que «el principio de competencia es quizás un instrumento valioso para la interpretación jurídica, pero no un oráculo que resuelva sin más los problemas que plantea nuestro complejo sistema de fuentes.» (Prieto 1981, p. 126).

nosotros la discusión entre quienes defienden que se trata de diferentes leyes sólo en virtud del criterio de competencia (lo que obliga a distinguir entre diferentes «legisladores»: el legislador orgánico, el legislador ordinario...) y quienes afirman que son leyes jerárquicamente superiores las unas, las orgánicas, a las otras, las ordinarias.

Las tres diversificaciones ponen en cuestión, como mínimo, que la ley sea un tipo único y originario y, en consecuencia, que exprese la voluntad de un -por definición, único en cada sistema- poder soberano. Constatar este triple fenómeno puede conducir, sin incurrir en exceso verbal alguno, a una conclusión como la formulada por Rubio Llorente (1986, pp. 99-100): «la idea de Estado de Derecho que informa la realidad jurídico-política española no identifica Estado de Derecho con «imperio de la ley». Lejos de postular la noción de soberanía parlamentaria, no es ni siquiera compatible con ella. La idea de Estado de Derecho hoy viva en España implica más bien la radical limitación del poder legislativo... lleva consigo, junto con un indudable debilitamiento de la ley como fuente del Derecho, una cierta necesidad de replantear la concepción misma de la ley...»[18] Y, en efecto, el «imperio de la ley» parece debilitarse o, en el mejor de los casos, quedar sustituido por el imperio de la Constitución, o -lo que es más grave- por un difuso imperio del Derecho, salvo que podamos replantear nuestro concepto de ley y, al hacerlo, reivindicar sobre nuevas bases su imperio.

2.2. Normas no legales de carácter paralegal

En España se ha llegado a decir que, como consecuencia de la diversificación de tipos de leyes, nuestro sistema de fuentes es un «rompecabezas» o «una fonda inextricable» (respectivamente, L. M. Díez Picazo 1988, p. 91 y F. Rubio Llorente 1986, p. 111). Aun siendo así, este rompecabezas sería relativamente sencillo de resolver si no viniera a complicarse con otro nuevo factor: la integración en la Unión Europea. El proceso de integración europeo es, como es sabido, una forma más desarrollada y compleja de pertenencia a organismos internacionales de carácter político (como también lo son la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos, etc.)[19], que encuentra su origen en la constitución de un mercado común. De todo este complejo proceso, lo que ahora interesa señalar

[18] Para Rubio Llorente esta conclusión deriva tanto del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes -al que luego haré referencia- como de la «profunda mutación en el concepto mismo de la ley... en el que se incluyen normas, que si bien proceden en todos los casos de órganos representativos, tienen muy diversas características jurídicas» -a lo que ahora me estoy refiriendo- (Rubio Llorente 1986, p. 83).

[19] La Unión Europea es, sin duda, un proceso singular en este aspecto. «Jamás había sucedido -señala Capotorti- que en el ámbito de una organización internacional se hubiese adoptado en una medida tan amplia la 'transferencia de los poderes soberanos' de los Estados miembros, que viene a caracterizar a la realidad comunitaria» (Capotorti 1986, p. 249).

es que la integración en el Mercado Común Europeo, hoy Unión Europea, supone la cesión de soberanía (o competencia) legislativa en ciertas materias a favor de los organismos competentes de la Unión. Nuevamente los hombres de leyes recurren al «talismán» del criterio de competencia para explicar las relaciones entre la legislación nacional y la normativa emanada de la autoridad comunitaria (Reglamentos y Directivas)[20]. Recurrir al criterio de competencia resuelve el problema pero no sólo a costa de cerrar los ojos a la noción de un legislador «soberano» sino en esta ocasión a la noción misma de legislador o ley. Y ello porque resulta que las normas comunitarias -que prevalecen sobre la legislación estatal cuando son de aplicación directa como lo son, al menos, los Reglamentos- no emanan de legislador alguno. El Parlamento Europeo, aun siendo hoy día de carácter electivo, carece de cualquier competencia legislativa y tanto los Reglamentos (nacidos del Consejo) como las Directivas (nacidas de la Comisión) son normas aprobadas por órganos no representativos (internacional el primero, ejecutivo no delegado de un legislativo el segundo) los cuales, sin necesidad de refrendo legislativo interno (como se exige para los Tratados Internacionales), prevalecen sobre la legislación nacional. ¿Cómo explicar ahora la posición de la ley? ¿Cuál es el sistema de fuentes en los ordenamientos cuyas leyes están sometidas a este peculiar normativa? ¿Cuál es la legitimación de estas normas no legisladas y, sin embargo, supra o paralegislativas? No pretendo responder ahora a estas preguntas. Como suele ocurrir los juristas positivos tienden a trabajar acríticamente sobre el material dado. Los filósofos y teóricos del Derecho, hoy por hoy, parecen preferir la ignorancia de estos fenómenos que ponen gravemente en cuestión nuestras más familiares concepciones del orden jurídico y su correspondiente aparato teórico[21]. Pero lo cierto es que no cabe ninguna explicación de este fenómeno

[20] Ha de señalarse que la utilización del criterio de competencia plantea, respecto a la relación derecho comunitario-derecho interno, nuevas complejidades ya que el sistema comunitario no establece un claro deslinde competencial entre los Estados y la Unión, de modo que cada Estado mantiene una competencia genérica sobre multitud de materias en tanto los órganos comunitarios no dicten disposiciones de desarrollo del Tratado. Cuando las dictan, estas disposiciones tienen un efecto derogatorio sobre la legislación interna que cabe explicar, desde luego, sin recurrir a un criterio jerárquico sino por el mero efecto de la «lex posterior». Cabe decir que la competencia comunitaria se asume en la medida en que se ejerce, pues una vez ejercida su efecto derogatorio se extiende también frente a la «lex posterior» nacional, tal y como declaró el Tribunal de Justicia en la Sentencia **Simmenthal**, del 9 de Marzo de 1978. De tal modo que el juez nacional puede y debe dejar de aplicar una ley nacional posterior si entiende que es contraria a una norma comunitaria aplicable, con lo cual la ley ha perdido la inmunidad frente al juez de la que goza incluso cuando es sospechosa de inconstitucionalidad. Se trata de una división competencial muy peculiar (ver F. Santaolalla 1979, p. 1931 sobre la imprecisión de la delimitación competencial entre el Derecho comunitario y el interno).

[21] Tiene particular interés, en mi opinión, un artículo inédito de J. C. Bayón en que se plantea la primacía del Derecho comunitario que, conforme a la doctrina sostenida en las Sentencias **Van Gend en Loos** y **Costa c. Enel**, se fundamenta en la autonomía del propio Derecho comunitario. Bayón llega a la conclusión de que tal primacía sólo puede apoyarse en los propios sistemas jurídicos internos (en pocas palabras: si una norma de S1 establece la primacía de S1 sobre S2 y una norma de S2 establece la primacía de S1 sobre S2, las normas de S1 prevalecen sobre las de S2, con arreglo a S2, en virtud de una norma de S2 [Bayón 1995, p. 16]) y de que el Derecho comunitario no constituye un sistema jurídico autónomo, aunque sí un sistema jurídico diferenciado (ibíd., p. 32) sobre la base de la existencia de prácticas de reconocimiento «parcialmente divergentes».

desde el esquema conceptual de la ley que, con carácter normativo (lo que la ley debe ser), venimos manejando.

Cabe, desde luego, admitir que un poder soberano delegue parte de su soberanía en otro poder soberano más amplio, aun a costa de, en ejercicio de su soberanía, dejar de ser soberano. Esto es lo que ocurre en decisiones federativas puras como la que dio lugar a la Constitución de los Estados Unidos de América. En tal caso una comunidad política soberana se integra en una comunidad soberana mayor. Esta comunidad deja de ser soberana pero se convierte en parte de otra comunidad soberana en la que sus miembros mantienen la legitimidad para autoobligarse. Las leyes de la nueva comunidad (la Federación) continúan siendo expresión de la voluntad general. Pero es absolutamente distinto lo que ocurre si un poder soberano delega parte de su soberanía en un poder no soberano porque, de hacerlo así, quiebra el principio de legitimidad en que se basa. Paradójicamente ha sido un norteamericano, Bruce Ackerman, quien ha venido a señalar de forma rotunda la contradicción en los principios que esta situación implica: «Como Maastricht ha mostrado una vez más, los líderes políticos de Europa tienen ahora muy pocos incentivos para ceder grandes poderes de control al Parlamento Europeo. Por el contrario, la situación actual les promete el mejor de los mundos posibles. Por una parte, pueden escapar a la supervisión de sus parlamentos nacionales enfrentando a estas asambleas con hechos consumados elaborados por ellos mismos a nivel comunitario. Por otra, la debilidad del Parlamento Europeo deja las manos libres a los primeros ministros y presidentes nacionales para crear el derecho comunitario con sus socios a puertas cerradas.» (Ackerman 1995, p. 48).

No es fácil explicar con nuestro aparato conceptual habitual cuál es la posición del derecho comunitario en nuestros sistemas de fuentes del Derecho. Decir que en virtud de la aprobación del Tratado cada sistema jurídico entrega parte de su competencia normativa a las autoridades comunitarias competentes es relatar lo que ha ocurrido. Pero no explica las consecuencias que ello supone para el sistema de legalidad y, todavía mucho menos, las consecuencias sobre (o las contradicciones con) el sistema de legitimidad. La Constitución Española fue en este aspecto precavida, dada la inmediata perspectiva de adhesión: su Artículo 93 establece específicamente que «mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los

que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución.»[22]

Pero lo que aquí me interesa no son las complicaciones que la técnica de adhesión a la Unión Europea añade al sistema de fuentes sino algo bastante más sencillo de constatar y bastante más difícil de resolver. El sistema del Derecho comunitario implica una nueva y distinta quiebra del imperio de la ley como expresión de la voluntad general porque las normas comunitarias (Reglamentos y Directivas) cuya vigencia se impone desplazando, en su ámbito de competencia, las leyes internas de cada Estado no son «leyes» que emanen de ningún poder soberano o representativo de un soberano, no son expresión de ninguna «voluntad general».

2.3. La expansión de la fuerza normativa de las Constituciones.

La idea de que la Constitución es una norma jurídica vinculante o contiene normas jurídicas vinculantes, y no un mero programa (parte declarativa) y una norma de organización (parte normativa), debe remontarse sin duda alguna a la sentencia Marbury v. Madison en la que el juez Marshall, en 1803, decidió que correspondía a los Tribunales el control de la constitucionalidad de las leyes lo que implicaba asumir que la Constitución era una norma que, de forma efectiva, limitaba las competencias normativas del Congreso. Fuera del ámbito norteamericano -respecto al que debe recordarse que la doctrina Marshall levantó iniciales recelos y se fue imponiendo muy paulatinamente-, la idea de la normatividad directa de la Constitución tardó mucho en ser asumida. En ocasiones cuando fue asumida, como en el caso de México, lo fue de forma limitada a la protección directa en amparo de los derechos fundamentales. Hay que recordar que la concepción constitucional de Kelsen, y su creación de una jurisdicción constitucional concentrada (en la Constitución austriaca de 1920), que se generalizó tras la Segunda Guerra Mundial, supone una «división esquizofrénica» (L. M. Díez Picazo 1988, p. 72). Mientras la doctrina Marshall universaliza el carácter normativo de la Constitución permitiendo a cualquier órgano judicial la inaplicación de una ley que estime contraria a la Constitución (una simple aplicación del criterio jerárquico si la Constitución es una norma jurídica), la doctrina de Kelsen supone que la Constitución es, en efecto, una norma superior pero que los jueces ordinarios carecen de poder para inaplicar una

[22] Se ha señalado ya que el Artículo 93 de la Constitución, y la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de Agosto, de Autorización para la Adhesión de España a las Comunidades Europeas, suponen una «autorruptura» constitucional. Alonso García (1986, p. 379) indica, en mi opinión con toda razón, que «el concepto de 'ruptura' constitucional implica la posibilidad de contradicción normativa con la Constitución... Un bloque o grupo normativo queda así salvaguardado en su constitucionalidad, aunque su lógica jurídica, los principios que lo informan y sus plasmaciones concretas se contradigan con el resto de los preceptos constitucionales.»

ley por inconstitucional (es decir, para aplicar lisa y llanamente el criterio jerárquico que aplican habitualmente al resto del ordenamiento). Como en un inerte arrastre de la idea de la omnipotencia y supremacía del legislador soberano, las leyes aparecen -en la versión kelseniana- dotadas de una especial presunción de validez que vincula al juez ordinario, aunque mediante procedimientos específicos y tasados la misma ley pueda ser declarada inconstitucional por un órgano jurisdiccional especial en aplicación del mismo criterio de jerarquía (y en demostración palpable de que la ley no es omnipotente ni suprema).

La ley que, como antes vimos, había dejado de ser un tipo de norma único y originario, deja ahora de ser un tipo de norma suprema y omnipotente, con lo que parece haber perdido no ya alguna sino todas las notas que la caracterizaban en nuestra clásica noción familiar. Ya no es suprema, porque recibe su validez de la Constitución y está jerárquicamente subordinada a ella; ya no es incondicional y omnipotente, porque está limitada por los principios y por los derechos subjetivos declarados por la Constitución. No obstante -suele argumentarse- la relación entre constitución y ley no es igual que la relación (generalmente más elaborada) entre ley y reglamento. El reglamento desarrolla la ley, pero la ley no desarrolla la Constitución, sino que simplemente está limitada por ella y, según los intérpretes más estrictos, sólo por los derechos fundamentales y por la distribución de competencias. Una ley es inconstitucional sólo si el legislador es incompetente en virtud de la diversificación de legisladores, o si limita el contenido esencial de un derecho fundamental.

Sin duda alguna la tarea interpretativa de los Tribunales Supremos y de los Tribunales Constitucionales ha sido, generalmente, trascendental para la consolidación del valor normativo de las constituciones y, particularmente, para la protección de los derechos fundamentales que quedaron así a salvaguarda no sólo de la acción de los gobiernos sino también de la acción de los legisladores. Pero, al hacerlo, al consolidar la fuerza normativa de las constituciones como norma única, originaria, suprema e incondicionada, se ha pagado el precio de privar a la ley de tales caracteres. Lo que nuestros clásicos llamaron «ley» parece ser hoy, en nuestros Estados de Derecho, la Constitución. Lo que hace pocos años llamábamos «imperio de la ley» parece ser hoy, en nuestros Estados de Derecho, el «imperio de la constitución». Y ello obliga a preguntarse: ¿Qué es la ley? ¿Qué queda, si queda algo, del «imperio de la ley»?

2.4. La expansión de la fuerza normativa de los principios

Principalmente ha sido Ronald Dworkin quien, como alternativa al debate iusnaturalismo-positivismo, ha ofrecido un nuevo modelo dinámico del

ordenamiento jurídico en el que, junto a las reglas o normas en sentido estricto, se incluyen con una peculiar fuerza normativa los principios.

Los principios a los que Dworkin se refiere no coinciden con lo que, en sistemas jurídicos como el español, hemos considerado como «principios generales del Derecho», y a los que el Artículo 1 del Código Civil, siguiendo el modelo del Código Civil austriaco de 1811 y del italiano de 1865, atribuyó y sigue atribuyendo el carácter de tercera, subsidiaria y última fuente del Derecho. Son éstos principios implícitos en el ordenamiento de los que la mayor parte de la doctrina ha ofrecido una interpretación positivista; principios, por tanto, que se extraen de algunas normas constitucionales o legales o, en último extremo, de normas de carácter consuetudinario que expresan convicciones socialmente generalizadas (o generalizadas, al menos, en la comunidad jurídica). Los principios a los que Dworkin se refiere son, por el contrario, estándares muy generales que -según él- coexisten con las normas en un ordenamiento y se diferencian de ellas por razones lógicas (no actúan, como las normas, disyuntivamente) y porque tienen una dimensión de peso o importancia de la que carecen las normas. Los principios para Dworkin no son una fuente subsidiaria de la existencia de una regla formulada, sino otro elemento normativo que concurre con las reglas y se utiliza, como ellas, para justificar una decisión jurídica.

No ha sido fácil entender el alcance de la tesis de Dworkin. Para algunos autores los principios, en este sentido, son simplemente normas de una cierta especie, bien más fundamentales, bien más generales o bien más vagas. Otros autores, sin embargo, proponen que la distinción que hay que hacer entre principios y normas no es hermenéutica sino funcional (por eso -dicen- una misma norma puede funcionar a veces como regla y a veces como principio). La diferencia bajo este punto de vista reside en que una regla se aplica en forma de todo/nada, es decir, funciona como una razón excluyente, mientras que el principio es un mandato de optimización[23] que puede aplicarse o cumplirse en la forma de más/menos. Una regla en contradicción con otra o es válida y la desplaza o no es válida y queda desplazada. Un principio en contradicción con otro, puede ceder ante él pero no pierde su validez. Muchos autores, siguiendo la propia indicación de Dworkin (Dworkin 1984, pp. 146 y ss.), entienden que los principios actúan como justificación de la decisión sólo en los llamados «casos difíciles» esto

[23] Esta es la tesis de Robert Alexy. Atienza y Ruiz Manero (1996) han rechazado esta diferencia entre principios y reglas, considerando que los principios sólo se pueden cumplir en grados diversos cuando se trata de directrices o normas programáticas, pero no cuando se trata de principios en sentido estricto, como el principio de igualdad y no discriminación del Artículo 14 de la Constitución. A. Peczenick ha rechazado esta interpretación de Atienza y Ruiz, alegando que el Artículo 14 no es un principio, sino una regla, en el sentido de Alexy. Puede verse la crítica de Peczenick así como la contestación de Atienza y Ruiz Manero a ella (y a las de L. Prieto) en Doxa nº 12 (1992), pp. 327-352 (recogidas ahora en Atienza y Ruiz Manero 1996, Cap. I Apéndice).

es «cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución» (ibíd., p. 146), palabras que recuerdan muy literalmente el viejo mandato del antiguo Artículo 6 de nuestro Código Civil: «Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido...» Si esta fuera la función de los principios, es decir actuar como fuente en defecto de ley (y de costumbre), la teoría de Dworkin no alteraría en nada nuestras convicciones tradicionales sobre el imperio de la ley. Y tampoco lo haría si añadimos que los principios actúan en todo caso, no sólo en los casos difíciles, como pautas de interpretación de las reglas, pues también esta función les atribuye el Artículo 1 de nuestro Código Civil. La tesis de Dworkin quedaría limitada a una discusión académica sobre si el positivismo explica adecuadamente la estructura y el funcionamiento de un ordenamiento que, como el nuestro y como casi todos, incluye de un modo o de otro a los principios como estándares de interpretación de las reglas y como fuente subsidiaria en defecto de regla explícitamente formulada.

Desafortunadamente la cosa no es tan sencilla ni en el propio Dworkin ni en un buen número de influyentes autores que consideran que hay algo más que extraer de la teoría de los principios. Entre nosotros, por ejemplo, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero afirman: «A veces se supone que los principios sólo entran en juego en el razonamiento justificativo de los órganos jurisdiccionales cuando éstos tienen que hacer frente a *casos difíciles*, pues en los *casos fáciles* las reglas son elementos necesarios y suficientes para justificar la decisión. Esta forma de ver las cosas no nos parece, sin embargo, aceptable, por lo siguiente. Un caso es fácil precisamente cuando la subsunción de unos determinados hechos bajo una determinada regla no resulta controvertible *a la luz del sistema de principios* que dotan de sentido a la institución o sistema normativo de que se trate.» (Atienza y Ruiz Manero 1996, p. 22). La conclusión que de aquí derivan es, naturalmente, que la obediencia del juez a las reglas exige previamente una deliberación sobre si el caso es fácil, es decir sobre si la regla supuestamente aplicable es conforme con los principios y ello tanto si se trata de «valores» -en cuyo caso hay que deliberar si la regla los realiza- como si se trata de «objetivos» -en cuyo caso hay que deliberar si la regla es el medio adecuado- (ibíd.).

Robert Alexy ha reconocido expresamente que «la teoría de los principios ofrece un punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre Derecho y moral» (Alexy 1988, p. 144), esto es que viene a reunificar la moral con el Derecho. Luis Prieto ha sido todavía más explícito al extraer las consecuencias: «En el planteamiento de Dworkin se trata de sostener, sencillamente, que algunas normas llamadas principios forman parte del Derecho porque son justas, aun cuando ningún legislador o juez las haya tenido en cuenta, incluso aun cuando la comunidad social las ha ignorado hasta el presente. Con lo cual la teoría de los principios -al menos, la de Dworkin- recobra otra vieja característica que tuvo en sus orígenes

y que explica la cautela con que siempre fue vista por el positivismo; esto es, que los principios se quieran convertir en el vehículo o plasmación de un presunto Derecho Natural» (Prieto 1994, p. 198).[24]

En todo caso la tesis de Dworkin se ha extendido de tal modo que muchos autores, dando un muy discutible paso desde la mera descripción de cómo opera la argumentación jurídica a la justificación de cómo debe operar, sostienen un modelo de aplicación judicial del Derecho que autoriza y requiere al juez para que, antes de aplicar una norma (incluso legal), sopese la conformidad de la norma con los principios pues no basta -dicen- con que la decisión judicial esté jurídicamente fundada, sino que es necesario que sea moralmente consistente o -en formulaciones más matizadas- no basta con que la decisión judicial esté fundada en la norma, sino que es necesario que sea consistente con el «sistema de principios»[25].

Si tenemos en cuenta que las constituciones, por su propio carácter, contienen una gran cantidad de principios en cualquiera de los sentidos que se den a este término, esto es: de normas muy generales, de normas muy vagas, de normas programáticas, de normas que expresan valores superiores del ordenamiento, de normas dirigidas a los órganos de aplicación e incluso de «regulae iuris» (como el principio de jerarquía normativa o el principio de irretroactividad) (Atienza y Ruiz Manero 1996, pp. 3-4, donde ofrecen estos seis tipos de principios); si asumimos la indiscutible fuerza normativa de las constituciones-, y si añadimos a ello la expansiva fuerza normativa de los principios, será obligado concluir que las leyes corren el riesgo de perder toda «perentoriedad» normativa, esto es todo su imperio, para ceder paso al imperio del intérprete[26].

La invocación expansiva de los principios, en la forma que hemos visto, tiende aparentemente a elevar la moralidad del Derecho -y digo aparentemente porque presupone una racionalidad y una pureza en los órganos de

---

[24] Más extensamente en L. Prieto, **Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

[25] En España esta posición está cualificadamente representada por Atienza y Ruiz Manero (1996, pp. 22-24), que sostienen que la deliberación judicial es una deliberación «normativamente guiada» en la que, si bien las razones relevantes son las contenidas «en el propio Derecho» como principios explícitos o implícitos, lo cierto es que supone en todo caso (como paso previo para decidir si el caso es fácil o difícil) ponderar las reglas con los principios, de tal modo que «la dimensión de obediencia a razones perentorias ya no puede aparecer como primaria» (ibíd., p. 23).

Atienza y Ruiz Manero señalan allí mismo (p. 19) que «la importancia de los principios en los ordenamientos jurídicos -como se ha observado muchas veces- corre paralela a la progresiva judicialización del Derecho».

[26] L. Díez Picazo (1985, p. 22) concluye que «la extensión desorbitada de la técnica de aplicación directa de la Constitución está(n) produciendo entre nosotros una potenciación extraordinaria del Derecho judicial». Compárese esta conclusión con la referida en la nota anterior, que conduce a idéntica conclusión respecto a la fuerza normativa de los principios.

aplicación tan grande o mayor que la otrora atribuida al legislador- pero lo hace, desde luego, a costa del «imperio de la ley».

3. En defensa del imperio de la ley

Mi propósito ha sido, hasta aquí, mostrar que el concepto de «imperio de la ley», en su formulación clásica que en 1966 recogió Elías Díaz (y que luego ha sido recogida por el Preámbulo de nuestra Constitución), resulta hoy problemático. Pero creo que los cuatro tipos de problemas que he señalado no conducen necesariamente a desechar el imperio de la ley, y el consecuente principio de legalidad, aunque sí exigen su reformulación. Partimos de dos concepciones, ambas normativas, del imperio de la ley: una débil y otra fuerte. Ambas se ven afectadas con diferente intensidad por los cuatro factores que he analizado. La concepción débil, lógicamente, en mucha menor medida por cuanto es menos exigente[27].

(1) La diversificación de tipos de leyes en nada afecta a la concepción débil siempre y cuando los tipos de leyes reconocidos en un sistema dado cumplan los requisitos genéricos de estructura de las normas y se relacionen entre ellas conforme a criterios de competencia o jerarquía claros públicos y prospectivos. Afecta, sin embargo, a la concepción fuerte (el imperio de la ley como expresión de la voluntad general) en cuanto aparentemente quiebra la noción de que la ley es única y suprema. Deja de ser única porque hay diferentes tipos de leyes y deja de ser suprema en cuanto algunas de ellas son superiores a las otras (en la diversificación horizontal) o todas ellas están por debajo de la norma que divide la competencia (en la diversificación horizontal). Pero esto sólo afecta a una noción de ley que tuvo predicamento ante una realidad jurídica -la del Estado liberal de Derecho en su forma continental- más simple que la actual. La suposición de que el concepto de ley y de su imperio implica un único tipo de ley era una constatación derivada de cómo era la estructura de los sistemas jurídicos modernos tras la consolidación del Estado-nación. Pero no hay, en la idea de ley como expresión de la voluntad general, ninguna implicación necesaria de que la ley constituya un tipo único, o un grado jerárquico único. Lo que tienen en común diversos tipos de normas como la Constitución, las leyes orgánicas, las ordinarias, las autonómicas, las estatales o las federales, es su peculiar autor y su peculiar procedimiento de decisión, que exige una discusión abierta entre representantes de los electores (o entre ellos mismos, en el caso de un referéndum) y una decisión por mayoría. Es esta doble peculiaridad, el carácter directamente representativo y plural del órgano competente y el procedimiento deliberativo lo que define a la ley como expresión

[27] No parece necesario insistir en que ambas concepciones son distintas pero no se contradicen. La concepción fuerte asume, en todo caso, el «universo ético» de la concepción débil.

de la voluntad popular y, en este sentido, la pluralidad de manifestaciones de la voluntad popular en nada afecta al carácter de la ley, a su legitimidad y a su pretensión moral de obediencia.

(2) La aparición de normas no legales de carácter paralegal tampoco parece afectar en absoluto a la concepción débil. Las normas comunitarias, sean cuales sean las dificultades para dar cuenta del sistema de fuentes resultante en los derechos internos, parecen reunir los requisitos que la concepción débil exige de las normas. Sin embargo constituyen una quiebra total de la concepción fuerte. No se trata en este caso de que obliguen a cambiar o corregir algún elemento de nuestro concepto normativo de ley, se trata de que no le satisfacen en absoluto. Y ello no parece ser un problema conceptual si no un urgente problema real. De modo que la concepción fuerte no deja alternativa: o reivindicamos la democratización de la Unión Europea o hacemos dejación de nuestra concepción moral del imperio de la ley. Lo único que cabe decir es que la realidad jurídica no corre, ni nunca ha corrido, pareja con su deseable legitimidad. El Derecho comunitario es, en este aspecto, necesariamente perfectible y, lo que es más grave, urgentemente perfectible. Su reconversión, su maduración, en términos de imperio de la ley no es sólo algo deseable, es algo necesario si quiere merecer nuestro respeto.

(3) La supremacía de la Constitución, y su expansiva fuerza normativa, tampoco afecta a la concepción débil por las mismas razones indicadas en (1). Sí parece, sin embargo, poner en crisis aquellos otros tres rasgos tradicionalmente asociados a la concepción fuerte del imperio de la ley (su carácter originario, supremo e incondicional). Pero de nuevo habría que señalar que tales rasgos son contingentes para este concepto. El mismo Locke (1690, Capítulo XI, § 135) sostenía que el poder legislativo supremo, «a pesar de que sea el supremo poder de cualquier Estado,» está sometido a restricciones pues no puede ser superior al poder que los miembros de la sociedad tenían en estado de naturaleza. Como ha señalado García Pelayo (1980, p. 52), «para la idea original del Estado de Derecho **non voluntas, sed ratio facit legem**. Por consiguiente, si bien la legalidad es un componente de la idea del Estado de Derecho, no es menos cierto que éste no se identifica con cualquier legalidad, sino con una legalidad de determinado contenido, con una legalidad que no lesione ciertos valores y para los cuales se constituye el orden jurídico y político y que se expresan en unas normas o principios que la ley no puede violar»[28]. En realidad los rasgos de originariedad,

[28] En este mismo sentido J. C. Bayón ha señalado recientemente (1996, p. 7) que «sin duda puede afirmarse, y desde luego se ha hecho, que el ideal del Estado de Derecho encierra más cosas que este concepto de imperio o supremacía de la ley: que también exige al legislador cierta forma específica de legitimidad de origen (democrática) e incluso cierta forma específica de legitimidad de ejercicio.» Con ello entiendo que delimita lo que aquí defiendo como concepción fuerte, lo que lleva aparejado en efecto tanto una determinada legitimidad de origen de la ley, como una concepción normativamente limitada de la potencia de la ley (limitada por los requerimientos de legitimidad en ejercicio que básicamente se traducen en el respeto a los derechos básicos).

supremacía e incondicionalidad corresponden más a los intentos de explicar la posición de la ley en la estructura del sistema normativo que a la concepción moral (normativa) del imperio de la ley. En el terreno explicativo es obvio que tales rasgos -por otra parte discutidos y discutibles- se trasladan a la Constitución. La forma última en sentido jerárquico en que la voluntad general se expresa es la Constitución, y la Constitución es bien definida como primera instancia de poder legislativo[29]. Es necesario, por otra parte, romper la ecuación entre ley (o constitución) y soberanía, porque el concepto de soberanía es una vaporosa imagen de una forma política periclitada. Lo que nos importa es que las leyes sean expresión de la voluntad general y, por ello, que en cada escalón de la constitución o desenvolvimiento de las comunidades políticas, las decisiones normativas estén originariamente legitimadas democráticamente. Una soberanía escalonada sigue siendo un ejercicio colectivo de la libertad negativa mediante las técnicas de instrumentación de la libertad positiva. Una Constitución es un momento del pacto social, pero un momento muy limitado, y el pacto social sólo puede ser una realidad actuante en la medida en que se actualiza mediante la legislación.

(4) La fuerza expansiva de los principios, que como hemos visto actúa unida a la expansiva normatividad de las Constituciones, sí parece plantear problemas a ambas concepciones del imperio de la ley. A la concepción débil en la medida en que, como se reconoce expresamente, supone una progresiva judicialización del Derecho y, con ello, un debilitamiento de la función de aplicar reglas en favor de aplicar razones[30]. Más todavía, quiebra los requerimientos de la concepción fuerte cuando sitúa al juez por encima de toda «perentoriedad normativa». Porque el juez, o cualquier otro funcionario, a quien corresponda el rol de aplicar las normas de un sistema dado, no tiene otra legitimación que aquélla que tengan las normas (sean éstas normas-regla o normas-principio) de ese sistema. Su legitimidad no proviene de la representación, sino de la función. Pero la función, contra lo que Bachof dijo, no es ni ajena ni alternativa, ni mucho menos superior, al título. La única legitimidad del juez es la propia legitimidad del sistema del que es operador cualificado e, inevitablemente, en algún grado creador. Por lo tanto la única legitimidad del juez democrático es aplicar las leyes -y los principios- del sistema democrático. Y ello exige un «principio fuerte de deferencia» (Bayón 1996, p. 31) del juez ante la ley.

---

[29] E. Díaz (1995, p. 9): «División de poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, con lógico predominio en última y más radical instancia del poder legislativo, primero constitucional y luego parlamentario...»

[30] Vid. J. C. Bayón 1996, p. 24: «el ideal clásico del imperio de la ley requiere un derecho de reglas, por cuanto un derecho de principios daría lugar a un modelo de jurisdicción sobre la pauta de la 'jurisprudencia de razones' que frustraría el propósito primario de servir de condición de posibilidad de la autonomía individual.»

Posiblemente la legislación es hoy deficitaria, si es que alguna vez no lo ha sido, en calidad. Posiblemente el legislador democrático es un muy imperfecto espejo de una comunidad ideal de decisión racional. Pero el legislador democrático, y sus leyes, son hoy por hoy -y mientras no se demuestra lo contrario- no sólo el menos malo de los sistemas posibles de decisión colectiva, sino -sin duda alguna- el mejor de todos los conocidos. Y cuando la ley es expresión de la voluntad popular su imperio constituye el primer imperativo de la moral colectiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ackerman, Bruce (1995) *El futuro de la revolución liberal*, Ariel, Barcelona.

Alonso García, Enrique (1986) *La incidencia en el ordenamiento constitucional español de la Ley orgánica 10/1985, de 2 de Agosto, de autorización para la adhesión de España a las Comunidades Europeas, como puesta en práctica del Artículo 93 de la Constitución española*, en García de Enterría y otros 1986, pp. 355-384.

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (1991) *Sobre principios y reglas*, Doxa nº 10, pp. 101-120.

-(1996) *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.

Bastida Feijedo, F. J. (1981) *Comentario bibliográfico sobre la naturaleza jurídica de las leyes orgánicas*, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 2, Mayo-Agosto 1981, pp. 285-311.

Bayón, J. Carlos (1993) *Integración europea e identidad de los sistemas jurídicos*, inédito.

-(1996) *Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional*, inédito.

Capotorti, Francesco (1986) *El procedimiento de producción legislativa en las Comunidades Europeas*, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 16, Enero-Abril 1986, pp. 247-285.

Díaz, Elías (1966) *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid (se cita por la edición de 1973).

-(1995) *Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales*, Sistema nº 125, Marzo 1995, pp. 5-22.

Díez Picazo, Luis (1979) *Constitución y Fuentes de Derecho*, en Varios 1979, pp. 649-665.

-(1985) *Constitución, Ley, Juez*, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 15, Septiembre-Diciembre 1985, pp. 9-23.

Díez Picazo, Luis María (1988) *Concepto de Ley y tipos de leyes*, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 24, Septiembre-Diciembre 1988, pp. 47-93.

-(1989) *Ley autonómica y Ley estatal (Sobre el significado del principio de competencia en el Estado autonómico)*, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 25, Enero-Abril 1989, pp. 63-86.

Fernández, Tomás Ramón (1979) *Autonomía y Sistema de fuentes*, en Varios 1979, pp. 823-886.

-(1981) *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Cuadernos Civitas, Madrid.

García de Enterría, Eduardo y otros (1986) *Tratado de Derecho comunitario europeo (Estudio sistemático desde el Derecho español)*, tres tomos, Civitas, Madrid.

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón (1990) *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid (5ª edición).

García Pelayo, Manuel (1980) *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid.

Garrido Falla, Fernando (1979) *Las fuentes del Derecho en la Constitución española*, en Varios 1979, pp. 27-48.

Garzón Valdés, Ernesto (1993) *Derecho, Ética, Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Gondra Romero, José M. (1986) *Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea*, en García de Enterría y otros 1986, pp. 275-312.

González Navarro, Francisco (1979) *Potestad legislativa del Estado y potestad reglamentaria autónoma de las nacionalidades y regiones*, en Varios 1979, pp. 1021-1157.

Kant, Emmanuel (1797) (1978) *Introducción a la Teoría del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Laporta, Francisco (1994) *Imperio de la Ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz*, Doxa nº 15-16, Vol. 1, pp. 133-145.

López Guerra, Luis y otros (1991) *Derecho Constitucional*, Vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia.

Martín Oviedo, José M. (1979) *Tipología, jerarquía y producción de las normas en la Constitución española*, en Varios 1979, 1275-1306.

Peces Barba, Gregorio (1981) *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, Fernando Torres, Valencia.

Pizzorusso, Alessandro (1984) *Lecciones de Derecho Constitucional*, dos tomos, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Predieri, Alberto y García de Enterría, Eduardo (1980) *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático*, Civitas, Madrid.

Prieto Sanchís, Luis (1981) *El ordenamiento jurídico en la Constitución*, en Peces Barba 1981, pp. 93-156.

Rousseau, Juan Jacobo (1762) (1968) *Contrato Social*, Espasa Calpe, Madrid.

Ross, Alf (1969) *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.

Rubio Llorente, Francisco (1986) *El procedimiento legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del Derecho*, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 16, Enero-Abril 1986, pp. 83-113.

Rubio Llorente, Francisco y Aragón Reyes, Manuel (1980) *La jurisdicción constitucional*, en Predieri y García de Enterría 1980, pp. 829-886.

Sánchez-Agesta, Luis (1979) *La jerarquía normativa en la Constitución de 1978*, en Varios 1979, pp. 1895-1908.

Santaolalla López, Fernando (1979) *Los tratados como fuente del Derecho en la Constitución*, en Varios 1979, pp. 1907-1938.

Varios (1979) *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, tres tomos, Dirección General de lo Contencioso del Estado. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

TEORÍAS DE LA DEMOCRACIA Y FUNDAMENTACIONES DE LA DEMOCRACIA

Introducción

Parece que la democracia es buena cosa. Parece, también, que no está muy claro por qué. Si un politólogo del futuro o de otro planeta, ingenuo e inteligente (los convenientes atributos de tales invitados), llegada la ocasión, entretuviera sus horas en repasar nuestras alabanzas, no podría por menos que mirar con cierta ternura nuestra pasión por la democracia y con desconfianza nuestras explicaciones. «Desde luego -pensaría- todos la querían, aunque cada uno por razón distinta, razón que, además, era discutida por el vecino. Quienes elogiaban sus virtudes para recoger la voluntad colectiva se encontraban con sofisticados teoremas que mostraban la imposibilidad de traducir inequívocamente muchas voluntades en una voluntad colectiva o con prudentes réplicas que recordaban que los representantes políticos difícilmente están en condiciones de atender a sus representados; quienes apreciaban sus virtudes educativas sobre la ciudadanía no podían desatender sin deshonestidad una investigación empírica que revelaba la pobre atención hacia lo público de sus presuntos protagonistas, los ciudadanos de las modernas democracias. Algunos se acordaban de la estabilidad social, el progreso económico, la justicia o corrección de las decisiones democráticas y de mil cosas más. Inmediatamente, otros tantos replicaban con contraejemplos a cada uno de esos motivos. En fin, demasiadas razones y demasiado frágiles». A buen seguro, nuestro confundido investigador no podría por menos que concluir que el acuerdo acerca de la bondad de la democracia era de vuelo corto, que los fundamentos morales de la democracia no estaban claros[1].

Si llegaran a sus manos, las siguientes páginas quisieran oficiar como una invitación a que ocupe su tiempo en menesteres más provechosos: el

[1] Para exploraciones generales y comparaciones de distintas estrategias de fundamentación cfr. Dahl (1989); Gutmann (1993); Nelson (1980); Garzón Valdés (1994); Nino (1991); Ackerman, Rosenkrantz (1991); Macpherson (1980); Habermas (1992).

problema de los fundamentos morales no tiene solución en tanto los disputantes están manejando *diferentes ideas de democracia y diferentes ideas de fundamentación*[2]; y, claro, si hay diferencias en lo que se fundamenta y en cómo se fundamenta, difícil será resolver «el problema de la fundamentación». También quisieran prevenirlo contra cualquier intento de empeñarse en solucionar el problema: no hay manera. La dificultad no es circunstancial, sino esencial. A diferencia de lo que sucede con otras fundamentaciones morales, *la fundamentación de la democracia exige una teoría de la democracia, que permita reconocer qué estamos fundamentando, y esa misma teoría impone una diferencia en el procedimiento de fundamentación*[3]. Las páginas que siguen mitigarán el dogmático hermetismo de este diagnóstico[4]. De momento baste con abundar en lo dicho: Las diferentes estrategias

---

[2] A lo largo del texto se distinguirá entre «fundamentaciones de la democracia» y «teorías de la democracia». Vale la pena precisar el sentido de esa distinción. El asunto central que nos ocupará, la «fundamentación», se refiere a las justificaciones normativas, a «por qué es buena la democracia». La teoría se entiende en su sentido más estricto y común en filosofía de la ciencia: un conjunto de enunciados (leyes) que conjuntamente constituyen una definición. Desde el punto de vista positivo, interesan las teorías -definiciones- que encuentran referentes. De todos modos, una teoría que no tiene «modelos», sistemas reales, en los que «se realice», puede resultar interesante para propósitos normativos o analíticos. Así se podría decir que las democracias contemporáneas no son modelos de la teoría de la democracia republicana (en realidad, la crítica reaccionaria *a la* Carl Schmit, Mosca, Pareto o Michels no hacía sino percibir imprecisamente esta circunstancia: se critica como falsa democracia -republicana- lo que de hecho es -un sistema de- una democracia diferente, un modelo de otra teoría: la democracia competitiva). Junto a las dos dimensiones mencionadas, «fundamentación» y «teoría», habría que añadir la «ontología social», entendiendo por tal una serie de tesis acerca del -para decirlo clásicamente- ser social que acompañan a fundamentaciones y teorizaciones. Así por ejemplo, la teoría de la democracia como un mercado presume un mundo social compuesto por *homine oeconomici*, por individuos que persiguen sus intereses (Ovejero, 1995a).

También debe distinguirse la idea de fundamentación normativa en el sentido aquí utilizado de la idea de fundamentación -más exigente- que acompaña a la evaluación de los proyectos políticos de cierta hondura. En este último caso se requiere no sólo la vertebración normativa con los valores, con el ideario inspirador, sino también la compatibilidad con el conocimiento teórico disponible, la realizabilidad práctica y la estabilidad reproductiva. Sobre estos aspectos cfr. Ovejero 1995a.

[3] Implícitamente se está presumiendo aquí un compromiso entre método y teoría que requiere algunas precisiones. Desde luego: a) la distinción conceptual es clara, una cosa es qué explica (teoría) y otra cómo se explica (método); b) distintas teorías pueden compartir un mismo procedimiento explicativo (p.e. la explicación funcional presente en marxistas y funcionalistas); c) en principio una misma teoría puede adoptar -aunque resulta difícil pensar que no se requiera un ajuste categorial- distintos formatos explicativos. (Así ha sucedido con la teoría neoclásica del equilibrio general neoclásico y la teoría de la explotación marxista que han encontrado diferentes formulaciones matemáticas). Pero no es menos cierto que las teorías constriñen el ámbito de los procedimientos de explicación: el qué explica limita en buena medida el cómo se explica. Por ejemplo, no se ve el modo en el que las teorías físicas contemporáneas podrían adoptar un formato intencional o funcional.

[4] Diagnóstico que vale sobre todo para la que aquí se llamará fundamentación instrumental. El esqueleto argumental se puede anticipar sumariamente: a) fundamentar requiere reconocer que se fundamenta, x; b) reconocer x requiere una teoría sobre x (al modo como la teoría atómica permite identificar a los átomos); c) una teoría establece -al menos- una relación -un vínculo causal, p.e.- entre dos entidades (p.e.: «la democracia es un sistema que permite maximizar el bienestar»), entre «x e y»; d) esa relación es, a la vez, una pieza de la fundamentación («x se justifica por y»). Por tanto, la teoría, que es una estipulación acerca de aquello sobre lo que recae, es también la premisa que garantiza la fundamentación. Por ejemplo, el juicio «la democracia es un sistema que al expresar las preferencias permite maximizar el bienestar», sirve para estipular, reconocer y fundamentar la democracia. Si no se expresan las preferencias (y se maximiza el bienestar) no estamos ante una democracia y la democracia se justifica precisamente porque -en ella- se expresan las preferencias (y se maximiza el bienestar).

La necesidad de una teoría que permite saber qué es lo que se fundamenta se hace más manifiesta cuando nos encontramos frente a procesos complejos en los que no hay un reconocimiento independiente, desde «fuera de la teoría», de lo que se está fundamentando. Es lo que sucede con el mercado (Ovejero, 1994a). Con todos los matices, esa circunstancia no concurre cuando se trata de derechos específicos acerca de cuya caracterización no hay problema: los derechos al voto, a la ciudadanía, la eutanasia, de los animales, etc.

de fundamentación manejan diferentes ideas de democracia y diferentes ideas acerca de lo que se entiende por una correcta justificación.

La primera parte de la exposición se ocupará de justificar la naturaleza del problema de la fundamentación moral de la democracia (PFD en lo sucesivo). Me referiré a tres enfoques diferentes que abarcan las distintas maneras de abordar la fundamentación (instrumental (FI), histórico (FH) y epistémico (FE)), cada uno de ellos asociados a diferentes teorías de la democracia: competitiva, comunitaria y republicana. Por más que en la vecindad de las diferentes perspectivas se puedan reconocer sin esfuerzo diferentes corrientes de la filosofía política contemporánea, debe advertirse que el criterio discriminador es prioritariamente metodológico, que se refiere sobre todo a procedimientos, no a tesis sustantivas[5]. De hecho, cada una de las

[5] Por lo demás, la reconstrucción traicionará un poco a todo el mundo, pero eso hay que atribuirlo, además de a las ignorancias del traidor, a la falta de anatomías teóricas claras y distintas en la obra de los traicionados. Incluso el utilitarismo, tantas veces presentado como ejemplo de teoría normativa precisa, está cargado de ambigüedades empezando por la propia noción de utilidad. Las ideas sobre utilidad son bien diversas: como satisfacción de deseos; como bienestar recibido; como elecciones realizadas; como sustancia; como propiedad última a la que se reducen las demás. Cada una de las ideas se asocia a un asunto distinto y, en ocasiones, a una métrica diferente. En particular las ideas que se manejan en teoría económica, en teoría de juegos y en teoría moral son diferentes. Estas cosas conviene recordarlas, entre otras razones porque las críticas a las -muchas- debilidades del utilitarismo -indistinción entre personas, derechos, etc.- empiezan por concederle un crédito para el que no tiene avales. Avales que, por cierto, son particularmente necesarios para una teoría consecuencialista: si se juega a evaluar por los resultados, comparando sus eficiencias, hay que estar en condiciones de especificar las funciones métricas, hay que poder echar las cuentas (y, también, disponer de las teorías que nos relacionen acciones y consecuencias: vamos, un sueño). De otro modo, nos encontramos, amén de con la falta de nervio intelectual propia de las simplificaciones pseudocientíficas, con una «ilusión de rigor», conocida falacia que resulta particularmente deshonesta cuando se acompaña -como sucede con frecuencia con los utilitaristas- de condenas a los rivales «poco operacionales», «especulativos», etc.

Curiosamente parece que todos confían en que «los economistas tengan claro qué sea eso de la utilidad». Y lo cierto es que entre éstos, los que realmente saben del asunto confiesan que los economistas no lo tienen claro (Sen, 1991: 278). En el caso de la teoría normativa, en el utilitarismo, las cosas son mucho más graves que en la teoría económica. Esta necesita una idea de utilidad (ordinal) muy pobre, muy elemental, para -al menos- construir su caja de herramientas. Por contra, el utilitarismo necesita una idea fuerte de utilidad, que incluya la posibilidad de comparaciones interpersonales de utilidad. El problema es que, sin eso, el utilitarismo no es nada, y eso es imposible (Haussman, 1995). Cfr. infra nota 25.

estrategias de fundamentación es compatible con distintos argumentos, aunque no con todos.

El repaso de las diferentes perspectivas ayudará a mostrar lo que hay de sinsentido del problema de PFD: cada perspectiva se ocupa de diferentes asuntos, asuntos que no siempre tienen que ver con la fundamentación normativa. *Como se verá, tan sólo la perspectiva epistémica establece una relación fuerte entre democracia y moralidad*. Relación que le permite salvar una serie de dificultades en las que -de distinta forma[6]- incurren las otras perspectivas: ausencia de poder discriminador, esto es, incapacidad para fundamentar la democracia y sólo la democracia; vinculación circunstancial entre democracia y moralidad; inevitable nihilismo en -y por tanto frustración de- el empeño fundamentador; irrealidad de los supuestos empíricos -antropológicos, sobre todo- comprometidos en la argumentación. Dificultades que se traducen en el vaciamiento moral de la idea de democracia. Dificultades que, como se verá en la parte final, no aparecen en la perspectiva en la que se aúnan FE y teoría republicana. En ese sentido, se puede decir que la FE se muestra como la única fundamentación genuina[7].

0.1. Tres perspectivas sobre la democracia

¿Por que, después de todo -se podría preguntar nuestro personaje-, aquello de la democracia no era un simple artilugio para organizar un patio de vecinos un poco grande? Si ese es su sentir, se complacerá al encontrar muchos autores que entienden la democracia como un instrumento, un sistema de toma de decisiones, una técnica que permite traducir muchas voluntades en una, un conjunto de reglas para coordinar preferencias individuales. Pero su gozo no se prolongará mucho. No tardará en comprobar que algunos otros estaban fascinados con una especie de principio democrático que traspasaba con impudicia más de dos mil quinientos años. Los griegos, las repúblicas italianas, las mil formas del parlamentarismo, para ellos -aún si con dispar intensidad- todo era «democracia», sin importar que en unos casos no existiesen representantes o que, cuando existían, «representaran»

[6] No hay ortopedia en la precisión: «de forma distinta». No hay inconsistencia entre sostener que las distintas perspectivas se ocupan de distintos asuntos y afirmar que se enfrentan a problemas parecidos. Por ejemplo, dos teorías pueden tener problemas de consistencia, sin que el problema sea el mismo. Cada una lo tiene de distinta -interna- forma. A la vez podemos reconocer que *toda* teoría satisfactoria -para ciertos problemas explicativos, p.e.- debe ser consistente. Del mismo modo, se puede aspirar a identificar los criterios de calificación que debe satisfacer toda genuina fundamentación de la democracia, Cfr. nota siguiente.

[7] Precisamente el que la única genuina fundamentación moral sea la FE permite sostener sin inconsistencia la simultaneidad de inconmensurabilidad entre los enfoques y la superioridad de la FE. Se trata de superioridad relativa a una dimensión específicamente moral que, como se verá, no se encuentra en la FH o en la FI.

cosas diferentes; que unas veces no hubiera elecciones y otras poco más que enormes escenografías electorales; que otro tanto sucediera con la separación de poderes o con las formas de inserción política (y que entre éstas, por encima de superficiales similitudes, las diferencias fueran abismales, como sucedía con los partidos políticos, verdaderas instituciones proteicas)[8]. A buen seguro, nuestro observador acabaría por concluir que éramos unos metafísicos recalcitrantes, empeñados en una «democracia esencial» más allá de las democracias. Quizá -se diga- no se trate ni de reglas ni de principios: como sucedía con tantas de sus pequeñas mitologías, desde sus dioses hasta sus ritos, no intentaban sino dotar de sentido a biografía pasada a lo que simplemente era historia. También encontraría otros autores dispuestos a alimentar esta opinión, a coincidir en una interpretación social, histórica de la democracia. En suma, concluiría, *aquellas gentes no tenían nada claro que era eso de la democracia, confundidos como estaban entre tres ideas: a) un producto histórico; b) un conjunto de reglas (la de mayoría, p.e.) al servicio de resolver algunos problemas domésticos; c) «una metafísica» por encima de sus encarnaciones históricas, un principio difícilmente asible, pero que «se valora por sí mismo».*

Consideraciones aparte acerca de nuestra mudabilidad de humores, nuestro estudioso empezaría a pensar que al menos disponía de una explicación para el embrollo de PFD. Cada enfoque estaba hablando de cosas distintas bajo el mismo rótulo y, obviamente, sin acuerdo acerca de qué se está fundamentando el diálogo de sordos resulta inevitable. La solución al PFD dependería del acuerdo acerca de la idea democracia. Se trata de un problema soluble, complicado, pero soluble. Bastaba con precisar el concepto y encarar la tarea fundamentadora. Desafortunadamente, tampoco estaba claro qué se entendía por solución aceptable, cómo abordar la fundamentación. El desacuerdo del concepto se acompañaba del desacuerdo en el procedimiento. Cada una de las perspectivas contemplaba de manera diferente el empeño fundamentador. Y en cierto modo parecía obligado. Pues si la democracia se entiende como simple historia, lo que toca es explicarla o, en todo caso, comprenderla, desde la red de acontecimientos sociales y morales en la que se inserta; si, por contra, la democracia simplemente es un conjunto de reglas para tomar decisiones acerca de la vida colectiva, se justifica como cualquier instrumento desde la finalidad para la cual se construye, y su vida se agota en la medida en la que otra herramienta la sustituya de un modo más eficaz; finalmente, si la democracia es un principio, la cosa es más peliaguda, porque más que justificar, justifica, fundamenta, y la

[8] 'Sobre tales cambios cfr. Finley (1973); Dunn (1993); Macpherson (1980), Ostrogorski (1993); Manin (1991); Held (1987); Gauchet; Manent; Rosanvallon (1993). Desde una intención afín a la del presente trabajo resulta de especial interés las calas históricas (Grecia, las repúblicas italianas, las revoluciones democráticas, el parlamentarismo y sus fases) y la perspectiva de Manin (1995).

dificultad radica en determinar que es lo que fundamenta: algunos dirán, con no escaso tino, las buenas decisiones morales.

1. La democracia como instrumento[9]

Un conjunto de perspectivas entienden -y fundamentan- la democracia al modo como se da cuenta y se justifica una artefacto: «la estilográfica es una herramienta para escribir»; «el disco compacto es un sistema para almacenar información sonora». En ese aserto hay descripción y razón de existir, teoría y fundamentación. Estas perspectivas acostumbran a utilizar argumentos que guardan similitudes con ciertas defensas -no muy refinadas, todo hay que decirlo- del mercado[10]. Los votantes, como sucede con los consumidores, se enfrentarían a diversas opciones y elegirían según su parecer, según sus preferencias, de modo que, al fin, el estado social (la voluntad general) obtenido sería aquel que satisface al máximo número de individuos. La democracia se presentaría como un modo de reunir las preferencias en una voluntad general. Las preferencias de los individuos se tomarían como dadas[11], no serían argumento público, no se formarían como resultado o en la actividad política. La parte pública de la democracia se agota en la reunión de las preferencias privadas, preferencias que se forman -por así decir- antes de la democracia y que tienen que ver, según la perspectiva, con la selección de élites, el bienestar colectivo o los intereses en conflicto. La democracia no sería otra cosa que un instrumento imparcial, un conjunto de reglas que permite traducir muchas voluntades en pocas, una función matemática que tiene como dominio las preferencias de los individuos

[9] Cfr. J. Mill (1978); J. S. Mill (1956); Schumpeter (1976); Dahl (1956); Singer (1983); Downs (1957); Buchanan, Tullock (1962); Barry (1970); Schmidtz (1990); Wittman (1989).

[10] El mercado neoclásico queda a la vez descrito y justificado como «mecanismo óptimo de asignación de recursos». Sólo es mercado aquello que cae bajo tal caracterización, aquel sistema de asignación que es eficaz (y aquí se puede sustituir «eficaz» por un detallado inventario de condiciones: «información simétrica, producción instantánea, ausencia de economías de escala, de externalidades, etc.»). El mercado queda justificado por su eficiencia y la eficiencia asegurada por definición. Cfr. Ovejero, 1994a, introducción. Sobre los límites de las comparaciones, referidas a las preferencias, entre mercado y democracia cfr. Durilcavy, Margetts (1995).

[11] Como se verá, este «tornar las preferencias como dadas» traza línea de demarcación en las teorías de la democracia, entre una idea según la cual la democracia se agota en el proceso de agregación de las preferencias y otra idea para la que la democracia tiene que ver sobre todo con su formación en pública discusión. Vale la pena advertir que a «tornar las preferencias como dadas» se puede llegar desde: a) la presunción de que la razón es ajena a ellas, que son cuestión de gustos, al modo como la racionalidad es ajena a escoger entre una lata de atún y una de anchoas; b) la presunción de que el individuo es el único tribunal de evaluación y determinación de sus preferencias. Sobre las preferencias en las distintas ideas de democracia cf. Sunstein (1991; 1993); Ferejohn (1993).

y como rango una voluntad general[12]. La democracia quedaría justificada en la medida en que permite identificar esa voluntad general y realizarla operacionalmente, obtener determinados resultados: la identificación de los más capaces, el máximo de utilidad social o un equilibrio apaciguado de los conflictos. Aquello que se evalúa, justifica y da sentido a ese conjunto de reglas que es la democracia es su potencialidad para acceder a cierto estado final, sus consecuencias, y es -la deseabilidad de- el estado final lo que lleva a construir el instrumento democracia.

Sucede lo mismo con la estilográfica o el disco compacto. Se justifican y construyen porque permiten acceder a una situación o producir un estado de cosas y porque el estado o situación es deseable. El objetivo es el que da sentido a la construcción del instrumento. Interesa una buena audición y por eso hay que quedarse con el disco compacto: es el que mejor se ajusta al propósito y precisamente por eso ha sido creado. El artefacto se justifica (a) en la medida en que el propósito resulta lícito y (b) en la medida en que el artefacto permite conseguirlo óptimamente, en tanto produce eficazmente ciertos resultados o estados del mundo (sonidos, escritura). El primer aspecto es propiamente moral y el segundo, finalmente, empírico: afirma una relación causal entre la herramienta y el estado final de cosas que produce[13]. En ese sentido, en tanto la carga de la prueba moral recae exclusivamente en el propósito, la democracia no tiene más dimensión moral propia que pueda tener una mesa, un artefacto. Desde el punto de vista moral, lo realmente importante, lo discutible o justificado es el estado final. Lo otro, el mecanismo, tan solo se puede discutir empíricamente, acerca de si es cierto

[12] Función imposible en condiciones medianamente razonables (dominio universal, transitividad, unanimidad, ausencia de dictadura, independencia de las alternativas irrelevantes) como demostró el teorema de Arrow (1951). Por cierto que se ha tomado esta circunstancia como argumentación en contra de la democracia republicana y en favor de una democracia liberal (o de competencia) que se limita a seleccionar élites, a ejercer la libertad negativa (Riker, 1982; Hardin, 1993). Argumentación que descuida: a) que los teoremas de elección por su propia formulación -no comprometida con qué se elige, con sobre qué recae la elección afectan a la democracia liberal-competitiva; b) que hay razones para pensar que una democracia deliberativa -en la cual antes de votar hay que fundamentar públicamente las preferencias y en donde las preferencias no son sobre interés- reduce razonablemente el conjunto de preferencias y con ello debilita el axioma del dominio universal, uno de los que sostiene el teorema de imposibilidad de Arrow. Cr. (Coleman, Ferejohn, 1986; Christiano, 1993; Miller, 1993).

[13] Se podría decir que la idea de democracia cae bajo una descripción funcional al modo como se habla de descripciones funcionales en filosofía de la cognición. La democracia o el disco son simples realizaciones de ciertos procesos causales en los que ciertos *inputs* (preferencias, sistemas de lectura) causan ciertos *outputs* (voluntad general, sonidos). Las propiedades funcionales pueden «instanciarse» materialmente de modo diverso. Lo importante es que caben diversas -al menos una- realizaciones de una misma descripción funcional. En el caso de la democracia no resultarían inimaginables diversos mecanismos de realización; un supuesto lector mental de preferencias, votación informática, etc. Mecanismos que de diferente forma causan -realizan- el proceso de obtención de las preferencias.

o no que permite obtener ciertos resultados. Precisamente por eso es de desear que el instrumento sea el mejor. Si no es así, dejará de estar justificado: habida cuenta de que lo que actúa como cimiento fundamentador es la buena audición o la máxima utilidad, que son los valores no discutidos (aunque discutibles), resulta razonable exigir que se escoja el mejor instrumento para su realización. El disco de vinilo, romanticismos aparte, deja de estar justificado cuando se dispone del disco compacto. De la misma manera, la democracia, como el disco, es superable e inevitablemente está llamado a ser superada. El artilugio, porque es instrumento, sólo se justifica si es el mejor para producir lo que produce.

1.1. Los rasgos de la justificación instrumental

En general, la justificación de Y (la democracia, el disco compacto) desde X (la resolución de los conflictos, la audición) exige mostrar: a) que existe una vinculación -causal- de Y con X[14]; b) que esa vinculación es óptima respecto al propósito que da sentido a Y; c) que X es bueno o interesante en algún sentido. La fundamentación utilitarista es un buen ejemplo de estas justificaciones. En su caso, las tesis fundamentadoras serían: a) la democracia permite realizar[15] el bienestar; lo hace mejor que cualquier otro marco institucional[16]; c) el bienestar es un asidero último no discutible.

---

[14] Como se verá, esta premisa es la que reclama una teoría de la democracia. Teoría que, en principio (Lewis, 1983), siempre se puede describir funcionalmente: un proceso causal siempre admite una descripción funcional, la descripción de como a través de un proceso ciertos *inputs* dan lugar a ciertos *outputs*. Es una caracterización funcional los términos adquieren su significado por el rol causal que se le adscribe en la teoría a la entidad a que se refiere; así, p.e., un alimento es una sustancia que cuando es digerida produce/causa la nutrición de los organismos. El rol causal del concepto alimento admite diversos ocupantes. Cuando se trata de un artefacto la funcionalidad remite a un propósito para el que se crea. En el caso que nos ocupa, como se dijo en la nota anterior, diversos ocupantes (lector mental, etc.) instancian (realizan) la obtención de las preferencias o -directamente- propician la maximización.

[15] O determinar las preferencias, lo que los individuos quieren satisfacer. Obviamente las dos ideas («determinación de preferencias» y «satisfacción») no son equivalentes en la fundamentación de la democracia porque: a) la determinación de las preferencias puede no traducirse en la satisfacción; b) la satisfacción (bienestarismo objetivo) puede prescindir de la determinación por vía democrática; e) la maximización del bienestar, aún si compatible con la democracia, puede no estar relacionada directamente con las preferencias entendidas como expresión de los deseos: por ejemplo, las preferencia podrían recaer sobre las élites políticas y éstas estarían obligadas a averiguar -y satisfacer- los deseos; en este caso las preferencias no tienen que ver directamente con la satisfacción de los deseos, se limitan a actuar sobre ciertos actores -las élites- que están obligados a escrutarlas y satisfacerlas. Por lo demás, tampoco ha de confundirse (d) la satisfacción de preferenciar con el sentimiento -o creencia- de satisfacción.

[16] Este requisito -tremendamente fuerte- viene dado por el carácter consecuencialista del utilitarismo. Mientras que las éticas deontológicas simplemente se limitan a tomar la forma negativa («no hacer x», «no es deseable la institución w»), las consecuencialistas toman la forma de: «hágase Y», donde «Y» se corresponde con la única estrategia óptima. Las primeras son compatibles con muchas acciones (y, z,...) y en ese sentido son poco exigentes; por contra, las segundas exigen mucho, sólo son compatibles con una acción, con el óptimo, con Y. Es sabido que el utilitarismo, que exige actuar según el óptimo, requiere héroes sin tregua, individuos poco «utilitaristas» (en el sentido del homo oeconomicus). Sobre estos aspectos del consecuencialismo cfr. los trabajos de Railton, Parfit y Scheffler incluidos en Scheffler (1988). Sobre el «sentido común» de tales exigencias morales, de reclamar que se actúe según el máximo bienestar colectivo cfr. Kagan (1989).

[De lo dicho se sigue que la crítica -interna, compartiendo enfoque- a una fundamentación puede: a) mostrar que no existe tal vinculación; b) mostrar que existen instituciones que mantienen una conexión más discutible, menos frágil, con el valor fundante[17]; c) discutir el presunto interés del objetivo último. Las dos primeras críticas son internas en sentido estricto, comparten método y comparten criterio de valoración. La última, aún si de acuerdo en la perspectiva instrumental, critica el objetivo, el valor. La realización de una sola de las tareas es condición suficiente para desmontar el empeño fundamentador. En el caso del utilitarismo, para seguir con el ejemplo, se podría discutir: a) si la utilidad es un buen baremo; b) si la democracia garantiza la maximización del bienestar; c) si no existen sistemas de organización política que garanticen de un modo mejor el bienestar[18]. Todas esas críticas son posibles y todas se han ejercitado. Se ha discutido que el bienestar sea un correcto criterio último para evaluar las acciones y los estados sociales[19]; que la democracia -entendida como un conjunto de reglas de agregación- permita realmente pasar de un modo inequívoco desde las preferencias de los individuos a la voluntad general[20]; y que no existan procedimientos mejores para realizar el bienestar que la agregación democrática[21]].

---

[17] Por lo dicho en la nota anterior esta crítica sólo valdría para las fundamentaciones consecuencialistas, no para las deontológicas. Para éstas basta con la existencia de una conexión razonable -no la mejor- entre el valor fundante y aquello que funda.

[18] Es importante destacar el requisito de que la *vinculación sea óptima*. Lo que realmente fundamenta -el valor no discutido- es Y. X es simplemente un instrumento para la realización de Y. Y siempre resulta razonable cuando se persigue un objetivo escoger el mejor medio para su consecución.

[19] Las críticas por esta vía han sido diversas: el objetivo de maximización del bienestar es compatible con situaciones de desigualdad; se ignoran consideraciones relativas a dimensiones importantes que no quedan recogidas bajo la utilidad (autorrealización, respeto, amor); se muestra indiferente al cómo, a la vía por la cual, se obtiene el bienestar; etc. Cfr. Sen, Williams (1982); Elster, Roemer (1991); Anderson (1993).

[20] La teoría de la elección social muestra de muchas maneras -desde el teorema de Arrow- la imposibilidad de una función que tomando como argumento las preferencias individuales se traduzca sin problemas -de consistencia, de pluralidad- en una única preferencia colectiva. Para un repaso general de tales resultados cfr. Mueller (1989); con una mayor sensibilidad hacia los problemas que aquí nos ocupan cfr. Wriglestorth (1985).

[21] Al cabo, un modo de salvar los problemas del teorema de Arrow es relajando la hipótesis democrática, esto es, asumiendo que las preferencias de un individuo, de un dictador, son las preferencias sociales. Por otra parte, si lo que importa es el bienestar, antes que la libertad para elegirlo (y no hay que olvidar que nos manejamos con teorías consecuencialistas para las que la libertad por sí misma no es relevante) o si no se asume el supuesto de suyo arriesgado de que los individuos saben -sin más- qué es lo mejor para ellos, podría muy bien pensarse en que una dictadura provista de una especie de lector mental o hermeneuta universal es lo que mejor se acomoda a la justificación utilitarista. Buena parte de los argumentos que discuten las preferencias (o bienestarismo) «subjetivas», «privadas» implícitamente apuntan en esta dirección, cfr. Sunstein (1991; 1993); Ferejohn (1993). En el mismo sentido muchos de los argumentos que repiensan la idea de representación y que recuerdan que la voluntad general se manifiesta de formas ajenas a las elecciones cfr. Paterman (1970); Manin (1987).

Pero no interesa ahora la patología, sólo la anatomía, la estructura de la justificación; en particular, dos aspectos que permiten reconocer la peculiaridad de la fundamentación instrumental. Primero, la fundamentación es interna al plano axiológico: arranca desde premisas morales más básicas, anteriores sólo en sentido lógico, no histórico o epistémico. Cuando un utilitarista trata de justificar la libertad de prensa no escapa del plano axiológico[22], no apela a circunstancias históricas, a condiciones sociales o a principios acerca de procedimientos de argumentación, a condiciones (epistémicas) de formación de juicios morales. Diría, por ejemplo, que la libertad de prensa permite conocer mejor los deseos de los individuos y disponer para su satisfacción mecanismos institucionales mejor engrasados. Vincula unas acciones o valores con un valor o criterio más fundamental, no discutible, como el bienestar[23] (aunque si la fundamentación se quiere completa -y un poco paradójica- dará razones en favor de ese valor, del bienestar). Trata de mostrar que la acción o el valor está directamente relacionado con -maximiza- la utilidad. En ese respecto la fundamentación se asemeja a las explicaciones de la ciencia. Cuando predecimos un eclipse con las leyes de la mecánica clásica no «salimos» del plano empírico: pasamos de las premisas a las conclusiones en una inferencia estricta, sin que medien juicios acerca de las condiciones de conocimiento o sobre las reglas de funcionamiento de las comunidades científicas. Del mismo modo, tampoco la fundamentación instrumental da cuenta de las acciones morales desde premisas históricas, desde la sociología o la biografía, ni desde las condiciones en que se construyen los juicios morales. Es en ese sentido en el que se habla aquí de *fundamentación interna*.

El segundo extremo tiene que ver con cierta ambigüedad inevitable de la primera premisa, con aquella que establece una vinculación entre el valor que justifica (X) y lo que se justifica (Y), entre la utilidad y la democracia, por ejemplo. La ambigüedad se presenta sobre todo cuando nos enfrentamos

[22] Aunque obviamente siempre hay supuestos empíricos como en cualquier argumentación moral, supuestos presentes en la primera premisa. En ella se esconde una afirmación acerca de una secuencia causal entre una acción (o institución) y unas consecuencias, afirmación que puede ser compatible o no con las observaciones.

[23] Para lo cual se necesita una teoría. Precisamente radica aquí una de las dificultades mayores de las estrategias consecuencialistas: la ausencia de instrumentos poderosos, de teorías, que nos permitan operacionalizar doctrinas tan -presuntamente- operacionales como el utilitarismo. Lo cierto es que a la vista de la incapacidad para «echar las cuentas» (entre otras razones por los problemas de la unidad de medida: la utilidad, cfr. nota 5), una teoría cuyo argumento fundamental es que «hay que echar las cuentas y dejarse de historias» queda en un triste papel. Al final el utilitarismo también acaba pasteleando para acomodarse a las intuiciones morales. Si realmente fuera una teoría poderosa, con potencia de cálculo, las predicciones -acerca de que acción es la que realmente maximiza la utilidad- tendrían que ir por delante y aún en contra de las intuiciones, podrían, por ejemplo, promover un sorteo para matar unos pocos individuos y transplantar sus órganos a muchos otros. Y son pocos -Singer (1979) sería una excepción- los utilitaristas dispuestos a discutir «lo natural».

a la justificación de instituciones, en tanto estas requieren alguna caracterización que permita reconocer a la institución. En principio, la caracterización de lo que se justifica debe ser independiente de la perspectiva justificatoria[24]. No se consideraría con muchos vuelos una justificación de «x» en nombre de «y» que arrancara estipulando que «x es y». Por ejemplo, la afirmación «la democracia permite realizar el bienestar» exige, si no se quiere vacía, una idea de democracia que no incluya inmediatamente la idea de bienestar. Necesitamos saber «qué es la democracia», necesitamos una teoría de la democracia que nos permita reconocer la democracia, al modo como la teoría atómica -que caracteriza al átomo por una serie de propiedades: cargo, masa, spin, etc.- nos permite reconocer un átomo. Desafortunadamente, *la propia caracterización instrumental de la democracia impone una referencia a los objetivos, que es, de facto, a la vez que una teoría de la democracia, una justificación del por qué de la democracia.*

Para justificar la democracia, para ver si satisface el criterio moral, necesitamos saber qué es una democracia. Para saber qué es una democracia necesitamos, a su vez, una teoría de la democracia, una estipulación de qué es la democracia. Pero es el caso que, en virtud de la caracterización instrumental, la estipulación de qué sea la democracia supone, de forma más o menos implícita, una apelación a fines («la democracia es aquello que permite conseguir x»), apelación que cancela el empeño fundamentador[25]. En buen hacer la premisa «la democracia permite x» debería ser un simple juicio

[24] Por ejemplo, cuando se intenta justificar (o criticar) la eutanasia, una cosa es el principio (el derecho al propio cuerpo, la vida como valor esencial, p.e. y otra aquello que se fundamenta, sobre lo que no parece haber desacuerdo al identificarlo. Pero esto, que vale -como se dijo en la nota 4- para sucesos poco complejos, reconocibles preteóricamente por así decir, resulta más complicado en el caso de instituciones o procesos.

[25] El utilitarismo lo muestra bien. El criterio utilitarista de justificación es bien conocido, aunque ha adoptado diversas fórmulas, según lo que se maximice: la utilidad agregada, el bienestar medio o per cápita, el producto de los bienestares individuales. La justificación de la democracia se sostiene en dos premisas: una primera, nuclear, que vincula las preferencias con la utilidad, que describe la utilidad como la satisfacción de las preferencias; una segunda que afirma que «la democracia es la expresión de las preferencias». De modo que si la utilidad se expresa a través de las preferencias y la democracia actúa como el indicador de las preferencias, es obligado concluir que «la democracia es la expresión del bienestar». Por definición (instrumental), la democracia queda justificada.

En todo caso, una discusión pormenorizada de la fundamentación utilitarista requeriría una caracterización anterior más morosa. En tal caso, seguramente, quedaría claro que la propia falsa precisión de la utilidad -y la circularidad que esa impresión alimenta- afecta al núcleo mismo de la justificación. No se insistirá lo bastante en la ambigüedad de «la utilidad». El uso que aquí se hace, poco refinado, se ajusta más al común entre filósofos políticos pero ni aún entre economistas, la más precisa idea de función de utilidad resulta clara; unas veces se piensa como una especie de propiedad substantiva asociada a los bienes, que proporcionan «utilidad», a sus consumidores, y en otras como un simple orden de preferencias. En el primer caso, las complicaciones vienen por el esencialismo y las preferencias se relacionan con la utilidad como las virtudes opiáceas con el opio; en el segundo, las complicaciones proceden de que el orden no anda referido a una propiedad «estable» como pueda ser el peso, la longitud o la temperatura, sino a lo que cada individuo en cada instante ordena. (Repárese en lo que sucede si se toma otra idea de bienestar, de utilidad, lo que se ha llamado «bienestarismo objetivo», que separa el bienestar de la satisfacción de las preferencias manifestadas inmediatamente por los individuos porque duda que éstas tengan que ver con aquél. En ese caso, el conjunto de la argumentación queda reconstruida. No es causal que ese bienestarismo objetivo acompañe con frecuencia a otra idea de democracia, republicana, según la cual, «la democracia es la formación de las preferencias», a través del diálogo público que lleva a los individuos a reconocer sus «reales preferencias»).

empírico que nos informa de que la democracia, además de una serie de rasgos que la identifican, se da la circunstancia de que «permite x». No sucede de este modo en la FI. En ésta, dicha premisa es, además de una pieza de la argumentación moral, una apretada teoría de la democracia[26] -y en ese sentido una definición- que afirma que «la democracia es el sistema que permite x (maximizar la utilidad, seleccionar élites, etc.)». Teoría que caracteriza funcionalmente a la democracia como causante de ciertos resultados, precisamente los mismos que sirven para justificarla.

1.2. Los límites de la fundamentación instrumental

Los dos aspectos mencionados, conjuntamente, debilitan el proyecto fundamentador. La democracia se muestra inevitable y trivialmente justificada: de una parte no se sale del plano moral y de otra, en virtud de su caracterización instrumental, la democracia viene descrita (funcionalmente) desde los fines[27]. En ese sentido, la democracia se muestra vacuamente moral, resulta moral por definición. Una vez establecida estipulativamente la calidad moral de la democracia -no otra cosa es una definición: una estipulación- la empresa misma de justificación moral se revela un sinsentido. La

[26] En el sentido señalado en la nota 2, esto es, una teoría como una definición que incorpora un conjunto de conceptos y de relaciones entre conceptos (de leyes). Como allí se dijo, una teoría no puede no encontrar sistemas reales a los que referirse. Sin embargo, teorías sin referentes pueden cumplir una función normativa. Así por ejemplo la teoría del socialismo de mercado es una teoría sin modelos, aunque nosotros podríamos estar interesados en construir sistemas reales que fueran modelos de dicha teoría. Lo mismo se podría decir de la democracia republicana.

[27] En principio, separar la fundamentación instrumental (la democracia permite la maximización de cierto valor x) de la caracterización funcional (la democracia es un sistema para x) debilitaría en parte las anteriores objeciones. Se trataría de explorar la posibilidad de mantener la primera sin comprometerse con la segunda, de tal modo que la teoría de la democracia -siempre necesaria para identificarla- no adoptará en forma más o menos velada un tono funcional. De todos modos: a) hay razones para pensar (Lewis, 1983) que, como se apuntó en las notas 13 y 14, la premisa que relaciona la democracia como productora -como causa de ciertos resultados es traducible en una caracterización funcional, y aún más en el caso de un artefacto construido (algo que es/sirve para x), como sucede de un modo u otro con las instituciones; b) si la teoría de la democracia pudiera prescindir de una descripción en forma de consecuencia, necesitaríamos alguna otra premisa adicional que nos permitiera relacionar a la -teoría de- democracia con el valor justificatorio, con lo que el problema reaparecería.

consecuencia es el carácter escasamente moral de la democracia en la FI[28]. Circunstancia que se muestra de diversos modos:

1. La FI deja la moral fuera de la democracia. Se ampara, como se ha visto, en un par de juicios fácticos, que relacionan óptimamente la democracia con determinado estado de cosas, y uno moral que reconoce como deseable ese estado de cosas. La democracia sólo aparece en la primera parte. Al igual que un puente o cualquier otro instrumento tecnológico, sirve a un propósito moral, pero no es propósito moral o lugar de la reflexión moral. Un arma o un medicamento, son productos técnicos que se construyen porque se juzga deseable el estado final que contribuyen a alcanzar. Si hay que discutir moralmente algo es el estado final, los objetivos. Pero esa es ya una discusión que prescinde de la democracia, una discusión sobre valores como cualquier otra. *La democracia no es el argumento de la obra moral*.

2. La vinculación entre democracia y moral es circunstancial. La vinculación no es fuerte en ningún sentido. La segunda premisa, que afirma una relación óptima entre la democracia y un cierto estado de cosas, reconoce implícitamente la posibilidad de que otro sistema pueda satisfacer mejor al mismo objetivo: la democracia está justificada mientras sea el mejor medio y, por ende, no es condición necesaria de ningún estado de cosas deseable. Dicho de otro modo, la democracia es superable.

La débil vinculación entre democracia y moralidad se deja ver también desde otra perspectiva, desde la incapacidad de la FI para rescatar una sólida intuición moral que asocia inseparablemente democracia a progreso moral. Pues es el caso que una vez se asume que la democracia puede ser superada cabe pensar en separar la democracia de la idea de progreso moral. Cierto es que la intuición es siempre un endeble asidero -aunque, con reservas, es de los pocos disponibles en los negocios morales[29]- y no conviene fiarlo todo en ella; sin embargo, en el presente caso sirve como índice de

[28] Desde otro punto de vista se podría decir que hay una tensión entre: a) externalizar la fundamentación moral, en cuyo caso la primera premisa (la democracia permite x) es un juicio empírico y toda la enjundia moral queda en una premisa (x es deseable) que no compromete a la democracia; b) internalizar la fundamentación, en cuyo caso la primera premisa se convierte en una estipulación de qué sea la democracia (la democracia es el sistema que permite x) y, en tanto la democracia es sinónima de x, de lo que se trata es de discutir sobre x. En uno y otro caso, hay una teoría de la democracia. En la primera opción implícitamente, a través de un conocimiento básico que sirve de soporte a una tecnología (la argumentación es la propia de las inferencias tecnológicas: x produce y; y es deseable; por tanto: constrúyase x). Pero, en ese caso, resulta difícil rescatar la intuición que se oculta detrás de juicios como «la democracia es moral». En la segunda opción la presencia de la teoría es más inmediata y deriva de la caracterización funcional aludida en las notas 13 y 14.

[29] Sin embargo, la frecuente comparación entre intuiciones morales versus teorías normativas y observaciones versus teorías empíricas tiene un alcance limitado. Los abundantes estudios empíricos sobre la justicia confirman razonables dudas acerca de dicho alcance: a)no hay -ni siquiera en principio- acuerdo general acerca de las intuiciones compartidas, mientras que las observaciones -con todas las reservas recordadas por más de cien años de filosofía de la ciencia- siguen teniendo su función de tribunal último; b) las intuiciones -mejor, los juicios que sostienen a las intuiciones- no se muestran consistentes, mientras que las observaciones -sus enunciados- sí: no puede haber sistemas reales -modelos- inconsistentes; e) la propia exploración empírica de los criterios normativos -en su ámbito explicativo (Elster, 1995)- muestra que los propios determinantes subjetivos de muchas intuiciones (egoísmo, p.e.) están en desacuerdo con muchas intuiciones, mientras que nada parecido cabe imaginar en el otro terreno.

algo poco complicado pero importante: sencillamente no sabríamos qué significa separar democracia de progreso moral. La FI, que reconoce superable la democracia, se ve en la obligación de hacer inteligible esa incapacidad y no parece estar en condiciones de hacerlo[30].

3. Para la FI la democracia aparece como un conjunto de reglas que permiten obtener la voluntad general a partir de voluntades individuales. En el límite la democracia viene a ser una especie de termómetro que traduce neutralmente los estados de opinión en un valor reconocible, la voluntad general. La pertinencia de esa idea[31] no parece discutible cuando pensamos en gustos últimos[32] o intereses muy acotados[33]. No todas las elecciones son (igualmente) morales. La falacia que asimila elección a elección moral descuida que no es lo mismo elegir un programa político que elegir un postre (o que elegir una conjetura explicativa). Sin embargo, desde la perspectiva de la FI no hay diferencia entre el postre y el cómo vivir. Las elecciones no requieren razones, las preferencias sólo remiten a ellas mismas, son palabra última. Hacer de toda elección cuestión de gusto, acaba por dejar a la democracia

[30] Siempre cabe la réplica de que el significado «de la superación de la democracia» se aclarará o disolverá cuando dispongamos de otro instrumento mejor, al modo como sucede en la ciencia donde ignoramos hoy las preguntas que las nuevas teorías o escenarios nos llevarán a realizar y las viejas preguntas se contestan o dejan de ser significativas a la luz de las nuevas teorías. Pero la comparación más adecuada no es esa, sino -dicho clásicamente- con ciertas -no todas- categorías kantianas, ciertas condiciones a priori en las que se funda la posibilidad de la experiencia; o, en versión más moderna, y menos comprometida metafísicamente, con el conjunto de convenciones desde las que construimos el conocimiento. Pensemos por ejemplo, en lo extraña que resulta la idea de superar el principio de causalidad (no confundir con la explicación causal). Desde luego, no podemos imaginar un modo de refutarlo. Sencillamente, nos permite entender el mundo y es desde él desde donde producimos juicios empíricos. Podemos reconocer que en ocasiones erramos al identificar una causa, pero eso no quiere decir que no exista una causa. Más abajo, al referirnos a la fundamentación epistémica, se ahondará en la comparación.

[31] Otra cosa es que no existan problemas técnicos derivados de la imposibilidad de obtener una función de elección social, problemas que invitan a pensar que la teoría de la elección colectiva se debería llamar la ciencia del pesimismo democrático. Cfr. nota 12.

[32] Obviamente para productos con algún rasgo de bien público, sin posibilidad de consumo exclusivo, que es lo propio de buena parte de los asuntos políticos. No hay problema en que uno coma paella y otro cocido; pero otra cosa es la elección de un emblema o de los colores de la bandera. De todos modos, cfr. notas 70 y 71.

[33] Que no admiten transacciones (se trata de A o B, sin posibilidades intermedias), que no requiere razones y con soluciones alternativas costosas, con costos fijos (sin posibilidad de un tiempo A y otro B), como puedan ser la apertura hacia la izquierda o la derecha de la puerta de un ascensor en una escalera con vecinos diestros y zurdos. Cfr. notas 70 y71.

sin defensas, sin posibilidad de ser justificada. Si todo es igual, todo da lo mismo y no hay razones para escoger nada. No hay diferencia moral entre dedicar los recursos públicos -o la vida de uno: en este nivel las dos elecciones se equiparan- al culturismo o a organizaciones humanitarias.

Aún más, la propia idea de mayorías o minorías, desprovista de vínculos con la argumentación, pierde todo sentido. Si no hay ninguna razón para A antes que para B, la idea de que en algún sentido la mayoría tenga razón pierde cualquier significado[34], habida cuenta de que no hay nada parecido a la razón en ningún sitio[35]. *No es sólo que la democracia deje de ser el argumento de la obra moral, es que tampoco es el escenario, porque lo que se representa no parece tener que ver con la moral*.

Las manifestaciones de esta circunstancia se dejan ver de distintos modos. Por una parte, la democracia acaba por desembocar en un pluralismo relativista desprovisto de todo vigor moral, incapaz de aceptar razones en favor de las diferentes ideas o proyectos de vida. La propia libertad se torna

[34] Se han aducido muchas razones en favor de la regla de la mayoría: que economiza la violencia, en tanto traduce la fuerza mayor; que resulta más eficaz, en tanto resulta fácilmente asumida; que tiene bajos costos de negociación; etc. La más sólida es la que se relaciona con el Teorema de May, teorema que demuestra que la regla de mayoría se infiere de un conjunto de principios axiomas bastante razonable: inambigüedad, anonimidad, neutralidad, respuesta positiva. Demostración que se interpreta a veces (Ackerman, 1980: 277-ss) como una muestra concluyente de que dicha regla traduce una elemental idea de igualdad liberal: no tratar a nadie como incondicionalmente superior; la opinión de cada uno es tan buena como la de otro. Sin embargo, esta argumentación no está exenta de dificultades. En primer lugar, la igualdad de poder político abarca bastante más que la regla de la mayoría: las loterías -que aseguran igualdad de probabilidad de acceso al poder- o, incluso, las dictaduras, donde todos tienen el mismo poder, es decir, ninguno. Por otra parte, aún aceptando la mencionada interpretación del teorema de May, las cosas no son sencillas: si los individuos son igualmente arbitrarios -esto es, si no se introduce alguna reserva a la fundamentación de los juicios- tener o no en cuenta la opinión de la mayoría no es igualmente respetuoso, sino igualmente irrelevante. Finalmente, hay que ser cauto con equiparar una sociedad máximamente libre con una sociedad máximamente democrática entendida como una sociedad que «Somete todo a decisiones colectivas y otorga a todos sus miembros un igual poder en lo que se decide» (una sociedad que satisficiera tales requisitos estaría en condiciones de decidir como me tengo que peinar yo difícilmente se la podría calificar como «sociedad libre»). Dicho de otro modo: el requisito de que los ciudadanos tengan el máximo poder decisional no equivale que sean máximamente libres (Van Parijs: 1995:8).

Lo anterior no quita para reconocer buen sentido en la regla de la mayoría. Pero eso exige: a) evitar confundir la igualdad política con la igualdad de peso político (Dworkin, 1990); b) relacionar la mayoría con los procesos de persuasión y argumentación (cfr. la evolución de Nino: 1989); c) repensar la idea de igualdad política desvinculándola de la idea liberal de que todas las opiniones valen lo mismo, idea que en rigor se revela poco respetuosa con las distintas ideas (el respeto se asegura desde la disposición a tomarse las ideas en serio, esto es, a discutirlas; y discutir una idea supone reconocer la posibilidad de que valga menos -o más que las demás, en ningún caso presumir -esto es, afirmar por derecho, por principio- que todo vale lo mismo, asunto que es materia de valoración nacional (Beitz, 1989)).

[35] Eso no impide que se pueda justificar la regla de mayoría por las otras razones recogidas en la nota anterior. Cfr. Offe (1992: cap. 4).

en el simple instrumento de una elección sinsentido -no en un valor defendible por sí mismo- y la imparcialidad en simple indiferencia moral. Por otra, al hacer de la democracia una mera regla de agregación de preferencias y de las preferencias una cuestión de «gusto» privado, se traza una aguda demarcación entre un escenario privado en donde «la opción» carece de razones, y de toda justificación, y un escenario público en donde ya sólo cabe la confrontación y el equilibrio o agregación de «los gustos». De manera que la reflexión moral queda expulsada de todas partes. Sin criterios de valoración, se concluye que cualquier preferencia vale lo mismo que cualquier otra, lo que equivale a decir que ninguna vale nada y, al fin, a recalar en el nihilismo. Así las cosas, la idea misma de fundamentación moral pierde todo sentido. La paradoja liberal parece entonces inevitable: si todo vale lo mismo, si nada es mejor que otra cosa, si no hay razón para elegir, resulta difícil justificar la propia libertad (de elección)[36].

En suma, la FI: a) subordina la fundamentación al valor que sirve para fundamentar y, con ello, desprovee a la democracia de contenido moral; b) no establece una vinculación fuerte, necesaria, entre la democracia y la moralidad; c) reconoce la pertinencia de la pluralidad pero al precio de asumir un relativismo incondicional que hace imposible el discurso moral, un nihilismo que, por definición, hace naufragar cualquier fundamentación. (Hay una dificultad adicional: d) el irrealismo empírico[37] de los presupuestos implícitos en la idea de «individuos que eligen según sus preferencias». Dificultad que se expone a continuación, en tanto constituye el punto de partida de la FH).

2. La democracia como historia[38]

Si nuestro conveniente científico interplanetario, sin abandonar su aprecio por las cosas tangibles y su descreimiento por la especulación, antes que un pragmático optimizador de imprecisos objetivos es un pulcro historicista,

[36] Para una formulación más precisa cfr. más abajo nota 51.

[37] Toda teoría normativa tiene supuestos empíricos más o menos explícitos. Por ejemplo, la utopía del mercado neoclásico, supone -no sólo una irreal idea acerca de las condiciones de producción sino también- un irreal modelo antropológico a la vista de las capacidades de computación -comparación, ordenación, rapidez de actuación- de la especie humana; el socialismo tradicional ha manejado unas condiciones de abundancia y/o de sanidad no menos irreales. El primer requisito para que sea considerada es que tales supuestos no sean falsos, que resulten compatibles con el conocimiento disponible. Sobre la irrealidad de los supuestos de comportamiento cfr. Ovejero (1994b: 336-ss) y para un repaso sencillo de la literatura reciente, referida en general a los supuestos de racionalidad: Palmarini (1995).

[38] Cfr. Sandel (1982); Walzer (1981; 1990); Rorty (1983); MacIntyre (1983) Taylor (1995), Unger (1987). Importa destacar que estos autores comparten -en diverso grado- una buena disposición hacia el liberalismo y la democracia. No al liberalismo como filosofía política, sino a un conjunto de instituciones -la democracia entre ellas- que intentan «recuperar» o «reinterpretar» sobre cimientos nuevos. Para una presentación -socrática- sistemática y en réplica a los críticos liberales cfr. Bell (1993). Con particular interés en las estrategias de argumentación y en ese sentido más cercano a los aspectos de fundamentación aquí considerados, Ingran (1995).

en el buen sentido, en él de Ranke, un amigo de los datos y de la reconstrucción totalizadora de los modos de vida de las gentes, muy bien puede comulgar con una visión comunitaria de la democracia, para la cual, la idea de fundamentación, en su sentido convencional, tiene escaso sentido. Al fin, razonará, nadie se preocupa por los fundamentos morales del Paleolítico o del Renacimiento, simples productos históricos, y tampoco nadie debería hacerlo con la democracia o el mercado. Tan solo cabe entenderlos, explicarlos y, a lo sumo, ya en la vecindad del terreno moral, comprenderlos. Los filósofos políticos que exprimen la constitución norteamericana o los *Federalists Papers* y sus principios tratando de mostrar su calidad de guías o procedimientos para resolver problemas contemporáneos[39] deberían, antes que otra cosa, atender a la historia menuda, a los conflictos entre sus gestores o a los escenarios morales en los que se desenvolvían. Esa es la única manera lícita y provechosa de encarar aquellos asuntos. Lo otro es simple filosofía de la historia: tratar de cuadrar en el orden de la secuencia histórica las confusiones de la moral, querer confundir la lógica con la historia.

La democracia es, si defendible, modo de vida, estar compartido. Y la vida no se explica, sino que se cuenta a la vez que se entiende. La correcta tarea es la propia de un narrador o, en todo caso, de un antropólogo que cuenta historias completas sin desatender capilar social alguno. Las preguntas y las justificaciones vienen después, cuando ya no hay remedio, cuando la red se rompe y quiméricamente se quiere reconstruir desde un simple cabo. El intento fundacionista es, él mismo, testimonio de una realidad moral fragmentada, de una sociedad que ha perdido sus argamasa moral compartida. Precisamente porque han desaparecido los nortes que imprimían dirección y sentido a la vida de las gentes, es por lo que surge el insensato problema de «por qué el norte». Sólo cuando las vidas se vacían de sentido aparece el problema del sentido. El PFD resulta interesante no como programa de investigación, embarcado como está en un falso problema, sino como testimonio de otro asunto, el verdaderamente importante, la presencia de una sociedad atomizada, sin alma colectiva. La aspiración trascendental, ese punto de vista más allá de los puntos de vista, la instancia metamoral, es una quimera que revela con su simple existir la ausencia de

[39] Es lo que en buena medida sucede con el magnífico esfuerzo de Ackerman (1993) por proporcionar avales históricos a su sensato republicanismo, a su república capaz de cimentarse en ciudadanos activos -sólo- en ciertos periodos revolucionarios, pero no supererogatorios. Esfuerzo que, todo hay que decirlo, en no pocas ocasiones recuerda los titánicos esfuerzos de muchos marxistas durante muchos años por acomodar la filología y las buenas razones. Cfr. en la misma línea buena parte de los trabajos incluidos en Elster, Slagstad (1988).

asideros morales: la necesidad de encontrar -para decirlo a la antigua usanza- sentido a la vida, cosa que sólo sucede cuando la vida no tiene sentido.

Desde esta perspectiva, el proyecto anterior y, en general, el PFD, reposa en un cúmulo de errores. Hay: a) errores de principio: la democracia es historia y la historia se explica, se cuenta o se recrea, pero no se fundamenta ni se demuestra; b) errores de procedimiento: si hay que abordar la democracia con mirada moral no es para evaluarla, para echarle cuentas desde unos valores o propósitos últimos, más allá de la historia, sino para comprenderla, para hacerla inteligible en su interna necesidad, desde unas redes morales, sociales o lingüísticas en las que se inserta como una pieza más; c) errores metafísicos: no hay individuos descarnados, anteriores a sus deseos e intereses. Los individuos son nudos de voluntades y propósitos tramados por sus biografías[40], no eligen sus preferencias, son sus preferencias y éstas,

[40] Hay aquí un error importante que se deja ver en ciertas críticas comunitaristas a la *Teoría de la Justicia* de Ralws. El conjunto de esa argumentación ignora la naturaleza de los instrumentos (la teoría de la elección racional) y aún el propósito de Ralws. Pero hay algo más. La inexistencia fáctica, o mejor, la falta de trazos históricos, del individuo que está tras el velo de la ignorancia se toma como un argumento contra la fundamentación de principios de justicia, «por tratarse de un individuo irreal, de un supuesto imposible». Pero un individuo sin atributos no es un individuo con falsos atributos. Sin embargo, una argumentación que sin trampas llevara desde premisas no valorativas hasta un valor -esto es, si salvase la falacia naturalista- se mostraría extraordinariamente robusta (sería el equivalente a la obtención en inteligencia artificial de propiedades semánticas desde reglas sintácticas). Cualquier teoría moral que arrancase sin restricciones éticas (ese ha sido siempre el propósito del utilitarismo) obtendrá una fundamentación independiente de compromisos específicos y por tanto tendría un alcance incondicionado, se mostraría válida para cualquier escenario, al modo como una teoría empírica que no hace referencia a circunstancias locales vale para todas las circunstancias.

Otra cosa -discutible- sería decir que en «realidad» Ralws está comprometido con un sujeto concreto: un *homo eoconomicus* o un machista (no afectivo, independiente, autónomo, etc.). Pero en este caso la crítica lícita tendría que destacar su falsa universalidad, antes que su falsedad o su sesgo ideológico. Que la mecánica clásica no valga para cuerpos con velocidad próxima a la velocidad de la luz no quiere decir que sea falsa: sencillamente, no se refiere a tales situaciones. Por supuesto lo anterior no debilita, por ejemplo, la crítica feminista a buena parte de la teoría ética por su ignorancia de las experiencias morales, los valores, intereses y problemas que han encarnado y padecido las mujeres, pero invita a precisar el lugar (la reflexión, la teoría, o la realidad, el mundo) y la naturaleza (normativa o positiva) exacta de las críticas: que ignore un objeto de investigación no hace falsa o inconsistente a una teoría, sólo alude a cómo se desarrolla su aplicación. Por ejemplo, no se puede a la vez criticar la subordinación material de la mujer y criticar -por sesgada- una teoría normativa interesada en precisar la idea de autonomía: la primera crítica exige un punto de vista, la posibilidad de que la subordinación no exista, que es precisamente la idea de autonomía, idea que intenta perfilar la teoría moral. No se puede criticar la vocación de universalidad -sí la falsa universalidad- a la vez que se insiste en la importante distinción entre género y sexo, distinción que presume un principio de universalidad. Aún más no se puede sostener que, en sentido fuerte, las perspectivas teóricas están condicionadas por el sexo y criticar a las teorías normativas por sesgadas, cuando justamente -con esa calidad- confirman aquel juicio (en tal caso, ni siquiera cabría esperar que esa afirmación resulte inteligible para el otro sexo).

simples sedimentos de sus circunstancias; d) errores de asunto, de objeto: la idea de un escenario en donde se contraponen preferencias tiene que ver con la negociación y el trapicheo de intereses y eso es precisamente carencia de cemento moral, pues es sabido que cuando hay moralidad bien afincada en la vida no hay conflicto ni por ende necesidad de convenir principios, procedimientos -como la idea de justicia- para resolver desacuerdos; e) errores de vacuidad o incluso de consistencia: la idea de una elección desde ninguna parte es irracionalidad o sinsentido; para elegir se necesitan criterios para comparar y valorar (no todo vale igual, aunque se pueda elegir de todo) y afirmar lo contrario es incurrir en la indeterminación moral, recalar en la creencia de que todo vale y por tanto desahuciar -singular paradoja liberal- desde el principio un -ya de por sí insensato- proyecto fundamentador cuya condición de posibilidad es que «se puedan dar razones en favor de».

2.1. La argumentación historicista

Las anteriores razones sugieren por donde irán las modificaciones de la FH en las dos dimensiones del PFD, en la idea de democracia y en el procedimiento de argumentación. Por lo pronto y en negativo, para la FH la democracia es cualquier cosa menos una herramienta, un escenario indiferente en donde los individuos muestran, reúnen o negocian sus preferencias. La democracia es una cultura en sentido fuerte, antropológico, un conjunto de conductas, de maneras de vivir que impregnan las decisiones de las gentes y que en su conjunto dotan de significación a las relaciones entre las gentes. La democracia es vida compartida, es valor sentido, valor en actuación. No es un sistema para dejar coexistir neutralmente los distintos valores, si no la encarnación de los valores de la comunidad: la democracia si es neutra deja de estar justificada (en el sentido de justificación que se verá: como intelección desde la circunstancia histórica). La democracia no es, tampoco, un procedimiento para determinar los buenos valores, sino un modo de -un valor que permite- estar en los valores. Garantiza la cohesión, pero no se justifica porque la garantice, sino porque los individuos la viven. La cohesión se alcanza porque no responde al cálculo, porque el compromiso con los valores es sentido. Participar de los valores de la comunidad puede tener consecuencias benéficas como la cohesión o la estabilidad emocional, pero sólo se obtienen tales beneficios si la participación es sincera, si se está en los valores sin calcular sus resultados. Resulta imposible decidir «sentir» los valores «porque de ese modo estaré mejor». No hay cálculo que haga útil, conveniente o interesante la democracia, precisamente porque los valores no se eligen o calculan por sus resultados. Tienen resultados porque no se atiende a los resultados.

Las gentes no conviven en la democracia, sino que viven democráticamente. Es cultura en grado superlativo, habida cuenta de que las distintas

culturas se mueven en democracia. Pero no se trata de un concepto más abstracto, de una especie de metacultura, ni tampoco de simple escenario donde discurre la obra de la coexistencia de diferentes culturas. Es el argumento de la obra. La imagen no es la de una pecera en donde se crea un pequeño ecosistema, un habitáculo sin vida propia, lugar neutro, perfectamente sustituible, en donde transcurre la vida de sus pobladores, sino la de un organismo superior que, a la vez que organismo él mismo, es el ecosistema en donde encuentran su morada -patria, dirán muchos comunitaristas- otros organismos, que viven y contribuyen a la vida del primero, en interacción con él y con otros.

Varía el concepto y varía el procedimiento. Por lo dicho, malamente se puede pensar en una «fundamentación» comunitaria de la democracia. Al menos a la manera antes vista. Para la FH de lo que se trata es de entender la democracia y eso no remite a unos valores previos, más básicos. La única prioridad es histórica, genética, como la que se da entre la semilla y el árbol: éste no se deduce de aquella, aunque sea su resultado. No hay valor fundante, no hay axiomas anteriores, en sentido lógico, desde los que se muestre la bondad o funcionalidad de la democracia. La intelección se realiza desde un conjunto de valores que mutuamente se soportan e iluminan. Ni siquiera cabe decir que se «justifique por qué...». La idea misma de justificación está fuera de lugar. Es historia que se impregna como naturaleza y, percibida como tal, está más allá de la preguntas acerca de su justificación. Como el personaje de Casablanca «nadie se pregunta por qué respira».

Pero sí cabe preguntarse «cómo se respira». Si la democracia es modo de vida, la tarea intelectualmente correcta es descriptiva, narrativa, antes que fundamentadora. Los planos analíticos no son ni internos a una única secuencia causal ni, por supuesto, jerarquizados. Sociología, ética y psicología se confunden y complementan al entender qué es la democracia. La posible comprensión «moral» de la democracia es radicalmente desde la historia y ésta es -para decirlo con las magníficas metáforas de Marx- totalidad determinada, síntesis de multiplicidad de determinaciones: no hay un principio moral (o una secuencia causal) fundamental que justifique (o explique), sino una red de valores y/o modos de vida que dibujan inflexiblemente la singularidad irrepetible de cada sociedad.

El «por qué democracia» no se contesta operacionalmente, sino desde «totalidades concretas», al modo del historiador[41]: un historiador muy del diecinueve para el cual el correcto proceder se parece más al quehacer del artista que reproduce en otro soporte -en la narración reconstructiva- la misma «totalidad de sentido», que al del físico, que al científico que relaciona

[41] La descripción aquí realizada sintéticamente se corresponde con una estrategia explicativa que ha cuajado en una importante tradición del pensamiento social, el historicismo, en la que también se produce una parecida colusión de argumentos positivos, metodológicos y normativos (Ovejero, 1994a: primera parte).

axiomas con teoremas. Tan solo en ese sentido se puede hablar de justificación: como la reconstrucción de la «necesidad interna»[42] que alienta a cada circunstancia histórica específica. No hay prioridades, como no las hay entre las palabras que componen una lengua ni entre los elementos de una genuina obra de arte. Por eso, cuando después construimos un diccionario o un rompecabezas, las palabras o las piezas aparecen todas igualmente básicas, en soporte mutuo. En el mismo sentido, la democracia se entiende -y se sostiene- en una red moral que ayuda a sostener. Nuestro conocimiento intenta reproducir conceptualmente ese telar, esa singular combinación que dota de identidad a cada cultura. No hay, como en la perspectiva instrumental, una fundamentación que era, a la vez y mediada una inevitable teoría de la democracia, una estipulación: aquí no hay, en el sentido al uso, fundamentación; ni tampoco, dirían estos autores, estipulación, en tanto la democracia es, está, no se construye, ni conceptual ni instrumentalmente.

Por supuesto, la caracterización de la democracia como forma de vida es más bien magra. Pero como sucedía en el caso anterior, se trata de hacer justicia a perspectivas diferentes y reunirlas más que por sus tesis substantivas (una confusa amalgama de conjeturas históricas, tesis morales y principios epistemológicos)[43] por sus trazos metódicos y estrategias teorizadoras. En el presente caso «la forma de vida» expuesta resulta compatible con formulaciones de muy diversa inspiración: wittgensteinianas, para las que los individuos habitan -son, conviene insistir- una red cultural y lingüística, un juego de lenguaje, que dota de significado a comportamientos y elecciones; neoaristotélicas, que recrean -y no pocas veces fantasean- acerca de cómo eran las democracias antiguas; medievalizantes y organicistas, en las que se toman argumentos -acerca de vidas preñadas de sentido- del pensamiento reaccionario clásico, unas veces con resonancias escolásticas, otras directamente bíblicas y casi siempre con tonos nacionalistas-, o liberal-culturalistas, defensoras de la buena coexistencia entre gentes distintas, que reescriben nuestras democracias contemporáneas con tintes comunitarios, como

[42] Este uso de necesidad es poco pulcro. Necesidad en su uso moderno, tiene un sentido bien preciso expresado mediante una cláusula modal («es necesario que»), el uso propio de la lógica o la matemática, como cuando, por ejemplo, decimos que «los teoremas se siguen necesariamente de los axiomas». El tipo de relaciones que interesan al historiador-narrador es, en todo caso, causal o funcional, y relaciona dos sucesos, no dos premisas. Si se retiene el uso extendido y licencioso es para atender la interesante intuición que hay detrás de la aspiración a rescatar la peculiar urdimbre que hace de cada sociedad un objeto único, una articulación irrepetible: intuición que se traduce en la búsqueda de un producto de conocimiento -que quiere reproducir aquel objeto- en el que cada pieza se convierte en única -al modo como sucede con las piezas de un rompecabezas- y sostiene y es sostenida por las otras. En ese sentido, metafórico, la «necesidad interna» es una necesidad derivada de una imposible necesidad de lo real: imposible, obviamente, porque son los enunciados, no los hechos los que, en todo caso, guardan relaciones de necesidad (ovejero, 1994a: cap. II).

[43] Cfr. infra. nota 46 y 47.

un valor o identidad cultural que hace posible que distintas ideas de bien convivan sin tensión[44].

2.2. Los límites de la fundamentación histórica[45]

La FH abandona cualquier ilusión trascendental, cualquier intento de asentar principios (morales, epistémicos o teóricos) desde los que anclar la argumentación. Los valores compartidos por la comunidad constituyen el límite de la razón práctica. Acciones y comportamientos se calibran por su ajuste a los valores de la sociedad en la que surgen. Los individuos se proveen de identidad como parte que son de la ciudad y su horizonte moral lo constituye la propia ciudad. Si no fuera porque alimenta la ilusión del sujeto trascendental, cabría decir que «los individuos están presos de la ciudad». Pero el sujeto es inevitablemente histórico y lo correcto es afirmar que «los individuos son ciudad». Como en el poema de Kavafis: «La ciudad irá en ti siempre. La ciudad siempre es la misma. Otra no la busques no la hay, ni caminos ni barcos para ti». La pregunta no es «¿qué quieres?» sino «¿quién eres?». Los individuos no eligen lo que son, sino que lo conocen, se (re)conocen. Frente a la antropología de consumidor, del individuo que «escoge» sus gustos, propia de la FI, la FH se queda con tipos como el enamorado, el creyente o el homo/heterosexual: a pesar del léxico viciado no se eligen -no hay- «preferencias sexuales»; no se decide querer ni cabe la amenaza de dejar de querer; no se escoge creer en Dios. Los valores no se eligen, en los valores se está.

Sin embargo, la perspectiva historicista resulta menos brillante en sus tesis positivas que en sus críticas. Hay problemas muy de principio, en la frontera de la inconsistencia, derivados de la complicada coexistencia de tesis epistémicas, teóricas y normativas. Tesis de naturaleza bien diferente -que invitan a distinguir entre distintos comunitarismos[46]- pero difíciles de

[44] Desde un punto de vista propiamente metódico, la argumentación historicista se corresponde con el moderno coherentismo que con enorme brillantez ha rescatado bastantes de las intuiciones -aludidas en la nota 42- historicistas, «narrativas», nego-hegelianas y de bastante historiografía marxista. Sobre el moderno coherentismo y sus distintas versiones cfr. Rescher (1973); Haack (1993: caps. 1 y 3).

[45] Sobre la fantasiosa recreación comunitaria de las sociedades comunitarias, cfr. Phillips, 1993; sobre sus límites normativos y sus paradojas cfr. Kymlicka, 1988. Para una reconstrucción de Aristóteles de enorme calidad filológica y analítica poco del gusto comunitarista (sostiene y documenta, por ejemplo, la centralidad del concepto de derecho), cfr. Miller (1995). Vale decir que, en perfecta consonancia con lo apuntado en las notas 46 y 47, hay cierta paradoja añadida en ciertas estrategias comunitaristas de sugerir soluciones de entonces a nuestros problemas de hoy y, aún más, en exprimir las citas para parejo fin.

[46] Dificultades de esta naturaleza invitan a distinguir entre tres tipos de comunitarismos: una teoría política referida a los sucesos morales; una filosofía política que permite realizar valoraciones y fundamenta valoraciones; una -vulgar- teoría del conocimiento como un conjunto de ideas acerca de la naturaleza de las categorías analíticas. Distinciones que no salvan -sino que perfilan- las dificultades (Ovejero, 1995b).

suscribir simultáneamente. Para ser más precisos, resulta complicado sostener que: (1) «la moral es el resultado de las condiciones históricas», tesis positiva acerca de la naturaleza de moral (un producto histórico); (2) «Las sociedades modernas son condenables por haber perdido -Como resultado de su propia desintegración- la conexión con ideas morales densas, como la virtud o la buena vida», tesis normativa; y (3) «no hay lugar para la condena moral suprahistórica, que requeriría una valoración transcendental de todo punto imposible habida cuenta el carácter inevitablemente contextual de las categorías analíticas», regla metodológica derivada de una tesis epistémica. La tesis (3) invalida la (2) y la (1), la condena y la universalidad. Naturalmente esa misma dificultad alcanza también a las ideas sobre la democracia. En el caso de la democracia -y la justicia- las tres dimensiones mencionadas se traducen en: a) la tesis de que la democracia -y la justicia- tienen que ver con escenarios de negociación, con mercadeo de intereses; (b) la crítica a la moderna democracia -y la justicia- de individuos atomizados porque nada tiene que ver con ideas como la virtud, la buena vida, la amistad o la religión; c) la crítica a los intentos de justificar «trascendentalmente» la democracia o la justicia.

Pero no es ésta la ocasión de explorar los problemas del comunitarismo, por más consecuencias que arrastren en su propia apreciación de la democracia. Ahora interesa sobre todo destacar como, con otros argumentos, la FH acaba recalando en dificultades parecidas a las de la FI: a) carece de vigor discriminatorio; b) vacía a la democracia de vínculos sólidos con la moralidad; c) recala en una antropología pobremente realista; d) coquetea con un nihilismo no muy diferente del que denuncia. Dificultades que invitan a pensar que tampoco ahora nos encontramos con una genuina fundamentación moral de la democracia.

1. La historia explica, no justifica. Dar cuenta de la pertinencia de la democracia como un modo de vida, narrar su funcionalidad dentro de -para los procesos que conforman una sociedad, no supone decir nada acerca de su bondad. Mejor, supone reconocer su bondad «respecto a aquello que existe». Eso justifica cualquier cosa, lo que existe por el simple hecho de existir siempre debe explicarse y, por ende, quedar fundamentado[47]. De manera que la FH carece de *potencia discriminadora*, incapaz de condenar nada, compatible con todo. Desde su inevitable contemporaneidad cualquier

[47] Precisamente por eso la crítica comunitarista muestra las dificultades apuntadas al referirnos a la coexistencia de tres comunitarismos. El comunitarismo teórico explicaría la imbricación entre la moderna sociedad fragmentaria y las reglas de juego convenidas (democracia, justicia). Pero en tal caso, lo que no tendría sentido es el reproche del comunitarismo como filosofía moral por la pérdida de lazos, reproche que se mostraría inoportunamente trascendental, echando las cuentas desde criterios funcionales para otra -o cualquier- sociedad, que es precisamente lo que prohíbe el comunitarismo epistémico.

cosa parece bien[48]. Y, claro es, cuando no hay posibilidad de discriminar, no hay valoración de nada. Tampoco de la democracia, que queda de ese modo fuera del horizonte de la reflexión moral.

2. *No hay, por tanto, una vinculación fuerte entre democracia y moralidad*. Tan solo hay circunstancial compañía temporal. Al modo como sucedía con la justificación instrumental, pero por otras razones, la democracia es superable, en la medida en que caduquen los nutrientes sociales e históricos que la alimentan.

3. La confianza en los valores no arranca de una consideración razonada que juzga imposible, por trascendental, sino del cobijo afectivo y referencial que proporcionan. Los individuos se sienten bien al participar de los valores de la comunidad porque son los valores de la comunidad. Pueden tener creencias «adecuadas» moralmente, pueden valorar la libertad o la igualdad, pero la raíz de su querencia es psicológica; no es electiva, porque los aprecien, ni tampoco es epistémica porque crean que tienen que ver con las buenas condiciones para la formación de los juicios. De otro modo: la elección moral «privada» desaparece -se disuelve- en un proceso de causación social, de formación de las creencias desde lo público más propia de la psicología social que de la reflexión ética.

Las preferencias, que algo tienen que ver con la democracia, se desproveen de toda calidad moral. Los individuos andan presos de sus biografías. La correcta percepción de que siempre se elige desde alguna parte, de que no hay sujetos descarnados, se prolonga en la urgente inferencia de que no hay más: como nadie puede escapar a sí mismo, carece de sentido la aspiración a cualquier fundamentación, afincada en ninguna parte[49]. Eso es lo mismo que afirmar que *no hay lugar para la elección de objetivos, para la elección moral*. Si la FI vaciaba las preferencias de dimensión moral agotándolas en los gustos, la FH hace lo propio con la biografía. En el límite, los individuos determinados -sentenciados y abrumados- por su biografía, se muestran incapaces para la culpa y la responsabilidad. Sarmentosos de historia acumulada, autómatas de su propia historia y sin lugar para una elección genuina, resultan amorales. Como dice un buen poeta colombiano a propósito de los listos: «su misma certeza los aniquila».

---

[48] En ese sentido -pese a Rorty- aparece comprometido con cierto realismo moral, en tanto acepta algo parecido a que los enunciados morales describen estados del mundo y son verdaderos con independencia de las opiniones de los individuos (Boyd, 1988).

[49] Por esta vía la FH acaba coincidiendo con la tradición analítica más clásica. La vieja tesis intuicionista según la cual no hay posibilidad de fundamentar los juicios morales, que todo es una cuestión de adscripción a los valores, no está muy lejos de la tesis que afirma que no hay en la valoración otra cosa que historia o que la intuición no es más que educación y biografía. En todo caso, el comunitarismo, a diferencia de intuicionismo, añade una conjetura sobre el origen de las intuiciones: la historia. En uno y otro caso se produce la misma resignación, sea ante la propia biografía, sea ante el juego de intuiciones: no hay modo de escapar al «aparato moral de evaluar/percibir» y, por tanto, no hay lugar para la calibración racional.

Si la FI «resolvía» en gustos e intereses, que no permitían razones, la FH «resuelve» en historia, también impermeable a la racionalidad. En la FI, las preferencias, lo privado, por definición, era ajeno a la fundamentación y lo público era poco más que la agregación de las sinrazones privadas. En la FH la prioridad -aun causal- recae en la esfera pública: se forma sin atender a las voluntades de los individuos, las preferencias privadas se calibran por su adecuación a lo público y sólo porque lo público es público, compartido, no porque se valore y comparta. Para la FH los valores no se profesan, sino que identifican. Los valores compartidos proporcionan sentido e identidad a las gentes. En la perspectiva de la FH, el reconocerse como miembros de la comunidad otorga horizonte a los individuos y de esta manera, les proporciona confianza.

Confianza que no arranca de una elección razonada de los valores colectivos que, en el parecer comunitario, parecería presumir individuos anteriores a sí mismos. Así las cosas, el único resquicio para juzgar las preferencias es su ajuste a valores sociales densos (Williams), fuertes (Taylor), a la moralidad compartida.

Pero si las cosas son así, *a fuerza de proporcionar certidumbres se desemboca en el escepticismo, cuando no en la inconsistencia*. Pues, si es el caso que los valores no dependen de las elecciones, sino que son estas últimas las que se juzgan desde los valores compartidos, habrá que admitir la posibilidad de que los individuos se puedan comprometer en acciones que son valiosas aun si ellos no lo juzgan así, aun si no creen que, para ellos, tales acciones tengan sentido. Pero si yo no le veo sentido a una acción, no sé de qué modo podrá otorgar sentido a mi vida. Si los valores no dependen en alguna medida de las preferencias de los individuos, se hace difícil satisfacer precisamente aquel rasgo que se reconoce como más propio de los valores sociales compartidos, a saber, que para que un valor dote de sentido a la vida, para que se sienta, ha de ser creído. Para que una creencia proporcione norte a un individuo, es necesario que la haga propia, esto es, que tenga una relación sincera con ella, que se la crea (aun si es falsa o incorrecta). Para que Dios dote de sentido a mi vida, he de creer en él. Únicamente entonces experimentaré las consecuencias «benéficas» de una vida dotada de sentido[50]. Es en escenarios «vacíos de sentido», «alienados», desintegrados, en medio de la muchedumbre solitaria, donde me encuentro con individuos

[50] Con frecuencia en este terreno se maneja imprecisamente una palabra tan proteica como sentido con -perdón por el abuso- «sentido» (significado) diferente en distintos contextos. En todo caso, conviene recordar que: a) el que una creencia proporcione sentido (estado psicológico) a mi vida obviamente no quiere decir que la creencia tenga sentido (esté bien fundamentada, como estado metodológico); b) aun si la creencia tiene consecuencias psicológicas benéficas, la creencia no se suscribe por tales consecuencias benéficas; éstas son un subproducto de la propia sinceridad de la creencia: sólo porque la creencia realmente tiene sentido para mí, porque me la creo (estado epistémico), proporciona sentido a mi vida (estado psicológico). *Pace* Pascal, a cierto Pascal, no es posible creer -en Dios o en lo que sea- porque me conviene creer (por las ventajas aun si inciertas de la eterna salvación o por saber Dios qué).

Cierto es que a veces se afirma correctamente que «A cree en x porque le conviene» y existe sólida psicología social que muestra que muchas creencias se mantienen porque -en algún sentido- interesan. Pero conviene prevenirse de nuevo contra la falacia de la ambigüedad: el «porque» de la psicología social se refiere a las causas de la creencia; el «porque» que aquí nos ocupa es epistemológico, tiene que ver con las razones que fundamentan la creencia. En ningún caso A, preguntado sobre su creencia en x, dirá que «le interesa creer en x». Es más, si contestase tal cosa, podríamos estar seguros de que no cree en x. La sinceridad es inseparable de la creencia, aun de la creencia que interesa tener. La creencia no admite la voluntariedad. No se puede, a la vez, afirmar sinceramente: «hay buenas razones para creer que es el caso que x» y «no creo que sea el caso que x». Otra cosa es que existan buenas razones para aceptar la creencia. La aceptación conlleva, por así decir, un refuerzo epistemológico. De ese modo habría lugar para mantener creencias simultáneas que, sin embargo, no resultan aceptables. Para la distinción entre creencias y aceptación cfr. el brillante ensayo -muy Oxford- de L. Cohen (1992).

autómatas, que realizan acciones sin sentido para ellos, aun cuando puedan tener otro «sentido» (productivo, p.e.) más allá de su voluntad. El comunitarismo, si no vincula de alguna manera la confianza en los valores a las preferencias de los individuos, se enfrenta una *paradoja nihilista*: por una parte, señala como rasgo constitutivo de los valores su condición de horizonte de sentido para las gentes y, a la vez, admite la posibilidad de individuos comprometidos en actividades valiosas, pero que están desprovistas de sentido para ellos mismos.

4. La crítica comunitarista de la FI[51] arranca con antropologías cabales, con conocimiento social indiscutible: somos hijos de nuestro tiempo en nuestros gustos, elecciones y problemas. Tesis verdadera, acaso trivial pero, desde luego, desatendida por una tradición filosófica forjada en ilusiones trascendentales, en quiméricas aspiraciones a soluciones últimas y definitivas. La crítica comunitaria es solvente: la FI se muestra irrealista empíricamente. Ninguna conjetura, moral o empírica, puede ignorar aquel impecable supuesto antropológico. Incluso la afirmación más arriesgada según la cual las gentes conforman sus identidades en el lenguaje, que le proporcionaría una manera de conocerse y reconocer, es una imprecisión no exageradamente insensata. Nadie duda de que configuramos nuestra identidad en el

[51] Este argumento crítico, el «problema del liberalismo y el bien» (Douglas, Mara, Richardson, 1990), se extiende más allá de la idea de democracia. En su versión habitual afirma que el liberalismo se encontraría en dificultades para conciliar su agnosticismo respecto a la idea de bien, el ideal de imparcialidad que inspiraría a la democracia liberal, con la defensa de sus ideales (libertad, cierta igualdad elemental) y/o con la crítica a los idearios intolerantes, totalitarios o integristas. En una formulación más precisa la dificultad compromete a tres aspiraciones que cuajan en tres argumentos de complicada coexistencia: a) el ideal de imparcialidad que lleva a sostener que todas las ideas tienen igual valor; b) la adscripción a algunas de ellas y la consiguiente afirmación de las ideas liberales; e) la racionalidad de esa adscripción, esto es, la afirmación de que hay razones para pensar que unas ideas son mejores que otras.

espacio de relaciones en el que estamos[52]. Nuestra historia es nuestra jaula de hierro. Pero la historia no acaba ahí.

Porque es desde ahí *desde donde elegimos*. Que un individuo tenga unas preferencias y que éstas constituyan su identidad, no quiere decir que no pueda revisarlas racionalmente. Tampoco hay aquí novedad ni tarea titánica. También estamos instalados -incluso biológicamente- en otros escenarios y nos mostramos capaces de revisarlos: nuestro aparato neurosensorial solo reconoce ciertas longitudes de onda, nuestra experiencia cotidiana es la propia de la física aristotélica. No sería exagerado decir que las creencias que conllevan tales experiencias están ancladas biológicamente, que tienen valor de supervivencia[53]. Sin embargo, aun instalados en ellas, hemos sido capaces de revisarlas. Precisamente es la existencia de lenguaje, la razón o la ciencia la que nos permite escapar a las limitaciones de la percepción, la intuición y aun de la imaginación. No podemos imaginar espacios de más

[52] Este juicio tiene más textura que una vulgar sociología. No se trata simplemente de que la «sociedad nos influya». Por supuesto que incluso en un escenario de negociación los individuos forman su carácter como consecuencia de sus relaciones, aun cuando «entren» en la negociación con las ideas claras y no dispuestos a ceder un milímetro de sus intereses. Pero se trata de algo más. Se trata de lo que, por ejemplo, sólo encuentra su realización más consumada en una idea cabal de relación amorosa. En ésta, los individuos, que por supuesto tienen carácter y no negocian su identidad, están dispuestos a revisar ésta y modificar aquél a la luz de las buenas razones, desde la apreciación de lo que parece bien, desde lo que se quiere ser, y a la luz de los argumentos de un «otro» que, en la medida en la que inevitablemente está en lo mismo, también se configura desde el primer juicio. Mejor juicio que se convierte en la razón de la actuación, pues no se «colabora con el otro» a la espera de contraprestaciones, por un intercambio negociado de intereses, no se actúa instrumentalmente, a la espera de algún resultado (agradecimiento), sino que la actuación -la ayuda, la cooperación- tiene en ella misma su retribución. En buena medida, la relación es parecida al tipo de relación que tenemos con nosotros mismos: uno no negocia, no se divide sus ingresos según sus aportaciones, no busca compensaciones, se tienen -o se intentan tener- ciertas ideas acerca de lo que se quiere y de lo que está bien (aun si unas veces con mayor intensidad que otras o con preferencias conflictivas, pues no todo se puede hacer a la vez); aunque, obviamente, en la relación amorosa hay más densidad y menos facilidades -porque las razones son públicas y la exigencia permanente- para el autoengaño y la resignación (Darwall, 1988). No escapará al lector el trasfondo aristotélico de estas consideraciones, cfr. Annas (1993: 249-ss); Nussbaum (1990: 55-105); Sherman (1989: 119-ss): Doménech (1989; 1993; 1995). (No creo que haya que atribuir a la casualidad la abundante presencia de mujeres -desde Arendt (1959)- en la recuperación de Aristóteles en clave «virtuoso-analítica» (Foot, 1978: Rorty, 1980) o republicana (Elshtain, 1981: Dietz 1985), claramente opuesta a la clásica, reaccionaria y elitista, acuñada por Strauss (1964)).

[53] Hay evidencia suficiente para mostrar que nuestra física terrestre es aristotélica -con sus arriba, abajo; con sus cuerpos que caen por su peso, etc.- y que resulta eficaz evolucionariamente (McCloskey, 1983). Otro tanto se podría decir de la tan denostada «piscología popular», de la atribución de intenciones, deseos, creencias. etc. Hasta los más duros eliminacionistas aceptan la eficacia de la «folk psychology» para nuestra experiencia cotidiana (y apenas se atreven a sugerir qué pasaría si «el sofisticado vocabulario de la creencia se generalizase» Chuchland, 1995: 335). Para una inteligente comparación entre física popular y psicología popular cfr. Dennett (1991).

de tres dimensiones; tampoco podemos tener imágenes del comportamiento de buena parte del mundo subatómico y sin embargo, podemos construir (teorías sobre) espacios n-dimensionales y disponemos de la mecánica cuántica. En todos esos casos, ese lenguaje -artificial como todos- que es la ciencia nos permite escapar a biografías absolutamente densas y fuertes, inscritas en nuestro aparato neurosensorial, a biografías de millones de años.

Nos situamos en una física falsa, experimentamos nuestras percepciones cotidianas desde ella, y no por eso estamos impedidos para reconocerla críticamente. Escapamos a las creencias en las que naturalmente parecemos instalados, y apostamos por nuestras mejores creencias, por aquellas que, aun si no se amparan en nuestras experiencias biográficas o biológicas, se muestran bien fundamentadas, se han formado de acuerdo con ciertos patrones de racionalidad y experiencia. Ese es el asunto: *el correcto procedimiento que asegura las mejores creencias*. Si las cosas son así en escenarios a los que estamos -por así decir- cosidos biológicamente, no se ve qué dificultad hay en reconocer que uno está en ciertas ideas y, a la vez, admitir la posibilidad de escapar a ellas, de preguntarse por la propia vida, por cómo revisar las preferencias y, a su través, por la propia identidad.

3. La democracia como principio[54]

Si resulta como lo hemos estado pintando hasta aquí, escasas simpatías tendrá nuestro colega por la tercera de las perspectivas, por la FE. En una mirada urgente, le parecerá que, a pesar de su pretenciosa adjetivación, la perspectiva epistémica es antes que otra cosa una perspectiva metafísica, comprometida como parece estar con una defensa esencialista de la democracia, con una especie de inmortal principio democrático que no atiende en exceso a la historia ni parece depender de la maximización de nada, de la obtención de ciertos resultados. Las perspectivas anteriores estaban dispuestas a reconocer la caducidad de la democracia, sea porque ya no sirve como herramienta decisional o porque hay otra mejor, sea porque prescribió con los modos de vida que la alimentaban, mientras que para la FE la democracia tiene bastante de principio irrefutable, impermeable a los estragos del tiempo. La democracia no parece subordinarse a nada, antes bien,

[54] Bajo este rótulo se recoge la fundamentación epistémica y la -correspondiente- teoría de la democracia (republicana, deliberativa). Cfr. Cohen (1986; 1989); Manin (1987; 1995); Fishkin, (1991); Gargarella (1993; 1995); Habermas (1988); Beitz (1989); Barber (1984); Miller (189: cap. 10); Estlund (1993); (Nino, Rosenkrantz (1991), Pettit (1989); Sunstein (1989). Se trata de líneas de argumentación diferentes, unas veces referida a la idea de democracia (republicana) y otras a las vías de fundamentación (epistémica). Pero el núcleo argumental que se reconstruye a continuación no traiciona en exceso a nadie.

es palabra última, criterio de calibración antes que instrumento a ser medido por patrones más fundamentales[55].

Para la FE, la democracia sería buena cosa, pero ¿buena cosa, sin más? Desde luego no cabría dar razones ulteriores, al menos a la manera de las justificaciones instrumentales: porque sirve para x[56]. Si así fuera, ya conocemos la consecuencia: habría que estar dispuestos a admitir que acaso algo distinto de la democracia puede servir mejor para obtener x. Pero para la FE tal juicio resulta inaceptable. La democracia es básica, no discutible,

---

[55] Pudiera parecer que la FE se refiere a defensas deontológicas de la democracia y que la primera perspectiva (la FI) se refería a defensas consecuencialistas. Sin embargo, la presente discriminación no atiende fundamentalmente a un criterio de estrategias de argumentación normativa. Otra cosa es que las dos discriminaciones resulten coextensivas, que las teorías instrumentales utilicen argumentos consecuencialistas. Siempre cabría imaginar una argumentación deontológica que sustituyese «la democracia produce la maximización de -el valor- x» por «la democracia encarna máximamente el valor x», sin modificar el carácter instrumental de la fundamentación. El compromiso deontológico es con -el valor- x, no con la democracia. Si otro sistema encarnase mejor que la democracia el indiscutible valor x, la democracia quedaría superada. La instrumentalidad no radica en la «maximización», simple conjetura empírica. En todo caso, no quisiera escamotear la especial provisionalidad de estos juicios.

[56] Conviene recuperar (nota 2) de nuevo la distinción entre teorías de la democracia y fundamentación de la democracia que puede iluminar ciertas polémicas en torno a la democracia republicana. Elster (1986a; 1986b) ha criticado con pertinencia ciertos enfoques (Arendt, 1973) de la «democracia como autorrealización» que olvidan que para que realmente una tarea resulte autorrealizadora ha de servir para algo, que la autorrealización es efecto lateral o subproducto de la realización: es porque mi obra resulta ajustada a (mi) propósito por lo que me siento realizado. En ese sentido, dice Elster, la democracia será autorrealizadora en la medida en que ayude a tomar decisiones, mientras sirva para algo (aunque sería mejor decir: «mientras se crea que sirve para algo»). Eso es indisputable. Pero hay un extremo en el «deontologismo» (antiintrumental) de los defensores del foro, que la crítica de Elster corre el peligro de escamotear, extremo que la distinción entre teorías y fundamentaciones ayuda a aclarar. En el plano teórico se trata de discutir qué es la democracia y en esa discusión está comprometido tanto si la democracia es un buen sistema para tomar decisiones como si la democracia tiene interesantes subproductos. Ambas son discusiones estrictamente empíricas. En el plano de la justificación también cabe referirse a tales asuntos -una vez se ha visto que los juicios son ciertos- para justificar la democracia. Lo que no cabe reprochar es que se haga uso en un plano normativo del argumento de la autorrealización. El que ésta sea un subproducto y no se pueda perseguir directamente, es asunto empírico. Pero desde el punto de vista normativo no hay ningún problema -en principio- en apelar a los resultados laterales para justificarla. Una cosa es que esté condenado al fracaso perseguir directamente, es asunto empírico. Pero desde el punto de vista normativo no hay ningún problema -en principio- en apelar a los resultados laterales para justificarla. Una cosa es que esté condenado al fracaso perseguir directamente lo que es un subproducto y otra el que algo se justifique, aun si no consigue sus resultados no laterales, por sus subproductos. Aun si la acción o el proceso A no permitiera obtener máximamente x (conjetura empírica), yo podría defender A porque la búsqueda de x a través de A -y sólo a través de A- permite obtener z (carácter, bondad, perseverancia). Por lo demás, no está nada claro que el reconocer la condición de subproducto de algo nos impida perseguirlo a sabiendas de lo que hacemos. En particular esto es así en bastantes escenarios políticos. Cfr. las críticas de Chan y Miller (1991) a la teoría de los subproductos de Elster en sus juicios sobre la democracia republicana. En ese trabajo los autores reconocen diversos grados de imposibilidad para perseguir y obtener los subproductos políticos. Asimismo sobre lo razonable de los objetivos inalcanzables (Rescher, 1987), cfr. infra nota 67.

fundante: no hay razones ulteriores que la cimienten. No solo es que no sea superable, es que la misma idea de superación resulta un sinsentido, no se sabe muy bien qué quiere decir. Afirmar que no cabe la superación equivale a afirmar que la justificación que se hace de la democracia solo sirve para la democracia. Se puede decir que el vínculo que la FE establece entre moralidad y democracia no es una relación circunstancial, que se trata de un vínculo necesario.

El propósito no parece asunto menor. Por una parte se sostiene la calidad insuperable de la democracia, o lo que es lo mismo, que la justificación de la democracia es exclusiva. Pero a la vez se mantiene el propósito fundamentador. Y es el caso que la idea misma de fundamentar parece remitir a un valor ulterior, más básico, desde el que se fundamenta. Desde una perspectiva inferencial, la relación entre el valor fundamentador y lo fundamentado es de la misma naturaleza que la que guardan axiomas y teoremas; y ya se sabe como funcionan ese tipo de relaciones, no hay vínculos de exclusividad: un conjunto de axiomas, en principio, permite generar infinitos teoremas; un mismo teorema puede inferirse desde distintos conjuntos axiomáticos. Así las cosas, la vinculación entre el valor fundamentador y la democracia difícilmente se puede pensar como una función biunívoca en sentido matemático: de uno a uno. En suma, no resulta asunto baladí compatibilizar la idea de fundamentación con la razonable intuición de la insuperabilidad de la democracia.

De todos modos, alguna razón habrá que dar si no se quiere incurrir en deontologías metafísicas, en afirmar la bondad esencial de la democracia, lo que equivaldría a abandonar el asunto mismo del PFD. Se trata, pues, de mantener la idea de fundamentación pero sin que esa fundamentación acabe tomando la forma de «porque permite x». La solución podría estar en una justificación que no recalase en un valor ulterior, sino, por así decir, en un valor simultáneo, en una especie de «porque la democracia es x» o «porque la democracia equivale a x». A algo parecido a esto parecen referirse los defensores de la FE cuando aducen que la democracia *equivale* al ejercicio de la eticidad, a las condiciones para determinar «los buenos valores». No se trataría en tal caso de una fundamentación desde otro valor (más básico), interna, sino desde otro plano, el epistémico. Precisamente esa calidad «externa» impide encallar en uno de los escollos a los que se enfrentó la FI: que la sustitución de «porque permite x» por un «porque es x» (o el más preciso: «porque equivale a x») desemboque en tautología, en una pseudosolución que se limita a estipular por definición que «la democracia es lo mismo que x».

3.1. La argumentación epistémica

El empeño, aunque complicado, no es original. Una comparación puede resultar iluminadora. Asuntos que han entretenido a la reflexión filosófica,

como la ciencia o la razón, parecen participar de esa singular cualidad que hace que resulten interesantes, que produzcan buenos resultados, pero que no se justifican estrictamente por sus buenos resultados, entre otras razones porque con frecuencia yerran; ni tampoco se justifican trascendentalmente, desde principios más fundamentales. Antes bien, razón y ciencia, ellas mismas, fundamentan. Cierto es que nos ayudan a conocer el mundo o a tomar decisiones correctas; pero si tales resultados no son sin más su justificación es porque no son independientes de su ejercicio. Sencillamente no sabríamos muy bien de qué otro modo podríamos funcionar, no sabríamos que significa disponer de un conocimiento veraz o tomar una decisión bien fundamentada que no tenga que ver con la ciencia o la razón. Estamos instalados en ellas, constituyen la gramática de cualquier lenguaje que quisiéramos manejar y los necesitamos para entender, para evaluar, para saber que cierta afirmación es un conocimiento bien fundado o una recomendación correcta. En ese sentido, aun si avalados por sus resultados, sirven a la vez para avalar.

La FE arrancaría con argumentos parejos en el terreno de la fundamentación de los juicios morales. Mientras podemos concebir la toma de decisiones o la maximización del bienestar -un dictador ilustrado y benevolente, interesado en el bienestar objetivo de las gentes, que conoce y satisface sus deseos reales- sin la democracia, no podríamos concebir la idea de elegir una idea de buena vida que no pase por ciertos requisitos que tienen que ver con cierta idea (republicana) de la democracia: autonomía, información, argumentación pública, disposición a revisar juicios. Idea que es bien diferente de la democracia competitiva. Frente a la democracia como la simple reunión de voluntades prepolíticas, de intereses que, por definición, no admiten argumentación pública ni modificación, la voluntad general republicana es a la vez un proceso de agregación y de formación pública -política- del juicio, abierto al análisis y la réplica, a la justificación razonada de las opiniones, a la revisión de las preferencias.

Revisión de prefencias que implica *revisión de la identidad de los individuos*. Y aquí se evitan las dificultades de la FH. Como correctamente señalaba ésta, los individuos no trascienden -son distintos de- sus características, su identidad no es previa a sus preferencias. Pero precisamente en virtud de esa condición de nudos de preferencias, en la medida misma que las preferencias son susceptibles de revisión racional, las identidades se pueden modificar cuando se revisan las preferencias. Una vez se asume una idea realista de los sujetos, hacer de la actividad política materia de diálogo racional equivale a admitir que aquella actividad tiene que ver con la automodelación: la elección racional de las preferencias es elección racional del carácter. Y no hay que olvidar el punto de partida: entrar en diálogo con sinceridad necesariamente compromete con la disposición a cambiar el propio juicio. Sostener que mi juicio es correcto supone admitir que es defendible con razones. Al invocar razones reconozco que mis preferencias están subordinadas

a un tribunal que muy bien puede mostrar -a mí, que soy el que lo invoca- que estoy equivocado: mi compromiso no es con las preferencias, sino con la argumentación que la fundamenta. En ese sentido, rectificar un juicio es, en rigor, confirmar la corrección de mi sistema de fundamentación. Una vez se reconoce que las preferencias están equivocadas, es obligado revisar las anteriores, evaluar la propia vida[57].

Como se ve, también ahora el cambio en el proceso de fundamentación arrastra un cambio en la idea de democracia. La democracia republicana encuentra defensas diversas[58], pero por detrás de ellas cabe reconocer un núcleo

[57] Por supuesto, hay aquí implicados interesantes procesos psicológicos, que invitan -sobre todo en estos tiempos de sólidas corrientes naturalistas en epistemología y filosofía de la mente (infra. nota 66)- a evitar la urgente contraposición entre psicología y racionalidad. Contraposición que acostumbra a recordar importantes resultados de la psicología social (disonancias cognitivas, *wishful thinking*, etc.- que llevan a dudar de la racionalidad en la formación de creencias y deseos (Para un repaso reciente, cfr. Sutherland, 1994). Sin embargo, conviene precisar algunas cosas. La primera: mucho comportamiento calificado como irracional (*akrasia*, preferencias cambiantes, compulsiones) lo es menos mirado de cerca, tiene, no sólo su razón de ser, sino que oculta una racionalidad inobservable superficialmente (cfr. el magnífico -aunque exagerado- trabajo de Ainslie, 1992). En segundo lugar, la mayor parte de tales resultados se refiere a la influencia de la comunidad en la formación de juicios y opiniones individuales (a la influencia social «dentro de mi cabeza»), que es precisamente lo que se quiere conjurar en una discusión compartida y comprometida con razones: las racionalizaciones se dificultan notablemente en un diálogo sinceramente expuesto a réplicas. En tercer lugar, no hay que olvidar que esos mismos procesos con frecuencia son de doble dirección. Al cabo, las disonancias cognitivas se corrigen modificando una de las dos creencias. Cabe pensar que en una atmósfera sin telarañas mentales el juicio a corregir será el que no se ajuste a los compartidos -y bien fundados- patrones de racionalidad. Por último, no hay intento de justificación (Pratkanis, Aronson, 1992: cap. 3). En todo caso resulta bien cierto que en el tratamiento habitual de los procesos de formación de las preferencias por parte de la filosofía política hay cierto descuido de los mecanismos psicológicos implicados, descuido injustificado, pues, como ya se dijo, el que una teoría sea normativa no la exime de manejar supuestos compatibles con la información disponible.

[58] Las defensas del diálogo frente a la negociación al servicio arrancan de objetivos diferentes no siempre suficientemente discriminados: determinar la verdad moral, obtener los juicios morales más adecuados, detectar los intereses compartidos, descubrir los propios intereses, desarrollar las virtudes, determinar una idea de buena vida, determinar las reglas justas. No es la presente la ocasión de discriminar en la amalgama de argumentos no pocas veces demasiado fascinados por el consenso (algo de eso hay en el Rawls más reciente (1993)). A la hora de inyectar realismo buenas son las páginas que Rescher (1993) dedica a criticar la estrategia de la argumentación ideal o consensuada y las que Elster (1994) entretiene en explorar la tensión entre argumentación y negociación en escenarios reales: la Convención Federal de Filadelfia y la Asamblea Constituyente del París revolucionario.

A propósito de la complejidad de argumentos aludidos quizá convenga recordar cierta inconsistencia pragmática presente en algunas defensas de la democracia directa que apelan a los intereses excluidos. En ese mismo sentido no se puede ignorar que aún si defiende ambos una democracia de competencia -y representativa- no son los mismos los argumentos de Madison (1961: Federalist 10), que apelan a buenas razones (*versus* intereses) susceptibles de ser argumentadas, que los de Sieyes, quien invoca a los costos de la actividad política en el capitalismo («Observaciones sobre el informe del Comité de constitución acerca de la nueva organización de Francia», 1879 (Sieyes, 1993: pp. 219-ss)). La ambigüedad de la inspiración de los argumentos «democráticos» cfr. por ejemplo la veta aristocrática de «desprecio a la mediocridad» detectada por Kahan (1992) en Burckhardt, Stuart Mill y Tocqueville) invita más que nunca a deslindar el terreno normativo (la fundamentación, propiamente dicha), la explicación histórica de lo que acontece (p.e.: el común argumento de la operatividad en favor de la democracia indirecta es historia ficción retrospectiva) y el psicológico-motivacional (la intrahistoria de las razones de los clásicos protagonistas).

compartido que equipara -las condiciones de- la democracia a la buena formación de los juicios morales. La discusión, la defensa pública de las opiniones que obliga a asumir imparcialidad, la disposición a revisar las preferencias, la igualdad de -las voces del- los individuos en el foro[59], conforman un conjunto de procedimientos que, sin tener que ver propiamente con juicios éticos, permiten acercarse a las mejores opiniones éticas. Desde ahí los caminos se diversifican, según la opinión que se tenga sobre la ética (y aún sobre la ciencia)[60]. Para unos la democracia permite determinar las verdades morales, para otros las creencias morales correctas.

Parece más razonable suscribir la segunda de las opiniones, sin dejar de advertir que ello no supone alejarse del paralelo con la ciencia. De nuevo la comparación resultará iluminadora, en particular esa opinión común según la cual la ciencia nos permite conocer -o avanza en el camino a- la verdad (o la realidad). Aunque no sabemos muy bien hacia donde se dirige, ni en qué consiste, ni cual es la forma que toma, todos estamos de acuerdo en que existe el progreso científico. En rigor se trata de una idea que está asociada al concepto mismo de ciencia, a la fundamentación -y por tanto a la revisión- del conocimiento científico[61]. Aun si abandonamos conjeturas caducas, si nos quedamos en mitad de la inseguridad, reconocemos en ello un progreso. Sabemos que la ciencia avanza unas veces contestando preguntas y otras, más importantes, descalificando preguntas (¿cuánto pesa el calórico?, ¿cuál es la densidad del éter?) que resultaban pertinentes para las viejas teorías pero que ahora son puro sinsentido. Del mismo modo, la mayor parte de nuestro conocimiento actual está llamado a ser juzgado falso. Por eso no cabe afirmar sin matizar que conocemos la realidad o que nuestras teorías son verdaderas. Lo que sí podemos decir es que nuestras teorías actuales son las mejores que podemos disponer a la luz de lo que sabemos. Así las cosas, el acento recae menos en la «verdad» de las creencias empíricas que en su buena formación. Nuestras teorías son las mejores porque se han construido del mejor modo: consistentes, acordes con las observaciones, compatibles con otras teorías más básicas, etc. Como no disponemos de un

[59] Que como ya se dijo (nota 34) no es simple igualdad de voto. Es reconocer la igualdad de voces y la posibilidad de diferente excelencia, sin que eso tenga traducción en desigualdad de posibilidad de ser escuchado, cosa que sí sucede, por ejemplo, con la desigualdad asociada a las propiedades de los medios de manipulación de masas. Cfr. Dworking, 1990.

[60] Cfr. infra nota 63.

[61] Sobre la idea de progreso científico cfr. Rescher, 1984; Niinluoto, 1984.

criterio independiente de verdad, de la posibilidad de mirar la realidad por detrás de la ciencia, solo podemos fiarnos de ese instrumento, la ciencia (y en general la razón), a sabiendas de que a veces nos confundirá, pero con la seguridad de que es nuestro único asidero, de que ni siquiera podemos imaginar un modo de obtener conocimiento que no tenga que ver con un conjunto de procedimientos, con eso que llamamos ciencia o razón. Un Dios de buen dispuesto entendimiento que nos enviase teorías verdaderas pero no nos dijera nada acerca del cómo de las teorías nos resultaría incomprensible[62]. Entender los mensajes de ese Dios requeriría aplicar a sus juicios criterios de racionalidad, calibrar desde alguna elemental idea de ciencia[63].

Pues bien, mutatis mutandis, algo parecido se podría decir acerca de los juicios morales y la democracia. Metafísicamente, en el mismo buen sentido de la palabra, se podría decir que caminamos detrás de alguna idea de verdad moral y que en ese trajinar avanzamos plagados de incertidumbres en el progreso moral[64], pero sin tomarse demasiado en serio las palabras, al menos para describir nuestro presente o cualquier presente. Sencillamente,

---

[62] Si un Dios ilustrado -y un poco vanidoso- se decidiera a comunicarnos enunciados de buena ciencia, la simple intelección de que se trata de verdades sobre el mundo y no los versos de un deslabazado poema requeriría el uso de la razón, que los examinásemos según los procedimientos disponibles: si se ajustan a las observaciones, si los términos que emplean son entendibles, esto es, compatibles con lo ya sabido; en suma, exigirían utilizar el mismo proceder que aplicamos a las conjeturas candidatas a formar parte de las teorías científicas interesantes, eso que en épocas de arrogancia positivista se llamaba «método científico». Si Moisés hubiera bajado del Monte Sinaí con enunciados del tipo: «fuerza es igual a masa por aceleración», «el hipotálamo participa en la regulación de los sistemas neurovegetativo y endocrino» lo habrían encerrado. Si en lugar de inspirar la Biblia, Dios se hubiera decidido él mismo a escribir algo así como el magnífico *Diccionario de teorías científicas* de J. Bothamley (1993) no habría encontrado editor.

[63] Los juicios anteriores no están comprometidos obligadamente con una idea operacionalista o pragmática de la verdad, según la cual la verdad se agota en su procedimiento de obtención. Dicho de otro modo: son compatibles también con separar la idea de verdad y el procedimiento de obtención, con la distinción entre «qué hace a una proposición verdadera» y «cómo determinamos que es verdadera». Lo único que se afirma es que no hay un modo de determinar la verdad independiente de los procedimientos de la ciencia. Sobre las teorías de la verdad cfr. el insuperable trabajo de Kirkham (1992). Pues bien, como se argumenta a continuación, lo dicho vale también para nuestro asunto y en ese sentido la FE no está comprometida con una única teoría acerca de la naturaleza de los asertos morales. Ello no quiere decir que no excluya nada. Es más, la superación de la democracia para la FE resultaría imaginable desde dos premisas: a) existen «verdades morales» con independencia de su determinación por la democracia; b) existe un procedimiento para esa determinación independiente de la democracia. En tal caso se podría prescindir de la democracia. Lo que sucede es que la FE añade: «no se sabe qué querría decir un modo de determinación independiente, en tanto cualquier candidato (Dios) se vería calibrado para su simple inteligibilidad por los procedimientos de racionalidad práctica que toman cuerpo en la democracia».

[64] La comparación entre progreso moral y progreso científico tiene sus límites. La primera: mientras que progreso científico afecta a nuestras herramientas conceptuales o, en todo caso, a los efectos de ese progreso sobre la tecnología, lo que llamamos progreso moral no se refiere a las teorías morales sino a los procesos sociales. Confundir el progreso moral con el progreso -nada espectacular- de nuestras reflexiones morales es un hermoso pecado de arrogancia tan ilustrado como escasamente sensato, bastante común, por demás, en individuos que traslegan poco con la vida extraacadémica. La otra diferencia, muy importante y llena de consecuencias, tiene que ver con la circunstancia de que el progreso afecta a las intuiciones morales, esto es, al material observacional -evaluador- de las teorías éticas. Desde luego, en ningún sentido epistemológicamente cuando se puede decir que el progreso de la ciencia es disponer de nuevas observaciones que modifiquen las anteriores.

tenemos las mejores creencias posibles porque esas se han construido del mejor modo posible, de un modo autónomo no arbitrario. Y ese mejor modo incluye una evaluación discursiva, dialógica y racional. Los ciudadanos republicanos sostienen sus juicios en razones públicas, esto es, revisables, y con ellas, reconsideran sus propias elecciones. Saben que vienen de alguna parte, que tienen identidad, pero no son -para decirlo con Carpentier- simples cuerpos de carne transcurrida: están en condiciones de revisar sus juicios y sus preferencias. En tanto suscriben sus juicios porque les parecen bien fundados, no les resulta imaginable -cosa que sí sucede en la FI- un «bienestarismo objetivo» que determine con independencia de su opinión, las «verdaderas preferencias colectivas». Sencillamente no hay un modo independiente de determinar la voluntad general que la voluntad de todos formada desde las buenas razones. Y, al fin, eso es la democracia republicana[65]. Idea de democracia (deliberativa, republicana) y de fundamentación que permiten salvar aquellas dificultades que impedían reconocer una auténtica cuestión de racionalidad práctica en las FI y en la FH y en sus respectivas ideas de democracia:

1. *Reconoce un genuino problema de fundamentación.* La FI entendía la democracia únicamente como una herramienta para tomar decisiones. La dimensión moral se limitaba al propósito para el cual servía la democracia

[65] Desde esta perspectiva, amén de disponer de un apunte de solución a la paradoja liberal, se hacen inteligibles propiedades que de un modo impreciso se han asociado a la participación democrática -como es el caso de la autorrealización- que para cierto republicanismo constituyen la justificación de la democracia (cfr. supra nota 56). No se trata de que la participación sea un goce, sino de que el ciudadano -cuando participa seguro de que se compromete por que está convencido de lo que hace, porque hace lo que tiene que hacer- se experimenta guiado interiormente y a la vez de acuerdo con otros (autónomamente) y eso siempre proporciona serenidad. Aun en el desconsuelo y la derrota, la racionalidad, además de asegurarnos la mejor o la menos mala de las opciones, nos otorga la lúcida calma que acompaña a la certidumbre de que no hay otro modo de actuar. Como se apuntó en la nota 57, es falaz contra poner incondicionalmente racionalidad y psiquis. Los procesos de participación en los que uno se reconoce convencido y por tanto dispuesto a modificar juicio, tienen poco que ver con las racionalizaciones patológicas de quienes tienen que pactar con sus intereses y se resisten a reconocerlo. Se parecen más a la serenidad con la que nos pensamos en la buena relación amorosa (cfr. supra nota 52). Conviene, además, no desatender que la disposición a actuar aumenta cuando la participación se hace con convencimiento, por buenas razones y porque se cree que es lo que se debe hacer. Esta circunstancia resulta particularmente importante habida cuenta de que la democracia republicana requiere ciudadanos activos. Esto constituye un rasgo diferencial frente a la democracia de intereses, competitiva, que entiende la actividad política como un coste, como un fatigoso quehacer instrumental que debe ser retribuido; democracia competitiva que, como corresponde a esa circunstancia, se alimenta de ciudadanos pasivos (Ovejero, 1994a: caps. 4 y 5; 1995b).

(la maximización de la utilidad, p.e.), al valor que hay detrás de la herramienta (el bienestar), y a su justificación; de ninguna manera hacía de la propia democracia el territorio de la reflexión moral. Por su parte, la FH veía en la democracia simple historia y la historia se explica, no se justifica. La FE, como se acaba de ver, sitúa a la democracia en el corazón mismo del problema clásico de la materia moral: Las condiciones de fundamentación de la racionalidad práctica.

2. Proporciona una genuina justificación, esto es, que abarca a la democracia y únicamente a la democracia. Tanto la FI como la FH justifican demasiado y demasiado poco. Para la perspectiva instrumental la democracia es un simple mecanismo para tomar decisiones. En ese sentido, como se dijo, si encontráramos otro instrumento más eficaz, deberíamos abandonar la democracia. Por su parte, la perspectiva comunitaria da cuenta de la democracia desde la historia y la historia explica cualquier cosa. La democracia se justifica mientras dura, mientras resulte acorde con el fermento desde el que se nutre. En uno u otro caso, se justifica la democracia y otras cosas y, también, la democracia es susceptible de perder su justificación. Las cosas suceden de modo diferente en el caso de la FE. Esta hace de la democracia la gramática del ejercicio de la racionalidad práctica. La pretensión de «superar» la democracia se revela tan imposible con la aspiración a -hablar y- «superar» la gramática, a demostrar y «superar» la lógica[66]. La FE subraya la inexcusable presencia del procedimiento en las decisiones sobre valores y destaca que tales procedimientos no son distintos de los principios que toman cuerpo en cierta idea de democracia, la democracia republicana. No

[66] No pasará desapercibido al lector que, en el conjunto de esta argumentación y muy particularmente en la comparación que nos lleva a afirmar que «del mismo modo que no podemos hablar sin gramática o inferir sin lógica...», existe un proceder trascendental -inevitable, por demás- y una utilización cómplice del lenguaje natural como herramienta demostrativa. Frente a ambas, quisiera invitar a la cautela. Las modernas tendencias naturalista en epistemología, filosofía de la ciencia (Giere, 1992) y, sobre todo, los resultados positivos de las ciencias cognitivas (Churchland, 1989) -acaso menos de los proclamados por sus recientes conversos, pero sin duda importantes- nos recuerdan algo bien sabido y con frecuencia olvidado por la comunidad filosófica, a saber, que hay que andar muy prevenido con ciertas invocaciones a lo que nos parece evidente, invocaciones que se amparan en un sentido común cargado de falsas teorías y-sus correspondientes- presunciones ontológicas. Tales recomendaciones de abandonar las trampas metafísicas de nuestro lenguaje, y las correspondientes críticas- desde luego absolutamente suscribibles- a los trucos de filósofos en su uso licencioso de argumentos trascendentales y de experimentos mentales demostrativos, nos han recordado que so pretexto de explorar las presunciones implícitas en la ciencia acostumbramos a introducir de rondón conceptos y preguntas imposibles arrastradas por nuestro viciado lenguaje natural (al modo como se trampea con la falsa pregunta: «si el universo es finito, ¿qué hay fuera?»).

No cabe sino elogiar tan saludable proceder. Pero, de nuevo, cautela con nuestra comparación: muy bien pudiera suceder que algún día nos comuniquemos sin lenguaje, que nos transmitamos la información conectándonos neuronalmente, que el lenguaje no esté asociado a la gramática o que las teorías no requieran proposiciones, en suma, el día en que ciertos matrimonios conceptuales que nos parecen indisolubles dejen de serio. Puede. Pero lo que es seguro es que ese día, lo que entendamos por lenguaje, gramática, comunicación o teorías -si persisten tales rótulos- será algo bien diferente de lo que hoy entendemos. De modo que nuestra argumentación se puede mantener una vez se introduce una cláusula «dada nuestra actual idea de (lenguaje, comunicación, lógica,...) no sabríamos que quiere decir...». Por lo demás, no quisiera pasar la ocasión de observar que tan razonables juicios, críticas y entusiasmos -en los que por cierto, los principales protagonistas son (ex)filósofos- que arrancan recordando que, metro a metro, la ciencia ha ido expulsando preguntas «naturales» de siempre y segando la hierba bajo los pies de los filósofos, acostumbran a hacer uso -como no puede dejar de ser, dada la naturaleza del asunto- de argumentos no menos trascendentales del tipo: «del mismo modo que el flogisto y el calórico no fueron reducidos a -explicados desde- los conceptos químicos modernos, sino que fueron abandonados, los conceptos de la psicología popular (deseos, creencias, etc.) deben abandonarse, en tanto no encuentran anclaje en la moderna neurobiología...». Cierto es que este argumento es el de los más radicales (eliminacionistas), pero no lo es menos que el uso de tales estrategias de argumentación son la moneda habitual (de hecho, precisamente por lo que afirman, desde el punto de vista de las licencias de filósofos, los eliminacionistas son los más cautos en el uso de argumentos de principio).

hay un modo independiente de determinar unas preferencias bien formadas, una idea de buena vida, que la que cuaja en la democracia.

3. La FE captura la pertinencia de la FI y el realismo de la FH. Como destaca la FI, la democracia tiene que ver con la toma de decisiones sobre la vida colectiva. Es falaz la contraposición entre una democracia competitiva que toma decisiones y otra en la que lo importante es la autorrealización de los ciudadanos, con independencia del «para qué» de la actividad política. La autorrealización es un estado lateral que acompaña la realización de algo. Para que el individuo experimente la autorrealización es condición necesaria que su acción sirva para algo distinto de la autorrealización. Para que el individuo se autorrealice -en una actividad política[67]- se requiere que realice algo exterior a él mismo, que lo que haga tenga sentido social, que sirva para algo. Pero no es suficiente. También se requiere que la acción tenga sentido para el individuo, que éste crea en lo que hace. Sólo si sé que lo que yo hago -además de servir para algo- tiene sentido para

[67] En las páginas anteriores se ha insistido en que la autorrealización requiere la realización externa de algo. Esa exigencia no impide que esa realización sea privada, que, por ejemplo, un catador de vinos disfrute privadamente de su entrenada habilidad. Las actividades autorrealizadoras se oponen estrictamente tan sólo a las actividades de consumo, mientras estas últimas tienen rendimientos marginales decrecientes, las primeras, aun si al principio son costosas, andando el tiempo, y como resultado de su propio quehacer, aumentan el disfrute. Otra cosa es que la autorrealización requiera no sólo del ejercicio de la actividad, sino del buen ejercicio, del éxito en la tarea, y que éste necesite de un contexto público para su apreciación. La autoestima, que tiene mucho que ver con el negocio del buen vivir, si se requiere anclada en el mundo, requiere de los otros. Es condición necesaria, aunque no suficiente de la felicidad. Precisamente cuando no están los otros, cuando no hay «externalización» del proceso de autorrealización, es cuando aparece la patología: el genio arrogante que se alimenta desde sí mismo, la neurosis, la autodestrucción y el desprecio al mundo que acompañan con frecuencia a los caracteres geniales (Eysenck, 1995: 202-ss).

mí, si me parece razonable, podré experimentar la autorrealización. Ahí es donde la FI encuentra problemas: para que el individuo experimente como dotada de sentido su acción se requiere que le parezca justificada. Si no tengo razones para mis preferencias, si todo da igual, que se elija lo que me gusta o no me podrá parecer más o menos conveniente, me llevará o no a lamentar el tiempo perdido en elegir, pero nada más.

La FH destacaba con justicia que la elección no es capricho, que tiene que ver con la historia. Ese apreciable realismo es también rescatado por la FE. Es cierto que no elegimos desde detrás de nosotros mismos, que nuestra biografía nos proporciona criterio, y que, en ese sentido, no todo es igual. No estamos en suspenso moral, somos nuestras valoraciones e ignorar eso es ignorar los hechos. Pero de ahí no se sigue que solo quepa resignarse a reconocer la diversidad de biografías, que no se pueda decir nada razonablemente acerca de los otros[68], que cada uno (cada comunidad) esté condenado a su criterio y no quede lugar para la calibración. Con paradoja: la crítica comunitaria, que arranca diciendo que no todo es igual, deriva con facilidad en un relativismo histórico que viene a decir que todo da lo mismo, que ante la diversidad de las biografías, sólo queda la indeterminación. Por más que la FH haga lema de que «no todo es igual», lo cierto es que se ve en dificultades para asumir esa conclusión cuando se sostiene simultáneamente que existen distintas perspectivas, que no hay modo «trascendental» de compararlas y que nadie puede escapar a la suya, a su nicho cultural. No solo eso, la FH, al afirmar que son los valores sociales «densos» los que proporcionan el auténtico («sentido») criterio de evaluación, más allá de las (imposibles) preferencias de los individuos, se ve en la obligación de admitir que las gentes se pueden comprometer en acciones valiosas (con sentido) para la comunidad pero desprovistas de valor (sentido) para ellas[69]. Recala exactamente en el mismo problema de la FI: el individuo que no cree justificada -provista de razones- su acción difícilmente la creerá con valor (sentido).

4. Reconoce la relatividad de los puntos de partida sin derivar en el nihilismo. La FE asume que las preferencias vienen de alguna parte, que los individuos -contra la FI- no son simples sujetos que manifiestan deseos, que sus escenarios los constituyen como individuos, pero también admite un lugar para la revisión racional. Revisión que, como se vio, es garantía de que los individuos reconozcan como «dotadas de sentido a sus acciones». Sólo la racionalidad, la buena basamentación, asegura que el compromiso de uno

[68] Tesis en la que coincidirían cierto comunitarismo y el «liberalismo»: el primero desde la irreductibilidad de las biografías y la imposibilidad de los criterios trascendentales; el segundo desde el «todo vale» que alimenta el problema del liberalismo y el bien. Cfr. supra nota 51.

[69] Las sociedades integristas disponen de un buen arsenal de pautas compartidas que para muchos de sus habitantes -particularmente las mujeres- no se experimentan como propias, no parecen «razonables». Pautas que aun cuando tienen todos los atributos de los valores sociales «densos», para proporcionar «sentido» son poco «sentidos», asumidos como propios, por sus presuntos (so)portadores. Sobre esta dificultad del comunitarismo cfr. Kymlicka (1990).

con sus ideas o preferencias es, a la vez, eficaz y realmente sentido: sirve para resolver problemas y se muestra bien fundamentado. Intuición, gustos o intereses para la FI, biografía, dioses o lenguaje para la FH, las elecciones de los individuos carecían de razones. Vacíos de memoria o embriagados de historia tales sujetos hacían naufragar los proyectos que pretendían fundamentar: en un caso la «toma de decisiones» pierde toda relevancia, en el otro, las certidumbres de todos dejan de serlo cuando no se asientan en las certidumbres de cada uno. La FE reconoce que la inevitable diversidad de biografías compromete la relatividad del punto de partida de la vida democrática. Sin embargo, eso es cosa distinta de asumir que el punto de llegada también es «relativo». Asumir que los argumentos están condenados a la indeterminación es negar la idea misma de argumentación. En rigor, adoptar ese punto de vista equivale a afirmar que lo que se está diciendo resulta ininteligible. La pretensión de convencer conlleva implícita la confianza en que el punto de partida no es «relativo».

4. Para concluir

El repaso anterior ha permitido, en primer lugar, reconocer la naturaleza irresoluble del PFD: se manejan distintas teorías de la democracia y de fundamentación. Enfrentadas a problemas diferentes y con diferentes maneras de abordarlos las tres perspectivas resultan inconmensurables. No hay un rasero compartido para calibrarlas. Podría parecer que ese juicio no resulta compatible con la defensa de la FE. La paradoja se explica desde lo que exactamente se afirma, a saber, que únicamente la FE y la idea de democracia que la acompaña tienen que ver realmente con una fundamentación moral, que cuando se trata de los asuntos de racionalidad práctica tan solo la democracia republicana resulta pertinente. También se podría haber mostrado que desde el punto de vista *explicativo* la FH está en la línea correcta. Sencillamente, las distintas perspectivas están en distintos asuntos.

La primera idea de democracia, como simple procedimiento para agregar preferencias, resulta adecuada en determinados escenarios. Si de lo que se trata es de decidir de qué color pintar la fachada de un edificio no parece mal método votar sin más. La elección no parece requerir demasiadas razones[70]. Otro tanto sucede cuando hay que elegir entre intereses en estado puro y no hay posibilidad de buscar equilibrios compensadores. Si en la escalera hay una mayoría de zurdos, a la hora de colocar los interruptores del

[70] La reserva tiene que ver con el reconocimiento de que caben consideraciones ulteriores en la decisión del color; una combinación de colores en una pared produce ciertas sensaciones o impresiones; un coche blanco resulta particularmente visible y tiene una probabilidad de accidentes más baja que uno de otro color: etc. En estos casos las preferencias tienen alguna base informativa y los juicios se pueden fundamentar hasta cierto punto.

ascensor resulta razonable colocarlos en el lado izquierdo[71]. Todo eso tiene poco que ver con la moral y de hecho no se necesita la democracia para tomar decisiones que maximicen el bienestar[72]. Frente a cierto panmoralismo fundamentalista, que equipara elección a decisión moral, es buena cosa reconocer que no todas las elecciones son iguales, que no todas son elecciones morales, que no es lo mismo decidir un color para pintar la fachada de un edificio que decidir acerca de cómo distribuir la renta. La FI equipara en dirección contraria: todas las decisiones son iguales porque ninguna tiene que ver con consideraciones morales razonadas.

La FI al trivializar las preferencias trivializa las elecciones e iguala las otras elecciones a la elección de colores. Ninguna parece requerir razones, las preferencias privadas (prepolíticas) constituyen palabra última. Una vez la elección se realiza desde ahí, la democracia se reduce a la aplicación de una -inevitablemente[73]- arbitraria regla de elección a unas preferencias desprovistas de razones. Con arbitrariedad de voluntades y arbitrariedad de procedimientos, en el límite, la democracia pierde cualquier posibilidad de cimiento racional. Cuando no hay razones para preferir una cosa a otra, cuando todo da lo mismo, la idea de elección o la defensa de valores como la libertad -de «elección»- pierden todo significado reconocible. Así las cosas, esta idea de democracia arrastra como consecuencia la inevitable paradoja liberal, el llamado «problema del liberalismo y el bien», la dificultad para conciliar la imparcialidad respecto a las distintas ideas con la defensa

[71] También aquí habría lugar para la reserva. En el trasfondo se está presumiendo algún tipo de igualdad que podría ser objeto de discusión. Si, p.e., los zurdos (cuya supervivencia en un mundo construido por los diestros constituye un conocido enigma para la teoría evolutiva), como consecuencia de un proceso de «adaptación» hubiesen desarrollado una mayor destreza con la mano derecha que los diestros con la izquierda, podría pensarse en colocar los interruptores en el lado derecho. La cosa está en que, también a propósito de gustos e intereses, hay lugar para la formación deliberativa de preferencias y para que en la deliberación aparezcan consideraciones morales. (Obviamente, en el ejemplo, si no existieran costos, se podrían poner algunos días a un lado y otros al otro).

[72] Cierto es que algo ayudan las reglas que aseguran algún tipo de igualdad (cfr. nota siguiente), al garantizar que todas las voces se tienen en cuenta. Pero también cabe la hipótesis del dictador ilustrado y benevolente; quien, por cierto, también asegura la igualdad del poder político: todos tienen igual poder, esto es, ninguno. Por lo demás ya sabemos que una cosa es que se conozcan las preferencias y otra que se satisfagan. En algún sentido lo primero es condición de lo segundo, pero lo que realmente interesa a la FI -al utilitarismo p.e.- es lo segundo. Para la FI no hay problema mientras se maximice ese impreciso objetivo llamado «utilidad» o cualquier otro, aun sin democracia.

[73] Inevitable en el sentido de que, cuando la elección se realiza entre pares de alternativas, hay bastantes reglas de elección (mayoría, pluralidad, Condorcet, Borda, votación exhaustiva, aprobación, etc.) compatibles con elementales principios de igualdad que aplicadas a un mismo conjunto de preferencias conducen a resultados diferentes. Por supuesto que otras reglas -una que, p.e. proporcionase a los licenciados en economía tres votos y ninguno a filósofos violarían la igualdad y, de entrada, no resultarían aceptables. Pero lo que ahora se quiere destacar es que, entre las aceptables, no hay criterios de decisión indiscutibles.

de las propias, dificultad que convierte al ideario liberal en un triste relativismo sin fuerza moral, incapaz de proporcionar razones en favor de la libertad o de descalificar idearios racistas.

Los problemas de la perspectiva instrumental estaban bien señalados por el comunitarismo. Elegir requiere perspectiva, prioridades, preferencias que se construyen socialmente y que dotan de identidad a los individuos. La FI presume un sujeto imposible, un sujeto anterior a sus preferencias, un yo que elige desde ninguna parte. El hombre es «lo que quiere» y lo que quiere tiene que ver con su historia, con una red cultural que proporciona criterio a las elecciones. Y no hay más: nadie puede saltar por encima de su sombra y nadie puede escapar a sí mismo. Si no hay punto de referencia incondicional, se revela una ilusión -deudora ella misma de la historia- la aspiración a una fundamentación trascendental.

Pero también hay dudas acerca de si la FH es una genuina fundamentación. Reconocer que estamos donde estamos por la historia, que estamos «enzarzados en mundo», es mantenerse en el plano explicativo. Pero explicar nuestras elecciones no es justificarlas. Afirmar que no hay modo de escapar a una identidad constituida socialmente equivale a condenar el proyecto fundamentador por la vía más rápida. A los individuos sólo les cabe (re)conocerse su auténtica identidad histórica, no evaluarla, no revisarla. No hay, pues, lugar para la genuina evaluación. Las elecciones son simples ficciones que confirman lo que es su punto de partida. La idea misma de racionalidad práctica se revela un sueño, como Dios, el alma y otras ilusiones cuya existencia se agota en nosotros mismos, en nuestra capacidad para construir patrañas que nos consuelan y entretienen.

La perspectiva epistémica es la única que reconoce el PFD sin desatender los argumentos de la FH. Rescata el buen tino de la crítica comunitaria sin concluir que las preferencias están desprovistas de calidad moral. Admite que la elección se hace desde alguna parte sin verse en la obligación de creer que no podemos escapar a nuestras anteojeras, a nuestro presente.

Ese reconocimiento de la crítica comunitaria -que no conlleva, como sucede con la FH, negar el PFD se deja ver en la solvencia de la FE para escapar a dificultades presente en enfoques normativos- liberalismo y comunitarismo- estrechamente asociados a las FI y FH, dificultades que el PFD ha mostrado con particular notoriedad: *la paradoja liberal y la paradoja nihilista*, respectivamente. La primera tenía que ver con la incapacidad liberal para defender la libertad, empeño que no resulta sencillo cuando se asume que todo -y por tanto la libertad- vale lo mismo. La paradoja nihilista, como ya se vio, aparecía al contemplar a la sociedad como proporcionadora de sentido, de identidad a los individuos, y admitir a la vez que los individuos puedan no encontrar «sentido» (razones) a sus acciones. Pues bien, la FE rescata la pluralidad liberal sin incurrir en la indeterminación y también reconoce la corrección de la crítica comunitarista sin negar la pluralidad:

1. La FE incorpora la crítica comunitaria al sujeto trascendental y al indeterminismo liberal: no hay sujeto sin biografía y las preferencias son fundamentalmente materia social. Pero a partir de ahí añade: precisamente ese carácter social de las preferencias obliga a reconocer la posibilidad de su revisión. Eso sí, para ello se requiere que el escenario adopte cierta forma, la democracia republicana. Un escenario en donde las preferencias se forman públicamente, en la ciudad. Las preferencias son materia de discusión, y quien dice discusión dice posibilidad de revisión del juicio y, por tanto, de la identidad. El punto de partida es el reconocimiento, impuesto por la idea misma de argumentación pública, de la posibilidad de modificar las opiniones. A partir de ahí la argumentación se muestra compacta. Justamente por no existir sujetos por encima de sus biografías, de sus preferencias, la revisión de éstas implica la posibilidad de revisar las identidades. Se reconoce la crítica de la FH, los individuos no son distintos de sus querencias, no son impermeables al tiempo; pero sin incurrir en las paradojas nihilistas del comunitarismo. Los individuos están en condiciones de sentirse parte de la ciudad porque están convencidamente en la ciudad. La democracia republicana conforma una voluntad compartida que no es la foto fija de una identidad colectiva que -a diferencia de la democracia comunitaria- no se sabe cómo podría cambiar, habida cuenta de que encuentra en los individuos, en sus preferencias, el reflejo que ella misma proyecta.

2. La confianza en la posibilidad de argumentar y revisar públicamente las ideas es el fundamento que permite hacer compatibles sin ortopedia el reconocimiento de la pluralidad (liberal) de ideas acerca de cómo vivir con el reconocimiento de que una puede ser superior a otras. Se argumenta porque se confía en mostrar razones en favor de ciertas ideas. A todas las preferencias se les garantiza la presunción del mismo valor: ese es el buen sentido del respeto y la tolerancia democráticos. Pero eso es cosa distinta de que tengan el mismo valor. El respeto será veraz desde la seguridad de que todas las preferencias podrán ser sometidas al foro, a la discusión y ésta, a su vez, será real desde la convicción de que hay la posibilidad de mostrar que no todo es lo mismo. Que todas las ideas de bien sean igualmente tratadas no equivale a sostener que todas valen igual. Es porque no todas valen igual por lo que todas han de disponer de los mismos derechos. La democracia se justifica como un procedimiento para determinar las mejores ideas y el procedimiento requiere que todas las ideas se puedan expresar. Y eso es así porque no hay un modo de determinar las mejores razones que no pase por las condiciones de autonomía que cristalizan en la democracia. La modificación de las ideas de un «equivocado» no vendrá de una iluminación, sino de la propia revisión -de la propia elección- razonada de sus juicios. La idea de buena vida contiene el proceso de su determinación. No se trata sólo de ciertas creencias acerca del cómo vivir, sino también y sobre todo de un modo de justificar esas creencias, de una manera de determinarlas. La buena vida es ejercicio de racionalidad y, en ese sentido, una idea

prioritariamente metódica, de procedimiento, más que substantiva, que los valores «densos» de la FH; y no hay otra manera de determinar las buenas creencias que aquella que toma cuerpo en las condiciones de autonomía asociadas a la democracia republicana. Del mismo modo que no hay -modo de conocer- una verdad por detrás de la ciencia, que no hay otra «verdad» que la que se conoce a través de los procedimientos correctos y que el único modo de acercarse a su conocimiento es el que cristaliza en las maneras de la ciencia; tampoco habría una idea de buena vida «revelada», independiente de la buena formación de esa idea.

3. La FE evita el irrealismo de las elecciones instrumentales sin concluir -con la FH- que son ficciones confirmatorias del ser social. Las propias condiciones de la racionalidad práctica quiebran la falaz inferencia de la FH que del reconocimiento de que los individuos están provistos de una identidad constituida socialmente deriva el juicio de que la identidad es no sólo el punto de partida de las elecciones sino también su horizonte, su punto de llegada. Recuérdese la comparación. Por supuesto que estamos instalados en un punto de vista, pero, precisamente en virtud del lenguaje (la ciencia y la racionalidad) podemos escapar a biografías de especie, podemos escapar a constricciones perceptuales, a la física aristotélica, a la geometría euclidiana y al espectro detectable neurosensorialmente; constricciones que, no se olvide, están hondamente -tan irremediables como la biología- afincadas en nosotros, constricciones que son muy funcionales -sirven para sobrevivir- desde una perspectiva evolutiva. Nada puede estar más instalado y nada puede resultar más útil a la hora de -permítase esta última licencia- proporcionar «sentido». Y sin embargo nuestro horizonte racional no se agota ahí, hay posibilidad de escapar. No parece que se pueda encontrar mejor prueba de que es posible obtener certidumbres sin ahogarse en certidumbres.

REFERENCIAS

Ackerman, B. (1980), *Social Justice in the Liberal State*, New Haven: Yale U.P.
-(1991), *We the People*, Harvard: Belnap, Harvard U.P.
Ackerman, B.; Rosenkrantz, C. (1991), «Tres concepciones de la democracia constitucional», Centro de Estudios institucionales de Buenos Aires, *Fundamento y alcance del Control de constitucionalidad*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
Ainslie, G. (1992), Picoeconomics, Cambridge: Cambridge U.P.
Anderson, E. (1993), *Value in Ethics and Economics*, Harvard: Harvard U.P.
Annas, J. (1993), *The Morality of Happiness*, Oxford: Oxford U.P.
Arendt, H, (1959), *The Human Condition*, N. York: Doubleday.
-(1973), *On Revolution*, Harmondworth: Pelican Books.
Arrow, K. (1951), *Social Choices and Individual values*, New York: Willey.
Barber, B. (1984), *Strong Democracy*, Berkeley: University of California Press.

Barry, B. (1970), *Sociologists, Economics and Democracy*, London: Macmillan.
Beitzm, Ch. (1989), *Political Equality*, Princeton: Princeton U.P.
Bell, D. (1993), *Comunitarianism and its Critics*, Oxford: Oxford U.P.
Bothamley, J. (1993), *Dictionary of Theories*, London: Gale.
Boyd, R. (1988), «How to be a Moral Realist», G. Sayre-McCord (ed.), *Essays on Moral Realism*, Ithaca: Cornell U.P.
Buchanan, J. Tullock, G. (1962), *The Calculus of Consensus*, An Arbor: University of Michigan Press.
Chan, J., Miller, D. ((1991), «Elster on Self-realization in Politics: A Critical Note», *Ethics*, 102.
Christiano, Th. (1993), «Social Choice and Democracy», Coop., D., Hampton, J., Roemer, J. (edts.), *The Idea of Democracy*, Cambridge: Cambridge U.P.
Churchland, P. (1989), *A Neurocomputational Perspective*, The MIT Press: Harvard.
-(1995), *The Engine of Reason. The Seat of the Soul*, Harvard: The MIT Press.
Cohen, J. (1986), «An Epistemic Conception of Democracy», *Ethics*, 97.
-(1989), «Deliberation and Democratic Legitimacy», Hamlin, A., Pettit, Ph. (eds.), *The Good Polity*, Oxford: Blakwell.
-(1993), *An Essay on Belief and Acceptance*, Oxford: Clarendon Press.
Coleman, J.; Ferejhon, J. (1986); «Democracy and Social Choice», *Ethics*, 1.
Dahl, R. (1956), *Preface to Democratic Theory*, Chicago: Chicago U.P.
-(1989), *Democracy and its Critics*, New Haven: Yale U.P.
Darwall, S. (1988), «Self-Deception, Autonomy and Moral Constitution», en McLaughlin, Rorty, A. (edts.), *Perspectives on Self-Deception*, Berkeley: University of California Press.
Dennet, D. (1991), «Two Contrats: folk craft versus folk science, and belief versus opinion», en Greenwood, J. (edt.), *The Future of Folk Psychology*, Cambridge: Cambridge U.P.
Dietz, M. (1985), «Citizenship with a Feminist Aace», *Political Theory*, 13, 1.
Doménech, A. (1989), *De la ética a la política*, Barcelona: Crítica.
-(1993), «... y fraternidad», *Isegoría*, 7.
-(1995), «Individualismo ético e identidad personal», R. Aramago, J. Muguerza y A. Valdecantos (comp.), *El individuo y la historia*, Barcelona: Paidós.
Douglas, R.; Mara, G.; Richardson, H.; (edts.) (1990), *Liberalism and the Good*, New York: Roultlege.
Downs, A. (1957), *An Economics Theory of Democracy*, New York: Harper and Row.
Dunleavy, R, Margetts, H. (1995), «Belief in Democratic Myth», en K. Dowding, D.
King (edts.), *Preferences, Institucions and Rational Choice*, Oxford: Clarendon.
Dunn, J. (edt.) (1993), *Democracy. The Unfinished Journey. 508 BC to AD 1993*, Oxford: Oxford U.P.
Dworkin, R. (1990). «Equality Democracy and Constitution», *Alberta Law Review*, 2.
Elshtain, J. (1981), *Public Man, Private Woman*, Princeton: Princeton U.P.
Elster, J. (1986a) «The Market and the Forum», Hylland, A.,; Eister, J. (edts.), *Foundations of Social Choice Theory*, Cambridge: Cambridge U.P
-(1986b) «Self-realitation in work and politics», *Social Philosophy and Policy*, 3, 2.
-(1994), «Argumenter et négocier dans deux assembleés constituantes», *Revue Française de Science Politique*, 44, 2.

-(1995), «The Empirical Study of Justice», D. Miller, M. Walzer (edts.), *Pluralism, Justice and Equality*, Oxford: Oxford U.P.
Elster, J.; Slagstad, R. (edts,), *Constitucionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge U.P.
Elster, J.; Roemer, J. (edts.), (1991), *Interpersonal Comparations of Well-Being*, Cambridge: Cambridge U.P.
Estlund, D., (1993), «Making truth sale for Democracy», Coop, D., Hampton, J., Rioemer, J. (edts.), *The idea of Democracy*, Cambridge: Cambridge U.P.
Eysenck, H. (1995), *Genius*, Cambridge: Cambridge U.P.
Ferejhon, J. (1993), «Must preferences be respected in a democracy?», Coop, D., Hampton, J., Roemer, J. (edts.), *The idea of Democracy*, Cambridge: Cambridge U.P.
Finley, M. (1973), *Democracy, Ancient and Modern*, New Brunswick: Rutgers U.P.
Fishkin, J. (1991), *Democracy and Deliberation*, New Haven: Yale U.P.
Flanagan, O. (1991), *Varieties of Moral Personality*, Cambridge: Harvard U.P.
Foot, Ph. (1978), *Virtue and Vices*, Berkeley: University of California Press.
Gargarella, R. (1993), *Representation and Irrationality The Philosophical Foundations of Representative System*, Tesis Doctoral, University of Chicago.
-(1995), *Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo*, CIEPP, Niño y Dávila: Buenos Aires.
Garzón Valdés, E. (1994), «Instituciones Suicidas», *Isegoría*.
Gauchet, M.; Manent, R; Rosanvallon, P. (1993), *Situation de la Démocratie*, Paris: Gallinard, Le Seuil.
Giere, R. (edt.), (1992), *Cognitive Models of Science*, University of Minnesotta Press: Minneapolis.
Gutmann, A. (1993), Democracy, en R. Goodin, Ph. Pettit (edts.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, Oxford: Blackwell.
Haak, S. (1993), *Evidence and Inquiry*, Oxford: Blackwell.
Habermas, J. (1988), «Discoursive Ethics», *Reconstruction and Interpretation in Social Sciences*, Harvard: The MIT Press.
-(1992), «Tres modelos de democracia», *Debats*, 39.
Hardin, R., (1993), «Public Choice versus democracy», Coop, D., Hampton, J., Roemer, J. (edts.), *The idea of Democracy*, Cambridge: Cambridge U.P.
Haussman, D. (1995), «The Impossibility of Interpersonal Utility Comparasions». *Mind*, 415.
Held, D. (1987), *Models of Democracy*, Cambridge, Polity.
Ingram, D. (1995), *Reason, History and Politics*, Albany: SUNY.
Kahan, A. (1993), *Aristocratic Liberalism*, Oxford: Oxford U.P.
Kagan, S. (1989), *The Limits of Morality*, Oxford: Oxford U.P.
Kirkham, R. (1992), *Theories of Thurt*, The MIT Press: Harvard.
Kymlicka, W. (1988), «Liberalism and Comunitarism», *Canadian Journal of Philosophy*, 18.
Kymlicka, W. (1990), *Contemporany Political Philosophy*, Oxford: Oxford U.P.
Lewis, D. (1983), «How to Define Theoretical Terms», *Philosophical Papers*, col. 1., Oxford: Oxford U.P.
McIntyre, A. (1983), «Moral Arguments and Social Contexts», *Journal of Philosophy*, 80.

Macpherson, c. b. (1980), *The Life and Times of Liberal Democracy*, Oxford: Oxford U.P.
Madison, J. (1961), an Hamilton, A.; Madison, J.; Hay, J. *The Federalist Papers*, N. York: New American Library (e.o. 1787).
Manin, B. (1987), «On Legitimacy and Political Deliberation», *Political Theory*.
-(1991), «Métamorphoses du gouvernement représentatif» (manuscrito), University of Chicago.
-(1995), Principes du goubernement Representative, Paris: Calmann-Lévy.
May, K. (1952), «A Setof Independent Necesary and Sufficient Conditions for Simple Mayority Decision». *Econometrica*, 20.
McCloskey, M. (1983), «Intuitive Physics», *Scentific American*, 284/4.
Mill. J. (1978), «Essay on Gobernment», en J. Lively, J. Rees (edts.), *Utilitarian Logic and Politics*, Oxford: Oxford U.P. (e.o. 1818).
Mill, J. S. (1956), *Considerations on Representative Government*, Indianapolis: Bobbs-Merrill (e.o. 1861).
Miller, D. (1989), *Market, State and Community*, Oxford: Clarendon Press.
-(1993), «Deliberative Democracy and Social Choice», en D. Held (edt.), *Prospects for Democracy*, Polity: Cambridge.
Miller, F. (1995); *Nature, Justice and Rights in Aristotle's Politics*, Oxford: Clarendon Press.
Mueller, D. (1989), *Public Choice II*, Cambridge: Cambridge U.P.
Nelson, W. (1980), *On Justifying Democracy*, London: Routhledge, 1980.
Niinluoto, I. (1984), *Is science Progressive?* Drodrecht: Reidel.
Nino, C. (1989), *Ética y derechos humanos*, Barcelona: Ariel.
-(1991), «El presidencialismo argentino y las concepciones de la democracia», *Centro de Estudios Institucionales* (CEI), Buenos Aires.
Nino, C.; Rosenkrantz, C. (1991), «Polémica sobre la fundamentación de la democracia», *Doxa*, 10.
Nussbaum, M. (1990), *Love's knowledge*, Oxford: Oxford U.P.
Offe, C. (1992), *La gestión política*, Madrid: Ministerio de trabajo.
Ostrogorski, M. (1993), *La démocratie et les partis politiques*, Paris: Fayard (e.o. 1903).
Ovejero, F. (1994), *Mercado, ética y economía*, Barcelona: Icaria/Fuhem
-(1994a), *La Quimera fértil*, Barcelona: Icaria.
-(1995a), «El salario universal garantizado y los requisitos de los proyectos emancipatorios», R. Lo Voulo (edt.) *Contra la exclusión*, Miño y Dávila Editores: Buenos Aires.
-(1995b), «Democracia y ética ecológica», A. Vercher, E. Peris (edts.), *El papel de los consumidores en la protección ambiental*, Fundación CAM: Valencia.
-(1995c), «Los tres comunitarismos», Seminario de Metodología de las CC SS, Universidad de Barcelona.
Palmarini, M. (1995), *Los túneles de la mente*, Barcelona: Crítica.
Paterman, C. (1970), *Participation and Democratic Theory*, Cambridge: Cambridge U.P.
Pettit, P. (1989), «The freedom of the city: a republical ideal», en Hamlin, A., Pettit, Ph. (eds.), *The Good Polity*, Oxford: Oxford: Blakwell.
Phillips, D. (1993), *Looking Backard*, Princeton: Princeton U.P.

Pratkanis, A., Aronson, E. (1992), *Age of Propaganda*, Freeman and Company: N. York.
Ralws, J. (1993), *Political Liberalism*, New York: Columbia U.P.
Rescher, N. (1973), *The Coherence Theory of Truth*, Oxford: Oxford U.P.
-(1984), *The Limits of Science*, Berkeley: California U.P.
-(1987), *Ethical Idealism*, Berkeley: California U.P.
-(1993) *Pluralism*, Oxford: Clarendon.
Riker, W. (1982), *Liberalism against Populism*, S. Francisco: Freeman.
Rorty, A. (1980), *Essays on Aristotle's Ethics*, Berkeley: University of California Press.
Rorty, A. (1983), «Postmodern Burgeois Liberalism», *The Journal of Philosophy*.
Sandel, M. (1982), *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge U.P.
Scheffler, S. (edt.), *Consecuentialism and its Critics*, Oxford: Oxford U.P.
Schmidtz, D. (1990), «Justifying The State», *Ethics*, 101.
Schumpeter, J. (1976), *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York: Harper (e.o. 1949).
Sen, A. (1991), «Utility», *Economics and Philosophy*, 7.
Sen, A.; Williarns, B.; (edts), (1982), *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge: Cambridge U.P.
Sherman, N. (1989), *The Fabric of Character*, Oxford: Clarendon.
Sieyes, E. (1993), *Estudios políticos*, México: FCE.
Singer, P. (1973), *Democracy and Disobedience*, Oxford: Oxford U.P.
-(1979), *Practical Ethics*, Cambridge: Cambridge U.P.
Strauss, L. (1964), *The City and Man*, Chicago: R. McNally.
Sunstein, C. (1989), «Beyond the republican revival». *The Yale Law Review*, 97.
-(1991), «Preferences and Politics», *Philosophy and Public Affairs*, 1.
-(1993), «Democracy and shifting prederences», Coop, D., Hampton, J., Roemer, J. (edts.), *The idea of Democracy*, Cambridge: Cambridge U.P.
Sutherland, S. (1994), *Irrationality*, New Brunswick: Rutgers U.P.
Taylor, Ch. (1995), «Liberal-Comunitarian Debate», «Liberal Politics and the Public Sphere», en *Philosophical Arguments*, Harvard: Harvard U.P.
Unger, R. (1987), *Politics*, Cambridge: Cambridge U.P.
Van Parijs, Ph. (1995), *Real Freedom for All*, Oxford: Clarendom Press.
-(1981) «Philosophy and Democracy», *Political Theory*, 3.
Walzer, M. (1990), «The Comunitarian Critique of Liberalism», *Political Theory*, 1.
Wittman, D. (1989), «Why Democraties Produces Efficient Result», *Journal of Political Economy*, 6.
Wriglestorth, John, L. (1985), Libertarian conflicts in social choice, Cambridge: Cambridge U.P.

DERECHOS DE LOS MÁS DÉBILES. EL LIBERALISMO IGUALITARIO FRENTE A LOS PROBLEMAS DE LA MINORIDAD

La intuición básica que motiva este trabajo es la siguiente: resulta difícil de aceptar el hecho de que una persona menor de edad, no siendo en absoluto responsable de las capacidades con las que nace dotada, o del contexto dentro del cual va a crecer, puede verse condenada toda su vida (o buena parte de ella), a tratar de revertir o moderar las penurias derivadas de aquellas condiciones iniciales ajenas a su control.

Para analizar el tipo de problemas vinculados con cuestiones como la arriba planteada, seguiré en este trabajo dos estrategias. Por un lado, analizaré las respuestas que la justicia constitucional ha dado, en diferentes materias que conciernen a los derechos de los/las menores. En particular, voy a estudiar diferentes soluciones propuestas por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Las razones para adoptar esta primera estrategia son varias: i) Los argumentos presentados en las sentencias de aquel tribunal suelen recoger y elaborar, muy sofisticadamente, las mejores teorías legales en curso; ii) tales sentencias ilustran, de un modo notable, de qué modo, una democracia estable y desarrollada, tiende a resolver problemas como el de la minoridad, aquí planteado; iii) los pronunciamientos de tal tribunal resultan habitualmente de enorme influencia, al menos, en todo el mundo occidental.

Esta primera estrategia, sin embargo, es claramente limitada. El conocer de qué modo un tribunal (normalmente) tan lúcido como el norteamericano suele fallar sus casos, sólo nos da algunas pistas acerca de soluciones razonables y posibles para enfrentar problemas como los aquí implicados. No hace falta que enfatice, de todos modos, que tales soluciones pueden resultarnos perfectamente inaceptables. De hecho, una de las intenciones de este trabajo será la de mostrar los límites y falencias que, frecuentemente, aparecen en los fallos de aquel tribunal. Quiero decir, me interesará mostrar que los problemas de la minoridad, muchas veces, son resueltos de modo objetable. Para efectuar este análisis crítico, entonces, es que recurriré a la anunciada segunda estrategia. Para ello, partiré de una cierta postura ideológica, el liberalismo igualitario, y desde allí procuraré evaluar posiciones

como las presentadas por la Corte Suprema norteamericana. En este sentido, asumiré como correctas muchas de las intuiciones básicas corrientemente defendidas por el liberalismo igualitario.

A los fines de mi exposición, en primer lugar, aclararé qué es lo que voy a entender por liberalismo igualitario. Voy a definir tal postura a partir de ciertas nociones convencionales al respecto, y contraponiéndolo con otras posiciones menos liberales o menos igualitarias. Establecidas estas distinciones iniciales, voy a comenzar el prometido análisis crítico de la jurisprudencia norteamericana, respecto de la situación de los menores. En mi estudio, según lo dicho, trataré de utilizar los criterios que podría adoptar un liberal igualitario. De todos modos, y dadas las naturales vaguedades e imprecisiones que rodean a temas como los que voy a abordar, asumir tal punto de vista ideológico no me permitirá dar respuesta clara (¡como si la hubiera!) a todos los interrogantes que trataré. Lejos de ello, me veré obligado, muchas veces (y debido a las mencionadas incertezas), a elaborar cuáles podrían ser las «respuestas liberales igualitarias ante los distintos problemas a examinar»; o, aún, a re-elaborar las posiciones aparentemente adoptadas por los liberales igualitarios, de modo de hacerlas más coherentes con sus presupuestos centrales.

Liberales igualitarios y no igualitarios

Para delimitar, aproximadamente, qué es lo que voy a entender cuando hable de liberalismo igualitario, voy a apoyarme en ciertos criterios más o menos convencionales al respecto. Estos criterios, me permitirán distinguir, al menos a grandes rasgos, entre una postura más propia del liberalismo igualitario, de otras más cercanas al liberalismo clásico o conservador[1].

i) Una primera forma de distinguir entre posturas igualitarias y conservadoras, se vincula con el modo en que unas y otras evalúan la distribución de los recursos iniciales en una sociedad. Para el liberalismo conservador, un cierto sistema institucional es considerado justo en tanto y en cuanto la distribución de recursos que resulte del mismo sea el producto de las decisiones de un mercado económico eficiente, en el cual prevalezca un principio de igualdad de oportunidades tal que todas las posiciones se encuentren abiertas a aquellos dotados con los talentos relevantes[2]. El liberalismo igualitario, en cambio, sostiene que debe actuarse «correctivamente» sobre la

[1] En lo que sigue, denominaré a las posturas no igualitaristas, indistintamente, posturas «conservadoras», «liberales clásicas», o «liberales no igualitarias».

[2] Ver, principalmente, Robert Nozick, *Anarchy State and Utopia* (Oxford, 1974). Comparando posturas igualitarias y no igualitarias ver, especialmente, Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge U.P., 1982); o Philippe Van Parijs, *Que es una sociedad justa* (Barcelona, 1993).

inicial distribución de recursos existente en la sociedad. Ello, por considerar que aquella distribución originaria, estuvo decididamente influida por contingencias sociales y naturales fuera del control de los individuos (producto de la «lotería natural»)[3], y que tales individuos no deben ser beneficiados o perjudicados por hechos de los que no son responsables. Muchos conservadores llegan a admitir, junto a los liberales igualitarios, la arbitrariedad moral que caracteriza a aquella distribución inicial. Sin embargo, se niegan normalmente a autorizar actuaciones del Estado sobre tales arbitrariedades[4].

ii) El liberalismo igualitario se caracterizaría, además, por entender que los derechos de las personas pueden ser violados tanto por acciones de otros como a partir de comportamientos omisivos (con lo que, paralelamente, el liberalismo igualitario muestra su preocupación tanto por asegurar la llamada «libertad negativa» de las personas, como también por promover lo que se entiende su «libertad positiva»). En este sentido, reconocería la existencia de ciertos derechos «positivos» (o sea, derechos que tienen como correlato obligaciones activas por parte de los demás, como podría serlo el derecho a una alimentación adecuada)[5]. El liberalismo conservador, en cambio, aparecería más bien renuente a reconocer la posibilidad de que se violen los derechos de alguna persona a través de conductas omisivas[6]. Más bien, estaría concentrado en defender un principio de no agresión por parte de terceros (y en particular del Estado), respecto de los derechos «negativos» de las personas (o sea, derechos que tienen como correlato obligaciones de conductas pasivas por parte de los demás).

iii) Contemporáneamente, para distinguir entre los dos tipos de liberalismo mencionados, se suele recurrir a un criterio adicional. Este criterio se vincula con el distinto modo en que igualitarios y conservadores se aproximan a una idea que ambos utilizan como punto de partida de sus doctrinas: la idea de libre elección, o elección autónoma. Los liberales no igualitarios, en este sentido, se caracterizarían por asumir como «dadas» las preferencias de los distintos individuos; mientras que los igualitaristas se distinguirían en su preocupación por la «formación endógena» de esas preferencias. Con esta última idea quiero decir que los liberales igualitarios no están dispuestos a calificar como autónomas ciertas preferencias que han sido «moldeadas» a partir, por ejemplo, de la falta de información relevante;

---

[3] Ver, principalmente, John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge. Mass., 1971)

[4] En este respecto, y comparando el igualitarismo de Rawls con el conservadurismo de Robert Nozick, ver Philippe Van Parijs, Que es una sociedad justa. Barcelona, 1993, p. 162.

[5] Ver, por ejemplo, Carlos Nino, *The Ethics of Human Rights* Oxford U.P., 1991); Jonathan Glover, *Causing Death and Saving Lives* (Harmondsworth, 1977); Onora O Neill, *How Do We Know When Opportunities Are Equal?*, incluido en *Feminism and Philosophy*, ed. por Mary Vettecling-Braggin; Frederick A. Elliston; Jane English (Rowman and Littlefield, N. Jersey, 1977).

[6] Ver, en particular, Carlos Nino *The Ethics*.

de defectos tales como la debilidad de voluntad; la «miopía» tendencias adaptativas; etc.[7] Al nivel de las elecciones sociales (que son las que aquí más nos interesan), los liberales igualitarios tienden a asociar la idea de elecciones autónomas con aquellas que surgen luego de un proceso colectivo de discusión «racional y pública»[8]. Este proceso de discusión es valorado, entre otras cosas, en tanto puede contribuir a «transformar» preferencias meramente basadas en prejuicios; errores fácticos; interpretaciones equivocadas de las preferencias de los demás; etc. Las ideas aquí expresadas, de modo más que sintético, han sido desarrolladas larga y profusamente en los últimos años, por quienes -diría- defienden una concepción «deliberativa» de la democracia[9].

Los liberales no igualitarios, en cambio, parecen defender una visión diferente de la democracia (llamada a veces «pluralista» o «economicista»), que parte del tomar las preferencias de los individuos como «privadas y exógenas»[10]. Esto es, los liberales más clásicos se desentienden del proceso por el cual las preferencias en cuestión fueron moldeadas. Ello puede deberse, tanto a su temor ante las consecuencias negativas posibles del «revisar» el origen de las preferencias; como a su confianza en la libertad del individuo por cambiar sus deseos, ante el conocimiento de posibilidades diferentes. Para considerar un sistema de selección de preferencias como legítimo, en este caso, bastaría con que tales preferencias («dadas») se hayan podido «agregar» colectivamente, a través de mecanismos tales como el sufragio mayoritario[11]. Diferencias como las hasta aquí señaladas permitirían, por ejemplo, asociar a los liberales igualitarios con la defensa persistente de

---

[7] El decir que estas elecciones no pueden considerarse, genuinamente, como autónomas, no implica suscribir, necesariamente, a una posición de tipo kantiana, en esta materia. Ver este análisis sobre la formación endógena de las preferencias, y un novedoso acercamiento a la idea de autonomía, fundamentalmente, en Jon Elster, *Belief Bias and Ideology*, incluido *en* el libro *Rationality and Relativism*, ed. por Martin Hollis y Steven Lakes (Blackwell. Cambridge, 1993); *Sour Grapes* (Cambridge U. P., 1g83); o *The Market and the Forum*, incluido en *Foundations of Social Choice Theory*, ed. por J. Elster y A. Hylland (Cambridge, 1989), p. 107.

[8] Ver, por ejemplo, Jon Elster, op. cit. págs. 111-112.

[9] En este sentido ver, por ejemplo, Joshua Cohen, *Deliberation and Democratic Legitimacy, en the Good Polity*, ed. por A. Hamlin y P. Petit; Carl Sunstein, *The Partial Constitution* (Harvard U. P. 1993); Carlos Nino, *Etica...*; Bernard Manin, «On Legitimacy and Political Deliberation» *Political Theory*, vol. 15, nº 3 (agosto, 1987): 338-368; Amy Gutman y D. Thomson, «Moral Confliat and Political Consensus» *Ethics* 101 (octubre, 1990): 64-68: etc.

[10] Cass Sunstein, «Naked Preferences and the Constitution, «Columbia Law Review, vol. 84, n. 7 (Noviembre de 1984), criticando esta postura. En el mismo sentido, ver, Cass Sunstein, «Beyond the Republican Revival». 97 *Yale Law Journal*, 1539.

[11] James Madison podría ser incluido como un primer relevante defensor de esta postura «pluralista» de la democracia. Otros han hecho referencia también a autores más contemporáneos, como Joseph Schumpeter, *Democracy Capitalism and Socialism* (N. York, 1976); o al Robert Dahl de *A Preface to Democratic Theory* (Phoenix Books, the University of Chicago Press, 1963).

foros de discusión pública; a la vez que asociar a los no igualitaristas con la defensa central de la institución del mercado.

Las diferencias anteriores, según intentaré mostrar, resultan cruciales para advertir el diferente modo en que unos y otros liberales enfocan el tema de la niñez. *Para los liberales igualitarios, resulta necesario «liberar» a los menores de todas aquellas cargas iniciales de las que no son en absoluto responsables (incapacidades físicas; falta de medios económicos) y educarlos en y para la discusión pública. Para los liberales más clásicos en cambio, el énfasis debe estar puesto en educar a los menores para que puedan desempeñarse en el mercado.* A continuación, voy a tomar en cuenta distintos casos resueltos por la Corte Suprema norteamericana, vinculados a la problemática de la minoridad, y voy a examinar tales fallos críticamente, mostrando de qué modo se reproduce en ellos la tensión entre un pensamiento igualitarista, y otro más bien conservador.

Discriminación: Separados pero iguales

El primero de los temas que voy a estudiar tiene que ver con el acceso a la educación, y las discriminaciones que aparecieron en dicho respecto.

El liberalismo, por distintas razones, siempre se preocupó por asegurar que todos los individuos tuviesen acceso a la educación. Sin embargo, tal preocupación no siempre se extendió a asegurar condiciones mínimamente aceptables para esa enseñanza. Un ejemplo notable al respecto, puede localizarse en los E.E.U.U., al menos hasta bien entrado este siglo, donde se entendía que blancos y negros tenían ambos derecho a estudiar pero no necesariamente, por ejemplo, a estudiar en los mismos establecimientos educativos. Para ser más específico, se consideraba moralmente aceptable que existiesen escuelas de blancos, en las que se prohibía la entrada de niños negros, en tanto y en cuanto estos últimos pudiesen encontrar otras escuelas en donde estudiar.

La justicia norteamericana, que se ha caracterizado por albergar a muchas de las mentes más lúcidas de dicha sociedad, toleraba cómodamente la situación arriba descripta. El principio con el que resumían su postura al respecto, era el de «separados pero iguales». Con esto querían significar, en pocas palabras, «la discriminación puede ser aceptable, en tanto los negros puedan acceder a facilidades similares en otro lugar». La idea de «separados pero iguales», apareció explicitada por primera vez en el caso «Plessy v. Ferguson», (163 U.S. 537, en 1896), y en él se aceptó la constitucionalidad de un estatuto de Lousiana, que adoptaba dicho principio, en materia de transporte público. En el área educativa, la aplicación de una idéntica provisión importó soluciones como la siguiente: tolerar prácticas discriminatorias (como la de que los blancos no le permitan a los negros compartir ámbitos de discusión comunes), a la vez que se obligaba a ciertos estados, por

ejemplo, a proveer de educación a las personas de color discriminadas. De este modo, los jueces aparecían jugando un papel muy activista (al prescribir, como en algunos casos, la construcción de escuelas para la gente de raza negra)[12] mientras aceptaban como moralmente admisibles prácticas de rechazo racial.

Fueron ideales más igualitarios, entiendo yo, los que comenzaron a cuestionar los serios límites a que se veían sometidos los negros en cuanto a sus posibilidades educativas. En especial, tales ideales comenzaron a poner contra las cuerdas principios tales como el de «separados pero iguales».

La visión igualitarista, según la presenté más arriba, centra buena parte de sus preocupaciones institucionales en la idea de deliberación colectiva; a diferencia de la visión más clásica, preocupada más específicamente en capacitar a los individuos para su entrada al mercado. De modo coherente con este ideal de diálogo, muchos jueces (que yo describiría entonces como «más igualitarios»), objetaron, desde fines de la década del 40, la separación racial hasta entonces autorizada. Así fue como, por ejemplo, se fundamentó la resolución del caso «Sweatt v Painter» (339 I.S. 629, de 1950). En dicho caso, y de manera coincidente con el ideario deliberativo del liberalismo igualitario, la Corte sostuvo que ningún alumno elegiría estudiar en un ámbito académico vaciado, «distanciado del interjuego de ideas, y del intercambio de puntos de vista». La Corte reafirmó tales principios, prontamente, en el caso «McLaucin v. Oklahoma State Regents» (339 U.S. 637, de 1950). Al estudiante negro McLaucin, se le impedía no sólo compartir una clase, sino también tomar café, o estudiar en la biblioteca, junto con los blancos. La Corte, frente a dicha situación, sostuvo la inconstitucionalidad de tales medidas porque empeoraban e inhibían la posibilidad de que McLaucin estudiase, se «trabase en discusiones e intercambiara opiniones con otros estudiantes».

El punto más alto de esta tradición igualitaria (vinculada con la no discriminación en los ámbitos educativos), estuvo dada por el famoso fallo «Brown v. Board of Education of Topeka» (347 U.S. 483, de 1954), llevado adelante por el juez Th. Marshall (que luego se convertiría en juez de la Corte Suprema, y llegaría a ser uno de los miembros más igualitaristas dentro de la historia del tribunal). Conforme al pensamiento liberal más clásico,

[12] 'En «Gaines v. Canada,» (305 U.S. 337, de 1938), por ejemplo, la Suprema Corte obligó al estado de Missouri a asegurar el derecho a una «igual protección de las leyes» para los negros, proveyéndolos de facilidades educacionales «substancialmente iguales» a aquellas que se proveían a los blancos (aún esta débil idea de igualdad era relativizada, sin embargo, al permitírsele a los agentes estatales mismos el determinar si las facilidades creadas eran «lo suficientemente iguales,» siempre y cuando tales agentes actuasen con «buena fe» y razonabilidad. Esta idea quedó en claro, al menos, desde el caso «Cumming v. Board of Education,» 175 U.S. 528, de 1899.) Esta igualdad, obviamente, era igualdad en la no integración. Similarmente, en «Sipuel v. Board of Regents» (332 U.S. 631, de 1948), la justicia ordenó ya sea la aceptación de Sipuel (un estudiante negro), en el mismo ámbito que sus pares blancos, ya sea el pronto establecimiento de una institución idéntica para los de raza negra.

la Corte sostuvo que, en efecto, la educación constituía «tal vez la función más importante del gobierno de la nación y de los estados». Sin embargo, y ya más a tono con nuevos ideales igualitarios, citaba el fallo McLaurin para resaltar la necesidad de la no segregación de las personas de distinta raza en establecimientos separados, a fin de permitir el debate, y la confrontación de opiniones entre los diversos estudiantes. La idea de «separados pero iguales» -concluía el fallo- ya no podía tener lugar. La idea de «facilidades educacionales separadas» -se sostuvo- era inherentemente desigualitaria. Este fallo «Brown», no hace falta decirlo, pasó a constituirse en el símbolo de la nueva «revolución judicial» norteamericana. De algún modo, también, se constituyó en uno de los puntos de ruptura más significativos entre dos tradiciones liberales seriamente opuestas. Hoy, seguramente, ninguna persona razonable se animaría a defender los argumentos que, en materia de discriminación de estudiantes de raza negra, eran usuales en la época previa al caso «Brown». Sin embargo, intentaré mostrar a continuación que muchos de los presupuestos de aquellas doctrinas defectuosamente liberales o igualitarias siguen vigentes en otras áreas.

El derecho a «escuchar otras músicas»

Otra grave cuestión vinculada a los derechos de los menores de edad, tiene que ver con los contenidos de la educación (formal e informal) que van a recibir, especialmente en sus primeros años. Aparentemente, tal formación resulta determinante para la vida futura de los niños y de allí, obviamente, la preocupación por ver si alguien monopoliza la palabra y la enseñanza en aquellos años.

Respecto de los mencionados contenidos, los liberales igualitarios han marcado su posición al poner un especial énfasis (más que en alguna especial visión substantiva sobre lo que los niños debieran creer, o sobre los fines que debieran perseguir), en lo que podría ser llamada una concepción del bien de segundo orden[13]. Esto es decir, por ejemplo, que se debe formar a los menores de un modo no dogmático, abierto al reconocimiento de diferentes valores o ideales del bien. El énfasis igualitario no está puesto en el aprendizaje de algún punto de vista en particular, pero sí en la necesidad de que se conozcan distintos puntos de vista. Las intuiciones que se mueven detrás de esta concepción igualitarista, pueden tener que ver con las siguientes. Por un lado, con el hecho de darle la oportunidad a los menores de elegir del modo más amplio posible cuál es el modelo de vida futura que quieren perseguir. En este sentido, se remarcaría la idea de que los padres no deben precluir a sus hijos e hijas la posibilidad de conocer planes de vida

[13] En sentido similar, ver, por ejemplo, Brian Barry, «Derechos Humanos, individualismo y escepticismo» *Doxa*, 1992, p. 224.

alternativos. Quiero decir, metafóricamente, que los padres no deben privar a su descendencia del derecho de «escuchar otras músicas». En un mismo sentido, el igualitarismo ha señalado siempre, frente a sus críticos, que los menores no deben ser vistos como «propiedad» de sus padres[14] y que, por el contrario, y en la medida en que maduran, deben tener un derecho creciente a ser escuchados (aún a riesgo de contradecir la voluntad de los padres), en todo lo que haga a la construcción de su propio futuro. Adicionalmente, los liberales igualitarios asumen la necesidad de que se prepare a los/las menores para su propia participación en el diálogo democrático futuro, al que van a incorporarse[15]. Este tipo de intuiciones, creo yo, no son incompatibles con la posibilidad de que los padres instruyan a sus hijos e hijas en determinadas creencias o concepciones del bien que ellos juzgan más valiosas. En cambio lo que sí se rechaza es que dichos padres impidan a los menores acceder a valores alternativos.

Para llevar a cabo convicciones como las citadas, el liberalismo igualitario ha tendido a defender un papel activo del Estado, destinado a maximizar la autonomía de los individuos, en aquellos casos en que ésta pueda ser cercenada, o puesta en peligro.

El liberalismo más clásico, en cambio, y según vimos, parece menos interesado en revisar el modo en que tales preferencias se han formado hasta, de alguna manera, desentenderse casi por completo de dicha cuestión. Al liberal le resulta, en principio, suficiente con conocer que para determinado individuo el modelo de autorrealización x es preferible al z, más allá de cuáles hayan sido las razones de tal elección, y más allá del «grado de autonomía» con que tal elección se haya llevado a cabo.

Posiblemente, lo que está detrás de esta postura es una convicción acerca de la fuerza persuasiva de las ideas. Se podría pensar, en este sentido, que según el liberalismo clásico, más allá de la formación dogmática u opresiva que alguien haya podido recibir, el solo contacto con la luz de mejores ideas basta para borrar toda una historia de oscurantismo[16]. De allí que no

---

[14] Por ejemplo, y especialmente, en los casos enmarcados dentro de la idea de «child labor» (o explotación económica de los menores), rotundamente repudiados por la justicia. Ver, en este sentido, «Hammer v Dagenhart» (247 U.S. 251, de 1918). Sin embargo, y en forma coherente con la idea de que «el menor pertenece a los padres», la Corte llegó a tolerar inaceptables maltratos de los padres sobre los hijos. Al respecto, ver Akhil Amar y Daniel Widawsky, «Child Abuse as Slavery». Harvard Law Review, vol. 105, n. 6 (1992), en el cual los autores comentan el caso «De Shaney v. Winnebago County Department of Social Service» (489 U.S. 189, de 1989), en el cual la Corte sostuvo que el estado de Wisconsin no tenía el derecho constitucional de proteger a un menor frente el abuso físico de su padre.

[15] Bruce Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*. Yale U. P, 1980, p. 140. En el mismo texto, Ackerman señala algunos de los límites de su posición, que no lo llevan, por ejemplo, a predicar la necesidad de educar a los niños en «una infinita y cambiante Babel de discursos», capaz de saturar la misma capacidad de comprensión de los menores. Op. cit. p. 141.

[16] De hecho, este tipo de posiciones son las que, de alguna manera, han procurado defender liberales como Richard Epstein, frente a teóricos más igualitarios, como Jon Elster o Cass Sunstein, que mostraban su preocupación por lo que llamamos proceso endógeno de formación de las preferencias. Según Epstein, sucesos como los acontecidos en los ex-países socialistas de Europa del Este, ejemplifican claramente la plausibilidad de su postura. En aquellos países, años de formación totalitarista, por ejemplo, no obstaron a que los ideales del libre mercado (como los que él defiende) se hayan inmediatamente impuesto, apenas se resquebrajaron las paredes del adoctrinamiento comunista. Richard Epstein, «Two Conceptions of Civil Rights», *Social Policy and Philosophy*, vol. 8, n. 2.

haya ninguna preferencia que «corregir», ninguna decisión que «mejorar». El riesgo que existiría, si es que alguno, sería el de que el Estado se convierta en omnipresente, pretendiendo, por ejemplo, monopolizar el control de la educación. En definitiva, las posiciones más conservadoras consideraron al activismo estatal en materia educativa como indeseable (dado que nada había para «corregir»); y además como inconveniente (dados los riesgos propios implicados en la creación de cualquier aparato de control o supervisión).

En la jurisprudencia norteamericana, posiciones como las descriptas quedaron bastante fielmente reflejadas. Por un lado, liberales igualitarios y conservadores coincidieron, en un común ánimo por asegurar la libertad de cátedra[17]. Sin embargo, inmediatamente, tales acuerdos se convirtieron en disidencias en cuanto a qué papel permitirle (o exigirle) jugar al Estado, frente a los derechos de los menores, y las preferencias de los padres. La línea que predominó, respecto de este punto, fue la caracterizada por una fuerte hostilidad hacia el Estado. Tal actitud pudo observarse, en primer lugar, a través de una cierta asociación entre la idea de pluralismo, y la existencia de escuelas privadas. Esta asociación (incluso defendida por juristas partidarios de la intervención estatal)[18] tendió a ver en la mera existencia de escuelas públicas un alto riesgo de indoctrinamiento, que se entendió básicamente salvado a partir de la existencia de escuelas privadas. Quiero decir, se consideró que el pluralismo estaba esencialmente satisfecho con la coexistencia de escuelas públicas y privadas, dejando más bien a un lado la cuestión de los contenidos específicos de la enseñanza impartida en tales ámbitos. En los famosos casos «Meyer» y «Pierce»[19] la Corte puso de manifiesto sus lineamientos esenciales en la materia, afirmando una primacía en la «libertad de los padres y tutores para dirigir el crecimiento y la educación de los menores bajo su control[20].

---

[17] En este sentido, la Corte se pronunció infinidad de veces. Así, por ejemplo, al revertir la sanción a un educador que había distribuido un material didáctico que contenía algún vocablo aparentemente obsceno («Keefe v. Geanakos», 418 F.2d 359, de 1969); ordenando la reincorporación de un profesor que había asignado la lectura de un cuento de Vonnegut, que se consideraba inadecuado («Parducci v. Rutland», 316 F. Supp. 352, 355, de 1970), aceptando que una junta educativa separase 10 libros, sobre una lista que superaba el millar, con lo cual reafirmaba el derecho de los maestros a una completa «libertad de expresión en las aulas» (Cary v. Board of Education, 593 F.2d 535, 543, de 1979); etc.

[18] Ver, por ejemplo, Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, (New York, the Foundation Press, Inc., 1988), p. 812.

[19] «Meyer v. Nebraska» (262 U.S. 390, de 1923); y «Pierce v. Society of Sisters» (268 U.S. 510 de 1925).

[20] Este sesgo antiestatal se reafirmó, por ejemplo, en el caso «Tinker v. Des Moines Independent Community School District» (393 U.S. 503, 511, de 1969).

La Corte también se opuso a que el Estado promoviese, dentro de las escuelas, un tratamiento «equilibrado» de puntos de vista opuestos, tratamiento equilibrado que implicaría que, frente a determinados tópicos, los distintos puntos de vista existentes sean expuestos. Este criterio, por ejemplo, fue discutido respecto de un estatuto de Louisiana que obligaba a presentar dicha pluralidad de opiniones en las escuelas, cuando en ellas se trataba el tema del origen de la vida (en este caso, tal principio implicaba presentar tanto la doctrina de la «creación», como la doctrina «evolucionista»)[21]. Más allá de las razones que la mayoría pudo tener en este específico caso, para fallar de este modo, también pudo percibirse aquí una hostilidad más de fondo hacia el principio «del equilibrio,» que el pensamiento igualitarista podría aprobar con cierta satisfacción.

Formación pluralista y comunidades de valores uniformados

Pero el caso seguramente más difícil, de entre toda esta línea jurisprudencial adversa al Estado, pudo verse en «Wisconsin v. Yoder» (406 U.S. 205, de 1972). En esta ocasión, estaba en juego la voluntad de los padres de un menor de 14 años, pertenecientes a la comunidad religiosa Amish. Dichos padres, (conforme al pensamiento de los miembros de la comunidad), entendían que, luego de haber recibido una cierta educación elemental, ya no era necesario mantener al joven dentro del sistema educativo. Por el contrario, de acuerdo con la opinión de los padres, el joven ya gozaba de una instrucción suficiente, que le permitía cumplir satisfactoriamente con las futuras tareas que desempeñaría dentro de la orden religiosa. Por ejemplo, ya sabía escribir, y ya era capaz de leer la Biblia. Lo demás, entonces, era inútil, y más bien ligado al indoctrinamiento en valores que no eran los compartidos por los Amish. Quedaba en juego, entonces, y en primer lugar, una ley del estado de Wisconsin, que determinaba la obligatoriedad de la enseñanza hasta los 16 años.

La situación, en verdad, no configuraba un caso especialmente «difícil». En última instancia, sólo estaban en juego dos años de enseñanza obligatoria y ello, entre otras razones (por ejemplo, el hecho de que los Amish constituyeran un grupo largamente establecido, y dedicado a fomentar ideales cooperativos en el trabajo rural), movió a la Corte a apoyar los reclamos efectuados por los padres del menor. De todos modos, resulta claro, bullían detrás de tal decisión cuestiones mucho más dramáticas, que fueron las que llevaron a muchos liberales igualitarios a escandalizarse con los principios enunciados en la resolución del caso. Dos temas, en particular, irritaron a los pensadores igualitarios. 1) Por un lado, el rol determinante que se asignaba a la voluntad de los padres (de un modo coherente con la línea que se

[21] «Edwards v. Aguillard» (107 S.Ct. 2573, de 1987).

venía desarrollando en casos como los ya vistos); y 2) la prioridad que se le asignaba a un valor como el de la autonomía religiosa, frente a otros bienes más básicos, como el de estar en condiciones de elegir qué orientación religiosa adoptar, si es que alguna.

Respecto de la primera cuestión, el pensamiento igualitarista no sólo invocó los derechos del Estado respecto de la regulación de las cuestiones educativas; sino además, y fundamentalmente, los derechos del menor frente a sus padres. Este criterio ya había tomado cuerpo en la opinión disidente del juez Douglas, en el caso «Yoder», cuando señaló que era «el futuro del estudiante, y no el futuro de los padres», el que resultaba puesto en peligro por la decisión que se acababa de tomar. Es el niño -sostuvo- el que a través de este tipo de decisiones va a ver puesto en serio riesgo «su capacidad para entrar en contacto con un nuevo y sorprendente mundo pleno en diversidad. El niño puede entender que el curso preferible es el determinado por los padres, o puede rebelarse frente a dicho curso. Es el juicio del estudiante, y no el de los padres, el que está en juego». En modo similar, el teórico igualitario Bruce Ackerman señaló que el Estado debía dar creciente importancia a los juicios de los menores a medida en que crecen, y muy en especial respecto de cuestiones tales como qué mensajes ellos consideran preferible atender[22]. Amy Gutman, también, señaló acerca del mismo caso que, cuando «un menor es suficientemente maduro para distinguir sus creencias religiosas de aquellas de sus padres, sus creencias deben ser consultadas[23]».

Ahora bien, y respecto de la segunda de las cuestiones citadas, el igualitarismo siempre prestó particular atención al modo en que los individuos deciden acerca de sus planes de vida. Para un liberal igualitario, conforme hemos venido advirtiendo, existen ciertas precondiciones elementales para el desarrollo de una vida autónoma, que toda comunidad debiera asegurar a sus habitantes. En especial, toda sociedad debiera preparar a sus miembros no sólo para ser capaces de elegir entre diferentes concepciones del bien, sino además, y fundamentalmente, para poder discutir con los demás miembros de la comunidad de qué modo van a orientar sus vidas en el futuro[24]. Si, en este sentido, la comunidad no asegura que el menor en cuestión pueda reconocer otros valores alternativos, frente a los que los padres le inculcan, esa comunidad cometería una omisión reprochable. Se quiere decir, si

---

[22] Bruce Ackerman, op. cit. cap. 5.

[23] Amy Gutman, «Children, Paternalism, and Education: A Liberal Argument». *Philosophy and Public Affairs* 9, n. 4, 1980, p. 355. De todos modos, entiendo yo, el cuerpo teórico igualitario debe trascender aún este primer peso, para ser coherente con su preocupación acerca del modo en que las mismas preferencias del menor fueron moldeadas. Esto es, para un liberal igualitario, por ejemplo, la opinión de un esclavo que ha sido educado (él, y todos sus antepasados), en esa condición, tiende a perder peso relativo, por más que el esclavo en cuestión insista en su preferencia por continuar siendo esclavo.

[24] De modo similar, destacando estos dos principios, ver Amy Gutman, op. cit., p. 349.

ese menor no ha estado en contacto con una diversidad de ideas religiosas o morales, entonces, difícilmente podría decirse que tal individuo está haciendo uso de su libertad de conciencia cuando adscribe a una determinada postura. Tal libertad, entiende el igualitarismo, sólo puede ejercerse en la medida en que tal persona haya sido educada en el conocimiento de pautas diferentes a las que sus padres le inculcan[25].

El filósofo igualitario Joseph Raz parece apuntar a consideraciones similares a las aquí expuestas, en un minucioso estudio sobre la idea de autonomía. Según Raz, una decisión no puede ser considerada autónoma si quien la toma no la elige de entre «un adecuado abanico de opciones»[26]. El menor, en este caso, perdería irremediablemente parte de su capacidad (presente y, sobre todo, futuro) de decidir libremente, si sus padres no lo educaron en el conocimiento de una multiplicidad de opciones posibles[27].

En definitiva, para el igualitarismo, una sociedad justa debería proveer una educación pluralista. Sin embargo, para esta postura, el pluralismo no se garantiza, meramente, asegurando la existencia de escuelas públicas y privadas ni, mucho menos, reduciendo el papel que el Estado puede jugar. Para analizar si una cierta educación es pluralista se requiere examinar los particulares contenidos que se imparten, en cualquier esfera: el hogar, la escuela pública o la escuela privada. El Estado, luego, deberá tomar cartas en el asunto cada vez que una cierta comunidad o grupo impida a sus miembros, directa o indirectamente, el conocer otros valores más allá de los que en tales ámbitos se promueven.

Educación de los pobres y educación pobre

El tema que más particularmente me interesa tratar, respecto de la cuestión de la minoridad, tiene que ver con el impacto de las variables económicas

[25] Al defender este punto de vista, Amy Gutman entiende estar desafiando el primer principio rawlsiano de prioridad absoluta de la libertad. En este caso, -sostiene Gutman- la libertad religiosa debe restringirse de modo de poder crear las condiciones para que esa misma libertad religiosa sea posible. Ver A. Gutman, *Children*...

[26] Joseph Raz, *The Morality of Freedom*. Oxford U.P., 1989, p. 373. Raz hace referencia también a otras dos condiciones adicionales, para considerar a una decisión como autónoma. Una, la de que quien decide tenga una habilidad mental suficiente como para formar intenciones de una cierta complejidad, y planear su ejecución; y otra, la de que la decisión haya estado libre de coerción y manipulación, o sea, que haya sido una decisión «independiente».

[27] De hecho, en trabajos más recientes Raz ha sido aún más explícito al respecto, señalando que en una sociedad multicultural, los niños «deben ser educados, si sus padres así lo desean, en la cultura propia de su grupo. Sin embargo, todos ellos deben también ser educados de modo tal que conozcan la historia y las tradiciones de las demás culturas existentes en su sociedad, y que desarrollen una actitud de respeto hacia ellas. Ver, Multiculturalism, Manuscrito (Madrid, 1992). En un sentido similar, ver, Amy Gutman, «The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics,» *Philosophy and Public Affairs*, v.22 n.3 (1993).

sobre la vida de los menores. Quiero decir, me interesa especialmente estudiar cómo responden las instituciones frente al hecho de que un menor, por el solo azar de haber nacido en una comunidad pobre, puede ver radicalmente afectada su vida. Así, por ejemplo, cómo reaccionan las instituciones respecto de la situación de un menor que tiene problemas (digamos) para recibir una adecuada alimentación; atención sanitaria; o formación intelectual, a raíz de hechos de los cuales el menor no es responsable en absoluto: simplemente ha nacido en un contexto pobre, en vez de en otro más rico.

Al respecto, cabe hacer una primera afirmación importante, en tren de proseguir con un análisis preferencial de cómo el Poder Judicial ha reaccionado en estos casos: por distintas razones, tales como la desconfianza en la justicia; la falta de incentivos adecuados; la carencia de recursos económicos; o la mera ignorancia; los pobres han encontrado enormes dificultades para ver sus problemas atendidos desde la esfera judicial. Esto es, sólo excepcionalmente la Justicia y los juristas norteamericanos se han abocado a estudiar temas vinculados a la pobreza[28]. Más difícil aún, entonces, resulta encontrar casos en los que se ponga de relieve el impacto de tales diferencias económicas sobre los menores. De todos modos, y a pesar de lo dicho, la Corte norteamericana no perdió la oportunidad de fijar algunos de sus criterios al respecto. En particular, ello ocurrió en un caso que se constituyó en uno de los más trascendentes de los resueltos por la Suprema Corte en los últimos tiempos, el caso «San Antonio Independent School District v. Rodríguez» (411 U.S. 1, de 1973). En esta ocasión, era discutida la constitucionalidad de una ley que provocaba fuertes desigualdades entre escuelas ubicadas en diferentes distritos. Esto, debido a que tales escuelas, conforme al estatuto en cuestión, se financiaban con impuestos que tomaban en cuenta los valores de la propiedad en tales diversos distritos. A raíz de ello, las escuelas ubicadas en las áreas más pobres, recibían mucho menores recursos que aquellas ubicadas en las áreas más privilegiadas. Conforme a la sentencia de la Corte, un estatuto como el que regía en San Antonio, Texas, no podía ser tildado de inconstitucional. Según la opinión de la mayoría, liderada por el juez Powell, los demandantes hubiesen tenido derecho a levantar tales reclamos, si el sistema de financiamiento implicase, para algunos menores, la absoluta imposibilidad de acceder a la escuela. En cambio -afirmaron- «cuando sólo están en juego diferencias relativas en materia de gastos», no existe ninguna base como para levantar una queja frente al estado.

Esta decisión que implicó desconocer a la educación su carácter de «derecho fundamental», produjo obvias reacciones en aquellos pensadores más cercanos a ideales igualitarios. Una de las más notables, de entre estas reacciones, apareció incluida en el mismo fallo, como opinión disidente, y fue

[28] Entre estas notables excepciones, especialmente, resultan importantes los trabajos de Frank Michelman, tales como «On Protecting the Poor through the Foucteenth Amendment.» 83 *Harvard Law Review* 7 (1969); o «Welfare Rights in a Constitutional Democracy.» 1979 *Washington U.L.O.* 659 745.

la del juez T. Marshall. Precisando algunas cuestiones que todo liberal igualitario hubiera procurado precisar, Marshall sostuvo la especial relevancia de la educación, dentro de una sociedad basada en la deliberación colectiva. Según él (y debido a la «directa e inmediata» conexión con la libertad de opinión, y el buen funcionamiento del proceso político), la educación y los modos en que ella era impartida, debían ser objeto de un particular escrutinio. Y, de acuerdo con estas pautas, Marshall entendía que en el caso se habían «seleccionado medios totalmente inapropiados para asegurar los fines» declarados en la ley. Según me parece, en su opinión, Marshall no hizo sino mostrar coherencia con sus creencias igualitarias, sugiriendo el camino que todo liberal igualitario podría sugerir. Este camino es, me parece, el de intentar remediar aquellos casos en los cuales alguien pueda verse afectado, a partir de situaciones que escapan a su responsabilidad.

Posibles alcances del igualitarismo económico

Ahora bien, me parece importante tratar de precisar con algún detalle mayor qué es lo que un liberal igualitario podría hacer, en casos como el citado en la sección anterior, para ayudar a los individuos más desfavorecidos de la sociedad. Una respuesta sencilla de enunciar pero, entiendo, algo apresurada, diría simplemente que lo que debe hacerse es mejorar especialmente la calidad de la educación que reciben quienes están peor. Sin embargo, creo que una visión realista de la sociedad tiene que movernos a ver cierta implausibilidad en esta solución. Según entiendo, el principal problema que enfrentan los/las menores miembros de comunidades pobres, respecto de la educación, es otro: los enormes incentivos que reciben para abandonar los estudios, más allá de la calidad de los mismos. Para decirlo mejor, por un lado me parece cierto que una mala educación puede resultar una razón importante (para los menores) que los mueve a abandonar estudios que aparecen como especialmente inútiles. De todos modos si los/las menores pobres dejan de estudiar, entiendo yo, eso se debe adicionalmente (y tal vez de un modo más relevante), a que sus mayores los presionan para que lo hagan, y así puedan contribuir al sostén económico de su familia o núcleo social. La pobre educación; la presión de padres o tutores; y la enorme tentación de largarse a la calle a recaudar algunas monedas, en conjunto, suman una serie importante de incentivos que mueven a los/las menores pobres a abandonar sus estudios.

Alguien podría criticar al enfoque anterior, sin embargo, señalando que la sociedad hace bastante para que la situación descrita no se presente, al contraofertarle a los menores «importantes compensaciones», si es que se deciden a continuar estudiando. Esto es, las sociedades modernas suelen premiar mucho mejor a aquellos de entre sus miembros que han estudiado; mientras que compensan bastante pobremente (en general) a aquellos que, digamos, se dedican a meras actividades manuales. Frente a esta replica, yo

señalaría, entonces, lo siguiente: «el valle de la transición»[29] hasta la terminación de los estudios es tan costoso para los/las menores pobres, que el deseo de completar los estudios no puede sino transformarse en un deseo utópico. Quiero decir, para tales menores, la decisión de seguir estudiando implica costos enormes debido (entre otras razones) a los recursos que sus familias deben invertir en esos años; los recursos que ellos/ellas (y sus familias) dejan de percibir por no poder dedicarse de lleno al trabajo; etc.; a lo que se suman las incertidumbres que toda apuesta a largo plazo conlleva.

Frente a este tipo de encerrona en la que quedan sujetos los/las menores pobres, ¿qué tipo de soluciones específicas podría aconsejar un liberal igualitario? Responder más o menos responsablemente a esta pregunta, requeriría desarrollar cuestiones que exceden largamente los límites de este trabajo. Sin embargo, me interesaría al menos dejar planteadas algunas intuiciones fuertes que se me aparecen, a este respecto. Creo que, en principio, habría dos vías posibles a transitar, con el fin de atender a la situación de los menores pobres, incentivados como dije a abandonar la educación. La primera solución que se me ocurre sería la de reducir los costos del recorrer aquel «valle de la transición». Esto podría significar, por ejemplo, no sólo mejorar la calidad de la educación que reciben los pobres, sino además otorgar incentivos económicos «compensatorios» a quienes opten por seguir con sus estudios. Un sistema significativo de becas, u otro tipo de apoyos suplementarios, podrían ser útiles, en este sentido. Me arriesgaría a decir, de cualquier manera, que tomarse en serio esta alternativa implicaría estar dispuestos a transferir una cantidad extraordinaria de recursos económicos para tal propósito, lo cual torna esta solución, seguramente, muy complicada.

La segunda respuesta es aún más complicada que la primera pero, me parece, resulta más fiel a los ideales del liberalismo igualitario. Esta segunda respuesta lleva a cuestionar aquello que estaba implícito en la mencionada idea de «transición». Lo que se cuestiona aquí es el sentido mismo de premiar de modo tan disímil a quienes eligen un cierto camino frente a otras alternativas. O, para acercarme más a los casos aquí tratados, se objeta el hecho de que las actividades que tienen «más a su alcance» los miembros de las comunidades pobres, estén tan ruinosamente recompensadas. Esto es, se objeta que los/las menores, por hechos de los que no son en absoluto responsables (por ejemplo, el tener que haber dejado los estudios; o el haberse formado en un ámbito educativo peor), puedan verse perjudicados en sus elecciones futuras (por ejemplo, a través de las compensaciones ruinosas que habitualmente se destinan para el pago de actividades menos técnicas, y normalmente más costosas en términos de esfuerzo físico). Para ejemplificar la idea aquí sugerida, permítaseme volver sobre el caso «San Antonio», analizado más arriba. En aquella situación, y a partir del modo desigualitario en que se recaudaban e invertían los impuestos, la comunidad de

[29] Esta expresión esta tomada de Adam Przeworski, *Democracy and the Market*. Cambridge U.P., 1991.

Texas invertía 248$ por alumna en Edgewood, mientras utilizaba 558$ por alumna en Álamo Heights. Luego, las primeras recibían una educación mucho más deficitaria que las segundas, lo cual, sumado a la ruinosa situación de dicha comunidad, llevaba a muchas de las estudiantes de Edgewood a cambiar sus estudios por trabajos ocasionales. El hecho de que, a los pocos años, las alumnas provenientes de Álamo Heights reciban mucho mejores compensaciones que las de Edgewood, es el hecho que aquí impugno como moralmente inaceptable. Esto, simplemente, si se tiene en cuenta que se está castigando a las ex-alumnas de Edgewood por hechos de los que ellas son básicamente víctimas.

Una solución igualitaria para estos casos (y esto responde sólo a una serie de intuiciones que debiera desarrollar mucho más detenidamente), podría consistir en lo siguiente: i) Compensar de modo relativamente similar a las actividades que requieren mayor formación técnica y a las que requieren menor formación (abandonando así los abismos compensatorios que hoy suelen separar unos casos de otros); ii) sin perjuicio de que colectivamente se puedan decidir especiales incentivos para algunas actividades que se consideren especialmente relevantes (procurando así, darle mayor racionalidad a un tipo de decisiones que hoy parecen estar guiadas por principios más bien caprichosos). A título muy provisional, estos lineamientos me resultarían intuitivamente aceptables a fin de impedir injusticias con aquellos que, por razones que les son básicamente ajenas, recibieron una formación peor. Más aún, creo que principios como los citados podrían resultar valiosos aún en el hipotético caso de tener resuelto el problema de los menores peor formados. Quiero decir, tales principios podrían ser adecuados para cualquier sociedad igualitaria a la que, en términos generales, le importa que sus miembros puedan autorrealizarse eligiendo y desarrollando libremente su plan de vida. Para ejemplificar lo que digo, considérense casos como los siguientes: Si una persona debe abdicar de su preferencia por ser maestro, debido a la pobre compensación que los maestros habitualmente reciben; si una persona, a disgusto, opta por ser empresaria, porque allí los éxitos se compensan con cifras siderales; si una persona resigna hasta su dignidad para ser modelo o prostituta, dado que de ese modo puede conseguir recompensas fabulosas, en comparación con las que le dejarían otras actividades de su agrado; entonces, podríamos pensar que la sociedad que autoriza estas situaciones, atenta contra la autonomía de sus individuos miembros. Soluciones como la sugerida, entiendo yo, permitirían que los individuos tengan mayor libertad para elegir el modelo de vida que quieran, al reemplazar básicamente el (irracional) sistema de incentivos y desincentivos que caracteriza a las sociedades modernas.

N O T A S

RONALD DWORKIN Y LAS CONSECUENCIAS DE LA VAGUEDAD

Ronald Dworkin sostiene que siempre hay virtualmente una única respuesta correcta para toda disputa jurídica[1]. Una posible objeción a su tesis es que si el lenguaje de una norma jurídica es vago, entonces no hay respuesta a la pregunta de si la norma se aplica a un caso marginal. Dworkin responde que la objeción no consigue «distinguir entre el hecho y las consecuencias de la vaguedad»: las reglas de interpretación eliminarían la vaguedad, por ejemplo por requerir que la norma sea aplicada sólo a casos «en el núcleo de certeza del lenguaje» ([4], pp. 67-9).

Joseph Raz ha replicado que Dworkin caracteriza erróneamente los términos vagos como si pudieran trazarse dos líneas precisas: una entre los casos claros y los casos dudosos, y otra entre los casos dudosos y los casos a los que el término es indiscutiblemente inaplicable. Raz argumentaba que normalmente no hay líneas entre casos claros y casos que no lo son y que, en el tipo central de vaguedad, «la vaguedad es "continua"» ([7], pp. 73-4). Recientemente, Brian Bix ha señalado la misma objeción, invocando el argumento de Mark Sainsbury según el cual la mejor forma de caracterizar la vaguedad es como careciendo de límites ([1], pp. 31-2; ver Sainsbury [8]). En la terminología de los análisis filosóficos recientes de la vaguedad, el argumento de Dworkin ignora el problema de la vaguedad de orden superior.

La objeción es válida. Pero no se refiere expresamente a una versión elaborada del argumento que Dworkin desarrolló para defender su pretensión ([2]). Argumentaré que la versión elaborada no consigue su propósito. Muestra, sin embargo, que alguien que pretenda que no hay respuesta correcta en un caso marginal de aplicación de una palabra vaga no debe formular tal pretensión diciendo que una aplicación de la palabra en tal caso no es «ni verdadera ni falsa».

[1] Véase [5] para una defensa reciente de la tesis.

1. La versión elaborada del argumento de Dworkin

En la notación de Dworkin, V dice que, si ` es vago, «x es `» puede ser verdadero, falso o ni verdadero ni falso. V pretende que, en la última de las tres opciones, el uso de ` en la formulación de una norma convierte al derecho en indeterminado. Dworkin dice que el resultado no es necesariamente la indeterminación en el derecho: por ejemplo, un «principio de legislación» podría requerir que «x es `» sea tratado como falso si no es verdadero ([2], p. 139). Cuando «x es `» no es ni verdadero ni falso, entonces no es verdadero. Por lo tanto, la regla de interpretación (que llamaré «regla de Dworkin») parece eliminar la indeterminación alegada por V.

Ahora, el nuevo oponente de Dworkin, R, pretende que no hay límites precisos entre casos claros y casos marginales, esto es, en los términos de V, «"x es `" es verdadero» puede que no sea ni verdadero ni falso. Pero Dworkin rechaza esta pretensión: si "x es `" no es ni verdadero ni falso, entonces «"x es `" es verdadero» es falso. De nuevo entra en acción la regla de Dworkin, no hay ningún caso en el cual «"x es `" es verdadero» no sea ni verdadero ni falso.

El argumento deja la impresión de que V ha puesto a R en dificultades. Dworkin admite que la situación de R es delicada, pero concluye que R está comprometido con el punto de vista de V:

> De esta forma R parece ser víctima de la formulación misma del argumento de V. ([2], p. 130).

> Al lector le puede parecer que R ha sido engañado por este argumento. En cualquier caso, las circunstancias sobre las que R llamó la atención bien pudieran haber surgido a través de esta compleja argumentación. Alguien ha dicho que si no es verdad que un contrato es sacrílego tiene que tratarlo como no sacrílego, pero aún así puede encontrarse con el problema de no estar seguro del hecho de que no sea verdad que el contrato en cuestión es sacrílego. Estoy de acuerdo. Pero este es un problema para V, no para mi respuesta a R. ([2] n. 405 n. 3).

El problema de R es el presupuesto de V (que Dworkin señala en [2], p. 130) según el cual cuando es indeterminado si «x es `» es verdadero, «x es `» no es verdadero. El esquema trivalente de V (en el que «x es `» puede ser verdadero, o falso, o ni verdadero ni falso) presupone bivalencia para «"x es `" es verdadero» (i.e., cualquier emisión del último enunciado debe ser o bien verdadera o bien falsa)[2]. La caracterización trivalente de la vaguedad frustra al desventurado V y al perplejo R.

[2] R no puede salir de este atolladero ni siquiera postulando un número infinito de valores de verdad, correspondientes podemos decir a los números reales entre 0 y 1. Un principio de interpretación similar a la regla de Dworkin podría eliminar la vaguedad, requiriendo que la regla sea aplicada sólo cuando el grado de verdad del antecedente de la regla fuere 1.

2. ¿Cuál es el error de V?

El error de V está en decir que, en un caso marginal, «x es `» no es ni verdadero ni falso. El error de Dworkin es asumir que la pretensión de que la vaguedad puede llevar a la indeterminación en un caso particular debe ser discutida en aquellos términos: que aquél que no sostiene la bivalencia debe sostener la trivalencia. Podemos hallar una forma mejor de formular la pretensión si extraemos el núcleo de buen sentido del argumento de V.

La caracterización de V es puramente negativa. Podemos reformularla de dos formas, cada una de ellas otorga un alcance diferente a la negación de V. La primera presenta la negación de V como externa a la aserción de que x es ` y la segunda la presenta como interna a dicha aserción:

> 1) **negación externa**: al decir «"x es `" no es ni verdadero ni falso», V rechaza la afirmación de que «x es `» es verdadero o falso;
>
> 2) **negación interna**: al decir «"x es `" no es ni verdadero ni falso», V afirma a la vez que «x es `» no es verdadero y que no es falso.

La primera opción otorga sentido a la pretensión de V según la cual, en un caso dudoso, «x es `» no es ni verdadero ni falso. Un caso dudoso es aquel en el cual un hablante competente e informado no sabría si afirmar que x es `.

Si consideramos la pretensión de V de esta forma, la regla de Dworkin no elimina la vaguedad. Reformulado en términos de la negación externa, la regla de Dworkin es que «x es `» debe ser tratado como falso cuando los hablantes competentes e informados no estarían dispuestos a afirmar que es verdadero. La susceptibilidad de ser aseverado es vaga: podría haber casos dudosos de la aplicación de una norma según la cual los contratos son inválidos si no puede ser aseverado que son sacrílegos. Por lo tanto, si tratamos la pretensión de V como una negación externa, R consigue mostrar que la regla de Dworkin reduce la indeterminación, pero no la elimina.

La negación externa no es una operación lógica, sino una figura retórica. La construcción de la pretensión de V como una negación externa conduce a una forma más bien engañosa de decir que no es claro si x es `. Es engañosa porque es fácil confundirla con la negación interna.

La negación interna es la negación familiar en la lógica tradicional. La lógica tolera la negación externa de pretensiones de conocimiento y de otras operaciones modales, tales como «No sé si ella está en casa» que difiere de «Sé que ella no está en casa» de la misma forma en la lógica modal que en el discurso ordinario. De forma semejante, la lógica distingue entre la negación externa y la interna de las expresiones cuantificadas, esto es «es el caso que todos los grifos no son monógamos» difiere de «no es el caso que todos los grifos son monógamos» de la forma familiar en lógica. Pero la lógica clásica no tiene lugar para la negación externa de aserciones. La única negación de la aserción $\vdash p$ es $\vdash \neg p$; no hay fórmula $\vdash \neg p$: el signo de

aserción pertenece al metalenguaje y el signo de negación pertenece al lenguaje objeto.

Dworkin piensa en la negación interna en su argumento contra V. Define la «segunda versión de la tesis de que no siempre hay respuesta correcta» (en favor de la cual argumenta V) en términos de «negación lógica», explicando que ¬ p) es la negación lógica de (p), «de forma que si (p) es falso (¬ p) es verdadero, y si (¬ p) es falso (p) es verdadero» ([2], p. 12). Y señala que la segunda versión de la tesis de que no siempre hay respuesta correcta «sostiene que en algunos casos ni (p) ni (¬ p) son verdaderos, esto es, que en algunos casos la bivalencia no se mantiene» ([2], p. 122).

Pero si el argumento de V usa la negación interna, V tiene un problema peor que el de la regla de Dworkin. V pretende que en algunos casos, «x es `» no es verdadero y que no es falso. Si aceptamos la definición de Dworkin de negación lógica y el principio trivial según el cual si «x es `» es verdadero, entonces x es ` (y V) que si «x es `» es falso, entonces x no es ` (y V), entonces la pretensión de V según la cual «x es `» no es ni verdadero ni falso se contradice a sí misma.

Timothy Williamson ha demostrado la contradicción en un argumento por reducción al absurdo a que conduce la denegación de la bivalencia, puesto que ello conlleva negar la ley del tercero excluido:

(T) Si u dice que p, entonces u es verdadero si y sólo si p [esquema desentrecomillado para la verdad[3]].

(F) Si u dice que p, entonces u es falso si y sólo si no p. [ídem para la falsedad].

(O) u dice que p. [definición].

(1) No: o bien u es verdadero o bien u es falso [negación de la bivalencia; cf. la pretensión de V].

(2a) u es verdadero sí y sólo si p. [(T), (1)].

(2b) u es falso si y sólo si no p. [(F), (1)].

(3) No: o bien p o no p. [sustitución de (2a) y (2b) en (1)].

(4) No p y no no p.[4] [(3), leyes de Morgan].

Entonces la pretensión de V según la cual «x es `» no es ni verdadero ni falso implica la pretensión incoherente según la cual ni ` ni no `, lo que es lo mismo, a la vez ` y no `.

Hay una segunda manera, más simple, de exponer la incoherencia en la pretensión de V cuando es caracterizada como una negación interna: si no es claro si x es `, no es claro que «x es `» no es verdadero y no es claro que

[3] Para el cual Williamson apela a Tarski y a Aristóteles: [10] p. 188.

[4] [10], pp. 188-189; yo he añadido las glosas.

no es falso. No sólo los dos conjuntos de la pretensión de V son lógicamente inconsistentes, sino que V ni siquiera puede afirmar que uno de ellos sea el caso.[5]

Entendida en términos de negación interna, entonces, la pretensión de V tiene la significación retórica de una contradicción emitida con una función de énfasis, pero no desempeña ningún papel en el análisis lógico. Construir la pretensión de V como una negación interna y considerarla como una contradicción usada retóricamente tiene el mismo efecto que construirla como una negación externa: la pretensión de V tiene significado sólo en sentido figurativo. Tal vez la moraleja es que V no debería formular la pretensión de indeterminación diciendo que un enunciado no es verdadero ni falso en un caso marginal, sino diciendo que no es claro si el enunciado es verdadero.

¿Cuál es la conclusión para Dworkin?

Dado que es contradictoria, la pretensión de V como una negación interna no proporciona a la regla de Dworkin nada en que continuar trabajando. Formulada como una negación externa, la pretensión de V no es afectada por la regla de Dworkin, por la razón que él admite: puede no ser claro si, e.g. un contrato es un caso marginal de la aplicación de «sacrílego», así como puede no ser claro si un contrato es sacrílego. Este es un problema para Dworkin (y no sólo un problema para V), porque muestra que la regla de Dworkin no puede eliminar esa falta de claridad.

Podría objetarse que Dworkin tiene razón al pensar que R está comprometido con la formulación de V si R afirma que no hay respuesta correcta: V afirmaba que no hay respuesta correcta cuando decía que «x es `» no es ni verdadero ni falso. Argüir que V no debería decir que «x es `» no es ni verdadero ni falso parece equivalente a argüir que no debería decir que no hay respuesta correcta. Sin embargo, si es indeterminado si x es `, entonces no hay respuesta correcta a la pregunta si x es `. No es necesario sostener la trivalencia para negar que hay una respuesta correcta, no más que para

[5] Es necesario destacar que pueden construirse lógicas trivalentes en las que no hay contradicción en decir que un enunciado no es verdadero ni falso: para un análisis de estas lógicas que se remontan a C. S. Peirce, véase Williamson [10], capítulo 4. Un ejemplo ulterior es la lógica de la verdad de G. H. van Wright ([9]; estoy agradecido a José Juan Mores y Pablo Navarro por llamarme la atención sobre este trabajo). Tales lógicas presentan una tercera opción: presentar la pretensión de V como una negación externa usando una lógica no-clásica que admite negaciones externas (la lógica de la verdad, por ejemplo, representa la verdad mediante un operador modal que permite distinguir en su lógica entre la negación interna y la externa de aserciones). Algunas posibles objeciones al uso de lógicas trivalentes para el tratamiento son las siguientes: (i) estas lógicas sustituyen la noción ordinaria de «verdadero» por algo cercano a la noción ordinaria de «claramente verdadero», (ii) no pueden dar cuenta de la vaguedad de orden superior, (iii) deben rechazar o bien la ley del tercero excluido o los plausibles (T) y (F) de Wiliamson y (iv) ignoran la razón dada justamente para no afirmar que la emisión de un enunciado en un caso marginal no es ni verdadera ni falso. Estas objeciones no pueden ser desarrolladas aquí, es suficiente para el argumento presente el hecho de si R tiene alguna alternativa disponible a la lógica trivalente que V parece trazar.

pretender que no hay un último segundo del crepúsculo de una tarde deba decirse que algo se interfiere entre el crepúsculo y la oscuridad.

3. Vaguedad como ignorancia

El problema teórico con la vaguedad es como caracterizar la falta de claridad en un caso marginal. El punto de vista más simple es que podríamos caracterizarla como «indeterminación» y decir que, en un caso marginal, el significado de la palabra no determina si ésta se aplica o no. Un punto de vista alternativo es que la falta de claridad no es una cuestión de significado, sino de ignorancia, que el significado de una palabra puede determinar las condiciones de aplicación sin conocimiento de los individuos, y que en la aplicación de palabras vagas a casos marginales, los individuos simplemente no saben si la palabra se aplica. Desde este punto de vista epistémico de la vaguedad, habrá una única respuesta correcta aún en los casos en que es incierta la aplicación del lenguaje vago de la formulación de la norma[6].

Desde este punto de vista epistémico, toda cuestión acerca de la aplicación de una regla vaga tiene una respuesta correcta. Un contrato es sacrílego, o bien, no es sacrílego, con los límites establecidos por el significado de la palabra «sacrílego». El problema en casos marginales no es que no existan límites, sino que no sabemos en dónde están. Hay una respuesta correcta, pero los jueces no pueden contar con encontrarla en todos los casos.

Mediante la adición de una teoría acerca de cuando (si alguna vez) un juez debe apartarse de la extensión precisa de las palabras en las cuales el derecho es formulado, el punto de vista epistémico podría convertirse en una teoría de la aplicación judicial de las normas formuladas en un lenguaje. Pero tal teoría sería repugnante para la visión del derecho de Dworkin. En primer lugar, esta teoría epistémica de la decisión judicial es una teoría semántica: considera la aplicación del derecho como determinada por el significado de las palabras en las cuales éste es formulado. Dworkin presenta su teoría interpretativa en oposición a tales teorías (véase [3], pp. 31-32, 45-46). En segundo lugar, para algunos conceptos el punto de vista epistémico de la vaguedad está reñido con una distinción que Dworkin establece entre conceptos y concepciones. Dworkin considera a los conceptos como vacíos de contenidos, aunque funcionando como plateaus en el cual compiten las concepciones[7]; según el punto de vista epistémico, la extensión de un concepto determina todas las cuestiones acerca de la aplicación de una palabra. En tercer lugar, el juez ideal de Dworkin, Hércules, no

[6] Para una presentación del punto de vista epistémico de la vaguedad, véase Williamson [10], especialmente capítulo 7.

[7] [3], pp. 70-2. Acerca de la distinción entre conceptos y concepciones, véase también Dworkin [6], pp. 134-6, y [2], p.128.

afronta un obstáculo epistémico para encontrar la respuesta correcta en todos los casos. No porque Hércules tenga un privilegio epistémico sobre los demás jueces; simplemente tiene más tiempo y un enfoque holístico de la adjudicación más consciente (véase, e.g., [2], pp. 264-5).

Finalmente, el punto de vista epistémico no pierde el tiempo con la trivalencia, y es solamente la trivalencia de V lo que da lugar a la distinción de Dworkin entre la vaguedad del lenguaje de las normas y las consecuencias de ese lenguaje para el derecho. Según el punto de vista epistémico, al igual que en la indeterminación semántica, la regla de Dworkin no eliminará la vaguedad.

4. Conclusión

La característica más irónica de la paradoja del montón es que el alcance de lo determinado es indeterminado. Esto es, cualquier frase de la forma «A B» será vaga, donde B sea un adjetivo vago y A sea un adverbio mediante el cual tratemos de eliminar la vaguedad de B (tal como «determinadamente», o «claramente» o «definitivamente» o «indisputablemente» o «verdaderamente»). Un buen tratamiento de la vaguedad considerará tales frases como vagas. Dado que no es claro si algunos casos están en el núcleo de aplicación de una palabra, una regla de interpretación que requiera que una norma sea aplicada solamente en casos claros no puede eliminar la vaguedad. La consecuencia de la vaguedad en la formulación de las normas jurídicas es la indeterminación en el derecho[8].

Esa conclusión no debe ser formulada en términos de que los enunciados no son verdaderos ni falsos en los casos marginales. Tal formulación puede tener sentido sólo como una manera engañosa de decir que es indeterminado si el enunciado es verdadero. Una pretensión de que la verdad de un enunciado es indeterminado en un caso marginal no debe ser entendida como introduciendo un nuevo valor de verdad, sino como afirmando que la incertidumbre acerca de si el enunciado es verdadero es una cuestión del significado del enunciado, y no sólo una cuestión de ignorancia.

Todavía resta destacar el alcance limitado por el cual este debate puede (1) favorecer o (2) dificultar la tesis de Dworkin de que hay virtualmente siempre una respuesta correcta a una cuestión jurídica.

1. Si la regla de Dworkin eliminase la vaguedad, el argumento de Dworkin solamente establecería que la indeterminación jurídica no resulta de la vaguedad en la formulación de una norma jurídica *si tal regla de interpretación*

[8] Sin embargo, dicha consecuencia no se produce si los tribunales *reemplazan* un estándar vago por uno preciso, e.g. mediante la especificación de un período temporal en el cual una acción sería considerada como si hubiese ocurrido «en» o «dentro de un tiempo razonable» conforme a los propósitos de una ley que usa tal expresión.

es empleado. En realidad, los cánones de interpretación son expresados en un lenguaje vago, y tal vez no exista tal cosa como un canon preciso de interpretación. Dworkin responde que «aún dejamos abierta la cuestión de cómo el derecho es afectado por el hecho de que los jueces, en *esos* enunciados canónicos, han usado términos vagos»[9], Pero el argumento de Dworkin de que la vaguedad no resulta en indeterminación jurídica apela a principios para la eliminación de esta vaguedad. Así, la vaguedad en formulaciones canónicas de cánones de construcción está fuera del alcance de ese argumento, a menos que existan reglas para la aplicación de los cánones de interpretación que eliminen su vaguedad. Y aquellas reglas de tercer orden deberían estar libres de vaguedad, o bien debería haber reglas para eliminar su vaguedad... Dworkin es confinado a enunciar que la vaguedad de una norma (de primer-orden) y la vaguedad de las reglas de interpretación «no significan que nuestra cuestión no tiene respuesta correcta... Nada ha sido todavía dicho, dependiente de la vaguedad del termino «sacrílego», para hacernos dudar acerca de si nuestra cuestión tiene respuesta correcta»[10]. Si tuviese éxito la versión elaborada de su argumento, Dworkin podría solamente sostener una pretensión que bien puede hacer sin ese argumento: la carga de la persuasión debe recaer sobre aquellos que pretenden que no hay una única respuesta correcta a una cuestión jurídica.

2. La tesis de Dworkin de la respuesta correcta es parte de su teoría del derecho como una interpretación constructiva de la práctica jurídica de una comunidad y no descansa en su argumento de que la vaguedad es eliminable mediante principios de interpretación. En realidad, Dworkin no considera muchas de las palabras aparentemente vagas empleadas en la formulación de estándares jurídicos («cruel», «justo»,...) como vagas en absoluto, sino que las considera como invocando conceptos que admiten diferentes concepciones. Nos previene acerca de confundir «el caso en el cual una legislatura usa un término vago, como «mediana edad» o «rojo», con el caso diferente en el cual se establece un concepto que admite diferentes concepciones»[11]. Tal vez Dworkin podría neutralizar la vaguedad al generalizar sus pretensiones acerca de tales conceptos (lo cual no puede ser considerado aquí) a todas las palabras empleadas en la formulación de estándares jurídicos. Parece, por ejemplo, que los individuos podrían tener diferentes concepciones acerca de lo que es mediana edad o rojo.

Pero esa táctica no erradicaría la vaguedad. Palabras tales como «cruel», «justo» y «cortesía», las cuales son ejemplos de Dworkin de conceptos que admiten diferentes concepciones, son vagas al menos en un importante sentido:

---

[9] [2], p. 130.

[10] [2], p. 131.

[11] [2], p. 128. En *Law's Empire* ([3]), Dworkin parece mantener la misma distinción: considera a la vaguedad un «defecto semántico» (p. 17) y no ve ningún defecto semántico en palabras para conceptos que admiten diferentes concepciones.

ellas comparten con palabras tales como «mediana edad» y «rojo», la característica de ser susceptibles de la aplicación de la paradoja de sorites, que conduce a la pretensión de que hay indeterminación en la aplicación de palabras vagas[12].

(Trad. de José Juan Moreso y Pablo E. Navarro)

REFERENCIAS

[1] Brian Bix, *Law, Language and Legal Determinacy* (Oxford: Clarendon Press, 1993).
[2] Ronald Dworkin, «Is There Really No Right Answer in Hard Casos?», en Dworkin, *A Matter of Principle* (Oxford: Clarendon Press, 1986), pp. 119-145. i
[3] Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge: Harvard University Press, 1986).
[4] Ronald Dworkin, «No Right Answer?» en Law, Morality and Society (Oxford: Clarendon Press, 1977), editado por P.M.S. Hacker y Joseph Raz, pp. 58-84.
[5] Ronald Dworkin, «On Gaps in the Law», in *Controversies about Law's Ontology* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991), editado por Paul Amselek y Neil MacCormick, 84-90.
[6] Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, (Londres: Gerald Duckworth, 1977)
[7] Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1979)
[8] Mark Sainsbury, «Is There Higher-Order Vagueness?», (1991) *Philosophical Ouaterly* 41, pp. 167-182.
[9] Georg Henrik van Wright, «Truth and Logic» en *Truth. Knowledge and Modalities* (Oxford: Basil Blackwell, 1984), 26-41.
[10] Timothy Williamson, *Vagueness* (Londres: Routledge, 1994)

[12] Recluir e incomunicar a un individuo por 24 horas es cruel. Así también 23 horas y 59 minutos de incomunicación. Por una serie estándar de sorites podemos obtener la conclusión de que un minuto de incomunicación por día (o ningún minuto) es cruel. Series similares de sorites pueden ser construidas para «cortesía», «juste», etc.

UNA DISCUSIÓN: ¿QUIÉNES SON LOS «IRRACIONALISTAS» EN LA TEORÍA DEL DERECHO?

(Por qué algunos no confiamos en que sean tan «racionales», ni «razonables», los enfoques hoy dominantes en esa Teoría)

... lo más real no es racional, y lo más real de lo racional es su función de instrumento y efecto de lo racional.
Schopenhauer

Una ciencia política [y también la jurídica], precisémoslo de nuevo, nunca será sino la ciencia de un «arte», o un saber de un no-saber.
R. Debray

Though the thinkers of that time have tried to render this tone of thought into a rationalistic system, they failed; for that which is the spark of rationalism is irrational.
F. Waismann

La actividad científica en ciencias sociales descansaría, entonces, en el intento de explicar desde un metalenguaje los compromisos ideológicos, los modos de mitificación de un lenguaje objeto.
L. A. Warat

En trabajos anteriores, sobre todo en uno publicado hace poco en esta misma revista[1], he venido criticando el punto de vista, asumido por distintos autores y desde variadas posiciones, de que el discurso jurídico pueda ser adecuadamente descrito como una actividad intelectual de carácter esencialmente racional, o razonable. Difícilmente se llega a comprender bien, con estos paradigmas, cómo piensan y cómo actúan los juristas en la realidad.

Ahora bien, más allá de que esas afirmaciones mías sean correctas o no, debería ser obvio que su propósito esencial no es informar sobre mis preferencias

[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), p. 269-317. Cf. también el apéndice a dicho estudio: «Sobre el Derecho como "técnica" o "tecnología". Apostillas a una polémica sobre las posibilidades del discurso jurídico», en *Doxa*, 17-18 (1995), p, 491-498. Véase además: Enrique P. Haba, «*Racionalidad y método para el Derecho: ¿es eso posible?* I y II», en *Doxa* 7 y 8 (1990), p. 169-247 (I) y 241-270 (II) [cf. esp. el Postscriptum (I: pp. 218-240), el Apéndice crítico 1 (II: pp. 241-250) y el Anexo (II: pp. 268-270)]; y Enrique P. Haba, *«Sciences du droit: ¿quelle "science"? Le droit en tant que science: une question de méthodes»* en *Archives de Philosophie du Droit* 32 (1991), p. 165-187. También, por ejemplo, hace poco me he referido en particular al endeble nivel de racionalidad que, ¡necesariamente!, caracteriza al discurso de los llamados «derechos humanos»: Enrique P. Haba, *«Définitions, interprétations et pratique des droits de l'homme. De la "grammaire" aux "formes de vie" dans le rhétorique des droits de l'homme»* en *International Journal for the semiotics of law* VI/16 (1993), p. 3-44, Deborah Charles Publications, Liverpool [cf. esp. el § VIII].

personales en cuanto a la conformación del discurso jurídico (aunque es inevitable que hagan también tal cosa, por lo menos en forma indirecta). No se trata, para mí, de venir a dar unas recomendaciones a los juristas profesionales; no pretendo aconsejarles, ni en un sentido -racionalidad- ni en otro -irracionalidad-. He intentado, simplemente, señalar cómo piensan y cómo actúan ellos de hecho.

Claro que tampoco condescendí a hacerme, o a hacer creer que me hago, ciertas ilusiones. Mis estudios no dan lugar a pensar que lo que siempre ha sido de dicha manera precisamente, los déficit de racionalidad característicos en el pensamiento jurídico, es cosa llamada a cambiar en adelante[2]. No tengo interés en contribuir a dar alas a una ideología profesional, la de que los especialistas de la Teoría del Derecho estén llamados a desempeñar algún decisivo papel en tal respecto. ¿Pero no será, tal falta de confianza, ante todo y sobre todo una manifestación de «irracionalismo»? Me parece que aclarar este punto puede significar algo más que una simple discusión de palabras; tal vez no venga de sobra consagrarle el presente comentario.

I

Nadie negará que los juristas emplean razonamientos y que por lo general estos tienen alguna influencia, mayor o menor, para motivar las soluciones presentadas mediante esos discursos profesionales. Lo que está en discusión no es si dichos discursos incluyen ciertos modelos de racionalidad o razonabilidad -que serían, en su caso, fundamentalmente los de la dogmática jurídica profesional- sino las cuestiones siguientes. a) Ante todo, examinar si tales modelos son los *científicamente* más adecuados. b) Y además saber si, aun dando por supuesto que fueran adecuados, son *en realidad* estos modelos, por sí mismos, quienes determinan las soluciones jurídicas sostenidas en la práctica; o si, en cambio, dichas soluciones resultan más bien, con frecuencia, de un cúmulo de *otros* factores, entre los cuales lo racional desempeña un papel que no constituye lo verdaderamente decisivo[3].

A estas dos cuestiones, la Teoría del Derecho «racional» o «razonable» -llamémosla Posición *O* (optimista)- contesta como sigue. Al punto a): *sí,*

---

[2] No fue sino muy al comienzo de mis trabajos sobre estos temas donde albergué algunas esperanzas en tal sentido. Ellas motivaron, en cierto modo, mi estudio: *Esquemas metodológicos en la interpretación del Derecho escrito*, Universidad Central de Venezuela/Facultad de Derecho (Cuaderno de Filosofía del Derecho 9), Caracas, 1972. Pero pienso que los análisis efectuados en dicho estudio pueden conservar todavía cierta validez en un plano descriptivo, aun si no se alientan -es mi caso hoy- esperanzas por el estilo.

[3] A lo largo del presente comentario utilizaré las palabras «racional» y «racionalidad», y también «razonable», sin preocuparme de usarlas con mucha precisión, pues pienso que ésta no es indispensable para los efectos de lo que procuro explicar aquí; pero véase la nota 44 de mi estudio sobre Kirchmann (cit. *supra* nota 1). El lector interesado en la definición de esos términos y en la discusión al respecto, puede acudir a dos sitios donde me he ocupado detenidamente de ello: «*Rationalité*», en *Dictionnaire d'Eguilles* (Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit), p. 337-340, L.G.D.J., París, 1988; y *Racionalidad y método...* (cit. supra en la n. 1), esp. §§ IV'V y VIII-X (*Doxa*'7, pp. 180-192 [cf. la def. de «racionalidad» ofrecida en la p. 184] y 200-217 [cf. una caracterización de lo «razonable» en la p. 201 y mi crítica a ese punto de vista en las págs. que le siguen]). Por otra parte, cabe anotar que tampoco distinguiré entre «irracional» y «arracional», aunque para ciertos contextos de análisis puede no carecer de importancia señalar diferencias entre ambas cosas (cf. *Racionalidad y método...*, § IX).

se trata de modelos científicamente muy aceptables, o que cuando menos son satisfactorios en un buen grado de aproximación y plausibilidad; y en todo caso, ese grado sería perfectamente viable perfeccionarlo aún (de lo cual ha de encargarse, en buena medida, dicha Teoría justamente). Al punto b): sí en cuanto a la primera de las dos alternativas señaladas en dicho ítem, o sea, que *no* se acepta la segunda de esas alternativas; pues si bien se reconoce que puede darse algún que otro caso donde no consiga predominar del todo lo racional en la práctica profesional del derecho, esto no pasaría sino excepcionalmente (se trataría de unas situaciones que son, o puede hacerse que lleguen a ser, apenas patológicas). Así, los autores pertenecientes a esta posición terminan por hacerse cómplices de la dogmática jurídica: las tesis que ellos sostienen vienen a santificarla, de una manera u otra, sea en mayor o menor medida.

Los «irracionalistas» -llamémosle Posición *P* (pesimista)- contestan a todo eso en forma muy distinta. Al punto a): decididamente, ¡no! Al punto b): es indudable que, si no siempre, en un número muy considerable de situaciones los textos del derecho positivo no suministran respuestas unívocas a las cuestiones jurídicas, ni siquiera conjugándolos con la dogmática (pues tampoco esta es uniforme, ni se halla libre de lagunas o indeterminaciones). De ahí que estas cuestiones se decidan, en definitiva, por la intervención de otros factores: opciones ideológicas, presiones sociales, personalidad de los intérpretes, etc. Y tal condición del pensamiento jurídico no es -agregan- susceptible de ser cambiada radicalmente, en la práctica, por más esfuerzos teoréticos que unos (la dogmática misma) u otros (metodólogos en el campo, más general, de la llamada Teoría del Derecho) quieran desplegar. Así, esta Posición -cuando es sostenida sin ninguna claudicación- se revela como absolutamente inconciliable con la ideología profesional de los juristas.

No traeré a colación aquí los argumentos, pues son conocidos, que partidarios de cualquiera de estos dos grandes tipos de posiciones han presentado en favor de *O* o de *P*. Sólo me interesa subrayar, en este momento, que lo que ahí se discute es, por lo menos parcialmente, no un simple asunto de preferencias personales, sino que concierne ante todo a ciertas cuestiones *de hecho* (por lo menos para el punto *b*). Con otras palabras: lo que de veras interesa, no es averiguar si acaso algunos prefieren que los juristas piensen y actúen en forma «(ir) racional», sino comprobar si estos últimos, ellos

mismos, proceden verdaderamente así; o bien, saber que posibilidades *reales* hay de conseguir que esto cambie, *en la práctica*, mediante una adaptación a ciertos modelos de razonamiento alternativos. Lo que he sostenido por mi parte, ante tales cuestiones, se inscribe en el marco de la Posición P, claro está. Y no sabría sintetizar mejor mi propio punto de vista acerca del discurso jurídico que recurriendo, una vez más, a la insuperable caracterización que al respecto formuló Radbruch:

> *una indisoluble mezcolanza de elementos teoréticos y prácticos, cognoscitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos*[4].

A la luz de esta caracterización, la Posición *O* -en cualquiera de sus posibles versiones: lógica deóntica, argumentación «racional» o «razonable», teorías sistémicas acerca del derecho, etc.- no puede menos que revelarse como una clase de aproximaciones básicamente ingenuas, si de lo que se trata es de ver cómo es o pueda llegar a ser el discurso jurídico profesional en manos de sus protagonistas *reales*. En lo fundamental esas aproximaciones responden a modos del *wishful thinking* intelectualista, cuando no estamos simplemente ante una ideología profesional (p.e. Dworkin) para legitimar las ficciones con que normalmente cubren sus decisiones los juristas.

Claro que esos escapismos no tienen por qué llegar a los extremos que alcanzan en las siderales cogitaciones de Rawls. También toman la forma de presentaciones menos delirantes, o en todo caso más disimuladas: esto es, cuando se traen a colación facetas del razonamiento que efectivamente suelen darse entre los profesionales del derecho, pero hipostasiándolas. Y sobre todo porque entonces no se toma en consideración fundamentalmente cómo influyen en la dirección misma de esos razonamientos las fuerzas sociales presentes, materiales e ideológicas, y en general se hace abstracción (p.e. Alexy) de la mentalidad *real* de los operadores habituales del pensamiento jurídico. En la actual Teoría del Derecho proliferan -entre otros los habermasitos, mientras que, para decir algo interesante que no hubiera sido advertido ya por los grandes autores de la materia en nuestro siglo (Kelsen, Radbruch, Frank, Llewellyn, Ross, Perelman, Bobbio, Engisch, Esser, Hart, etc.), y hasta por muchos otros tras la huella de aquéllos, haría falta nada menos que algo así como un Kolakowski o un Kuhn, o en todo caso un Feyerabend, por no pedir el milagro de que aparezca ahí un Russell o un Wittgenstein.

AAA

[4] Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* (7ma. ed. por Erik Wolf), K. F. Koehler, Stuttgart, 1970; § 15 in limine, p. 211.

EXCURSO

Pienso que el período propiamente *creativo* de la Filosofía y Teoría General del Derecho termina hacia mediados de los setentas. Luego de eso ha habido, ciertamente, trabajos interesantes de autores de segunda línea, agregando precisiones o pruebas de detalle a lo que ya se sabía antes. Por ejemplo, tal el caso del excelente libro de Alexy sobre *Teoría de la argumentación jurídica* (ref. bibl. *infra*) -si prescindimos de sus ilusiones habermasianas- o el ilustrativo análisis de Schreckenberger sobre *Semiótica retórica* (*infra* n. 17) -si no nos enredamos en su jeringonza logicista-; estos estudios aportan unos complementos, ciertamente interesantes, a lo que básicamente sabíamos por Viehweg y sobre todo por Perelman (y también, después, por exámenes de muchos otros autores: cf., por todos: F. Horak, *Rationes decidenci* I, Scientia, Aalen, 1969). Para señalar otro ejemplo: considérese los ilustrativos estudios de P. Goodrich sobre historia de la hermenéutica jurídica, si bien lo esencial al respecto ya había sido adelantando por M. Sbriccoli (*L'interpretazione dello statuto*, Giuffrè, Milán, 1969) o en la mencionada monografía de Horak, y aún desde antes por -entre otros- Kantorowicz y Radbruch. Lo que ha marcado la pauta en los últimos decenios es, más que nada, la superabundancia de pedantismos (p.e.: Rawls, la gran mayoría de las investigaciones inscritas bajo el rubro Semiótica Jurídica, etc.) y en general la fruición por toda clase de maquillajes terminológicos (p.e.: Dworkin, las infinitas discusiones sobre la conceptualización de «lo «racional» o lo «razonable», la semántica estructural «actancial», etc.).

El gran premio en la carrera por ver quién consigue perderse más a fondo en sofisticados laberintos de naderías, difícilmente podrá serle disputado al descomunal mamotreto de Rawls respecto a la idea de Justicia, dada la interminable plétora de discusiones escolásticas que sobre ese paisaje lunar se pueden «construir». Compárese las laberínticas fantasías que este autor presenta como fórmulas para los razonamientos del *topos* «justicia», con el análisis realista de Perelman (*De la justice*, 1945) acerca de los enormemente variados y contradictorios usos de dicho término bandera. Que después de un examen como el de Perelman, donde quedan tan nítidamente de manifiesto las múltiples y antinómicas utilizaciones -¡reales!- de ese comodín retórico, a alguien se le haya podido todavía ocurrir ponerse a «construir» cuál es el sentido «racional» *verdadero* de esta palabrita -falta saber entre qué extraterrestres, académicos aparte-, no tendría por qué llamar mucho la atención si se tratara simplemente de una curiosidad aislada. Ya lo dijo Descartes: «no se puede imaginar nada, por extraño e increíble que sea, que no haya sido dicho por alguno de los filósofos» (*Discurso del método*, Segunda Parte).

Seguramente sería demasiado esperar de los iusfilósofos, y de los epistemólogos del discurso práctico en general, suponerlos capaces de retornar la mirada tan a la tierra como para darse cuenta que aquello, lo de Rawls, es simplemente lo que es: las divagaciones de un autor que, aunque su ingenio para crear sofisticaciones fantasiosas sobrepasa ciertamente la media del mundillo académico, carecen de todo alcance propiamente cognoscitivo, no menos de como son por entero inocuas para domeñar la realidad práctica. Bien mirado, se trata apenas de un *divertimento* intelectualista -sólo que de los más insípidos- para autores que buscan a toda costa encontrarse con algo «distinto» (y cuanto más enmarañado mejor) para desenredar y reenredar el infinito ovillo del comentario de textos. [Difícilmente pueda hallarse, en la historia contemporánea de la teoría ética, un ejemplo más patente que ese para

ilustrar el acierto también de estas otras palabras de Descartes: «...los razonamientos... en los que discurre un hombre de letras, encerrado en su despacho, acerca de especulaciones que no producen efecto alguno y que no tienen para él otras consecuencias sino que acaso sean tanto mayor motivo para envanecerse cuanto más se aparten del sentido común, puesto que habrá tenido que gastar más ingenio y artificio en procurar hacerlas verosímiles» (*ibíd*., Primera Parte).]

El hecho de que a tantos profesores -no sólo en la Teoría del Derecho, sino inclusive entre los de Ciencia Política- se les haya pasado desapercibida tal cosa, y que más bien hayan dirigido los desvelos a ver cómo efectuar, también ellos, sus expediciones intelectuales por esas sendas galáxicas, es por demás sintomático. Asimismo lo es, sin duda, que ellos hayan podido tomarse no menos «en serio» la idílica versión que del razonamiento judicial ofrece Dworkin, donde estos razonamientos consisten en discursos a cargo de unos protagonistas que -vista la manera como los presenta ese autor- parecen salidos de alguna iuselegía que no se atrevió a escribir Platón. Compárese tal versión, y ni qué hablar si remontáramos el vuelo hasta lo de Rawls, con cualquier estudio realista acerca de dichos razonamientos. Por ejemplo, cf. el implacable informe resultante del estudio de campo efectuado por Rüdiger Lautmann (*Justiz - die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssozologische Analyse*, Fischer Athenäum [FAT 4002], Francfort, 1972) sobre como se razona REALMENTE en tribunales alemanes, y en general téngase en cuenta lo que surge de múltiples estudios sobre la mentalidad de los jueces (p.e.: cf. Dieter Simon, *La independencia del juez*, cap. VI; Ariel, Barcelona); o bien, en otro plano de análisis, véase el examen de orden histórico-político que efectuará Bernd Rüthers (*Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Fisher Athenäum. [FAT 6011], Francfort, 1974) sobre los cambios en la interpretación judicial de unos mismos textos del derecho positivo alemán, en relación con distintas etapas políticas de ese país. Pero incluso la monografía ya mencionada de Alexy, aunque no puede ser considerada un examen verdaderamente realista del pensamiento jurídico, y es posible que su autor ni siquiera pretendió que lo fuera, presenta una profundidad y consistencia en sus análisis que la ubica a años luz de «seriedad» (¡verdadera!) por encima de las superficiales distinciones que ha presentado Dworkin; tampoco puede decirse, de ella, que se trata apenas de un pasatiempo escolástico como el de Rawls.

Los abundantes, y con tanta frecuencia harto prolijos, estudios publicados en años recientes sobre «argumentación» jurídica, o acerca de lo «racional» o «razonable» en el derecho, resultan ciertamente inofensivos desde el punto de vista práctico. Pero tal comprobación no tendría por qué significar una crítica, ya que un estudio puede justificarse por su mero alcance cognoscitivo (en la medida en que lo tenga), si no fuera porque sus autores suelen dar a entender otra cosa: ¡pretenden ser «prácticos»! El mejor trabajo que conozco para ese tipo de direcciones de investigación es dicho libro de Robert Alexy: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 (ed. or. al.: 1978). Ahora bien, el pormenorizado análisis que él contiene resulta, a mi juicio, más que suficiente como para dejar agotado el interés de seguir hurgando por ese lado. Yo pienso que ese libro, precisamente por lo bien hecho que está, ofrece

algo así como una demostración por el absurdo -aunque muy distinta sea la intención de su autor- sobre las (im)posibilidades que afectan a la metodología jurídica.

El examen ahí presentado explora prácticamente hasta el máximo los elementos básicos de racionalidad o razonabilidad que los discursos jurídicos -algunos de ellos- puedan llegar a tener; aunque los tengan, cabe agregar, en forma más bien implícita que explícita. Empero, una descripción como esta no puede sino hacer todavía más patente, si aceptamos compararla -¡cosa que el autor *no* hace! -con la manera en que los juristas razonan en la práctica (cf. el estudio de Lautmann), qué enorme, infranqueable distancia separa a esos cuidadosos modelos de «racionalidad» o «razonabilidad» argumentativas frente a los hábitos mentales *reales* de los protagonistas *reales* de las actividades jurídicas *reales*. Y así, paradójicamente, lo que nos viene a ofrecer un autor de tan buen nivel teorético y tan cuidadoso de la precisión como lo es Alexy, resulta que al fin de cuentas se queda, si cabe, todavía más lejos de reflejar la realidad del derecho que el propio Dworkin, por más que los estudios de este último están muy notoriamente por debajo del nivel intelectual de los exámenes presentados por aquel. Pues lo cierto es que Dworkin, precisamente por la superficialidad y la endeble precisión de los términos en que plantea sus análisis, está mucho más cerca que Alexy respecto a las maneras en que piensa el jurista corriente.

Se comprende, por supuesto, que lo bienvenido para la buena conciencia de los juristas no pueden ser unos estudios como los de Lautmann, Simon o Rüthers. Más oportuno, para llegar a ser un autor de «éxito» entre gente del gremio, sobre todo en nuestro tiempo, es presentarse a argumentar en favor de su ideología profesional (Dworkin) o escaparse hacia los *topos uranos* (Rawls), en vez de tomar un partido como, por ejemplo, el de la observación participante *(teilnehmende Beobachtung)* en la actividad MISMA de aquellos cuando efectúan sus intervenciones reales; y menos que menos si este investigador va a tener la franqueza inmisericorde de revelar, como Lautmann, los verdaderos resultados de tal observación. No es de extrañar que no sean *tal* clase de investigaciones precisamente, un tema favorito para las discusiones entre los especialistas de la Teoría del Derecho. [Como tampoco lo fue, por ejemplo, el sensacional libro de J. Frank: *Law and the Modern Mind*, 1930. Es cierto que sí consiguieron serlo, y en la forma más abundante, las tesis de Kelsen, a pesar de su neta orientación desmixtificadora. Mas esto se debió sobre todo a que la discusión en tomo a Kelsen consiguió ser desviada, casi siempre, hacia unos detalles técnicos de su formulación -el estatus epistemológico de la «norma fundamental», etc. -o simplemente no fueron entendidas- la cuestión de la «pureza» (*infra* n. 15), etc.- En cambio, respecto al libro de Frank, no habiendo manera de pasar hacia la tangente comprobaciones formuladas tan directamente como se hace allí, *mejor es no meneallo...*]

Haría falta, hoy más que nunca, gente del linaje de los Radbruch, Kelsen y Frank, de los Schmitt y Heller, cuando lo que nos encontramos son discusiones -y uno mismo termina sintiéndose arrastrado a ellas- respecto a algún jugador de segunda división como Dworkin. Por ejemplo, compárese los simplismos y la reafirmación de ficciones profesionales por parte de ese autor, con la riqueza de contenido -y con la asepsia de ideologización juridicista- en el análisis que mucho antes había presentado Esser sobre las relaciones entre *Principio y norma* en el razonamiento jurídico. Y puede valer la pena mencionar como un contraejemplo frente a los Rawls, Dworkin y Cía., para ilustrar que no sería del todo imposible, ni siquiera hoy, que lleguen a aparecer trabajos capaces de responder a un impulso *verdaderamente*

renovador y que además valga la pena, las investigaciones de Foucault sobre historia del delito y acerca de la «verdad» jurídica. En estos estudios, a pesar de algunos pedantismos e insuficiencias en las categorías del marco conceptual, y en general de ciertas exageraciones holistas o de tendencias al maniqueísmo, sale a la palestra, indudablemente, una originalidad y sobre todo una agudeza de penetración *realista* que brillan por su ausencia en las «vedettes» de la actual Teoría del Derecho. Pero unos exámenes como los de Foucault difícilmente podrían surgir de las filas de ninguna de las orientaciones hoy dominantes en esa teoría.

Sin embargo, no pretendo decir -valga la aclaración- que la Teoría del Derecho contemporánea no haya aportado prácticamente *nada* valioso. Entre sus numerosos afinamientos conceptuales, que en general provienen de categorías epistemológicas originadas en estudios relativos a otras disciplinas, no puede negarse que algunos de ellos son, o podrían llegar a ser, de neto provecho para desenmarañar discusiones falaciosas en la propia Teoría del derecho: cf., por todos, el excelente resumen de François Ost en su articulo *Science du droit* (*Dictionnaire de Eguilles*, cit. *supra* n.3, p 363-367; hay trad. esp. en *Revista de Ciencias Jurídicas* 72, mayo-agosto 1992, p. 163-147, Universidad de Costa Rica); y vale la pena consultar también otras voces de ese Dictionnaire, para tener una idea general de lo que puede ser más interesante en planteamientos recientes relativos a los conceptos respectivos.

[Por otra parte, es obvio que al señalar la inanidad y pedantismo que predominan en dicha Teoría, no puedo tener en cuenta sino aquello que personalmente conozco de ella, tomando sobre todo como dato sintomático quiénes son los autores y corrientes más discutidos en ciertas prestigiosas revistas especializadas de la materia (p.e. en DOXA). Desde luego, nada tiene de imposible que, máxime hallándome tan al margen (Costa Rica) de los centros intelectuales mismos donde surge y se discute lo principal de la literatura de la materia, y dado que tampoco soy un favorito de los Congresos, yo no haya podido ni siquiera enterarme de que existen tales o cuales estudios *fundamentales* que escapan a la caracterización general dada. O bien, que aun habiéndolos visto mencionados, no consiguiera procurarme su lectura; p.e., teniendo en cuenta el título y quiénes son los autores, me hubiera gustado ver si, acaso, no son de ese calibre unas obras como: el libro de Jacques Lenoble y François Ost, *Droit, Mythe et Raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruselas, 1980; o el de Domenico Carzo, *I Segni del Potere*, Giuffré, Milán, 1981.]

AAA

Cuando no se comparten las ilusiones de la Posición O, uno está obligado a nadar contra la corriente en la Teoría del Derecho de nuestros días. No podrá comulgar con sus poderosas hazañas en la invención de jergas, y en general no se verá tentado a tomar demasiado en serio la superproducción de discusiones escolásticas que ella registra. Entonces es inevitable que -fuera de que sobre uno pueda recaer, supongo, la firme sospecha de estar «atrasado», baldón que de por sí será difícilmente perdonable- no falten quienes consideren que pensar así constituye todo un atentado contra la *racionalidad* MISMA de la empresa jurídica; o sea, que con ello se incurriría nada menos que en el pecado de «irracionalismo». En esta nota quiero

examinar brevemente tal acusación. Pienso que puede tener cierto interés general sacar a luz la falacia de base en que objeciones de esa índole se asientan, pues no creo que el asunto concierna solamente a mis propios trabajos. (Lo otro, lo de mi «atraso», sí es que existe, no me imagino que vaya a interesarle al lector, y tampoco me inquieta a mí.) Considero que dicho reproche reposa esencialmente en una confusión de planos: consiste en desdibujar la distinción, que es fundamental, entre lo que son los discursos reales de los protagonista reales de la práctica jurídica real (nivel 1) y lo que sean unos metadiscursos (nivel 2) acerca de aquellos primeros.

Claro que, después de todo, el nombre o el adjetivo que cada quien prefiera darle a la cosa es lo de menos, No obstante, si hay en esto alguna parte que defienda lo «irracional», ese parece ser más bien el caso de quienes, como en la mencionada acusación, proyectan sus propios, sus personales (*wishful thinking*) afanes de cientificidad a una realidad que es muy distinta. Si no preferimos recurrir a la definición persuasiva de ensanchar la idea de lo «racional» para hacerlo equivalente inclusive a unas formas de la imaginería, entonces difícilmente pueda calificarse de irracional a un punto de vista simplemente porque opta por no ignorar como es la *verdadera práctica* del derecho, cómo sus protagonistas habituales piensan y actúan *de hecho*. (Es como si, cuando el médico diagnostica una enfermedad, se sacara la conclusión de que, por haber hecho ese diagnóstico precisamente, entonces la enfermedad ha de tenerla también él mismo; más aún, que se encuentra bien complacido de ella y hasta deseando que todo el mundo la padezca.)

Racionalidad[5] y realismo no son categorías opuestas, sino que más bien el realismo constituye una condición básica -aunque no lo sea todo- en cualquier consideración racional de las cosas. Cuando una práctica que presenta abundante déficit de racionalidad es presentada como si ella fuera de otra manera, sólo en el plano de ciertos usos persuasivos del lenguaje se entenderá que «racionales» son aquellos que la presentan así, mientras que lo «irracional» sería -se entiende- el no preferir ocultar que las cosas son como son. Ahí se le llama «irracionalismo», pues, al hecho de no plegarse al partido de callar dicha realidad. Y es así como, al fin de cuentas, la irracionalidad (real) de esa práctica resulta disimulada y apoyada -¡doble irracionalidad!- por tales defensores de la «racionalidad» justamente.

II

Puede valer la pena, para ilustrar el punto, recoger un intercambio de opiniones que tuve con un destacado profesor argentino, convencido cientificista

[5] Véase supra nota 3.

(autor de reconocidos trabajos en tal dirección), quien me hizo llegar, en una carta personal, el siguiente comentario[6]: «Eso me lleva a preguntarle -pues me da la impresión de que se trata de una actitud personal y no de una tesis suficientemente fundada- por su actitud algo polémica, cuando no escéptica sobre las relaciones entre la(s) lógica(s) y el conocimiento (científico) del derecho. Yo soy muy reacio a aceptar las formas de irracionalismo que cunden, sea bajo rótulos iusnaturalistas, o invocando a Perelman, Viehweg o a la hermenéutica. Creo que fuera de tratarse de posiciones retrógradas, son políticamente muy peligrosas». Pues bien, me parece que puede resultar aclaratorio reproducir lo que puse en mi carta de respuesta al colega que tuvo la amabilidad de efectuarme este comentario. He aquí esas observaciones mías, que me siguen pareciendo pertinentes[7].

«En cuanto a "mi actitud algo polémica, cuando no escéptica sobre las relaciones entre la(s) lógica(s) y el conocimiento (científico) del derecho", habría que precisar -como Vd. mismo lo advierte- de qué lógica estamos hablando y, más aún, respecto a qué sector o plano del conocimiento (científico, si se quiere), del derecho. He tratado de responder a eso en mi artículo «Ciencia jurídica: *¿qué* "ciencia"?», particularmente en el apartado III.2 y en las Conclusiones Generales[8]. No sé si será más claro formular mi idea general del modo siguiente: no creo que sea, ni que pueda llegar a ser, realmente científico (en algún sentido fuerte de esta palabra) el discurso jurídico corriente, el que en dicho artículo he llamado de primer nivel (legislación, jurisprudencia, dogmática, etc.); en cambio, pienso que sí podría serlo, y en buena medida ya lo es, el de segundo nivel, o sea, ciertos metalenguajes acerca del derecho práctico real.

---

[6] No puedo revelar el nombre de dicho profesor, muy conocido (también por los lectores de esta revista), porque no recibí su autorización para ello, aunque se la solicité al responderle. La carta de él tiene fecha 16-IV-1988 y mi contestación es del 6-V-1988. Algunas observaciones más contenidas en esa misma carta, y los respectivos pasajes de mi respuesta, donde hay puntualizaciones que conciernen también al punto que nos ocupa aquí, los he traído a colación en otro sitio: Enrique P. Haba, «*Retórica de "la" Libertad contra las libertades*. Control sobre las libertades, por medio de "la" Libertad como ideología», en *Revista de Ciencias Jurídicas* 75 (mayo-agosto 1993), p. 113-158, Universidad de Costa Rica; cf. el punto 2 [«Una cuestión (intrascendente) de lógica formal»: pp. 149-155] de su Apéndice C.

[7] Pero este intercambio de opiniones es anterior (cf. la nota precedente) a la publicación de los trabajos míos que he mencionado al comienzo (*supra* nota 1), vale decir, que el colega argentino no podía por entonces tener conocimiento de ellos. Sin embargo, entiendo que esa discusión conserva plena vigencia, en los mismos términos en que la reproduzco aquí, independientemente de que él tenga o no la misma opinión aún; pero no me extrañaría que sí la mantenga.

[8] En este punto de la carta me refería a una versión anterior, en español (*Revista de Ciencias Jurídicas* 51, set.-dic. 1984, p. 11-35, Univ. de C.R.), del estudio *Sciences du droit...* (*supra* nota l). En este último, la parte arriba señalada es el apartado III.C, pp. 183-185; cf. también allí el *Epilogue*, pp. 185-187, trad. al francés del Anexo que está al final de *Racionalidad y método...* II (cit. *supra ibíd*.)

«Si Vd. me permite invocar antecedentes ilustres (y sin ánimo de compararme con ellos, podrá imaginarse), le diría que en esto soy tan racionalista, y también tan irracionalista, como Hume o como Kelsen. Irracionalista, en cuanto no creo que mi objeto de conocimiento, el derecho tal y como este realmente es: la actividad práctica y el discurso de los juristas típicos, sea racional en sí mismo. Pero racionalista, sin embargo, por cuanto mi manera de describir ese objeto trata de estar lo más racionalmente concebida y ordenada, y tomar en cuenta conocimientos científicos -lingüísticos, sociológicos, etc.- al respecto. El problema no reside en que uno quiera, o no, que el derecho (de primer nivel) sea más o menos racional, o científico, sino en averiguar cuáles son las posibilidades REALES de que lo sea.

«Si la lógica deóntica es, a mi juicio, una engañapichanga, no pienso eso porque la considere falsa (si de tal cosa puede hablarse en cuanto a la lógica formal) o poco científica, sino porque, por más científica que sea, informa poco o nada acerca de la dinámica real del discurso jurídico y antes bien contribuye a hacer apartar la vista de ésta[9]. No niego que la lógica deóntica tenga una racionalidad (sintáctica), y ni siquiera le niego condición científica. Lo que cuestiono, es su INTERÉS. Pienso que, en la práctica, ella funciona como una ideología del pensamiento tecnocrático, un modo de NO hablar, o de hacerlo en forma inútilmente rebuscada, acerca de los problemas reales de la práctica jurídica. Claro que yo no puedo demostrar que sea en efecto más *interesante* ocuparse de esos problemas que estudiar el ajedrez, o que traducir al esperanto el Código Civil o que encogerlo a unas fórmulas deónticas... Tampoco digo que sea imposible hacer intervenir, de alguna manera, esas fórmulas -o el esperanto o la astrología o el cálculo infinitesimal o cualquier otra cosa- en el discurso destinado a resolver unos problemas jurídicos. Lo que digo es que, salvo para algún sector muy excepcional del derecho, tal vez el sucesorio o el impositivo, las soluciones son alcanzables igualmente *sin* necesidad de recargar la exposición con tales fórmulas. En síntesis, de la lógica deóntica pienso más o menos lo que Jhering opinaba de la jurisprudencia romanista, de su cielo de conceptos (cf. *Bromas y veras...*). Y me remito también a lo expuesto [sobre falsa precisión] en las págs. 26-28 de mi artículo *De la fantasía curricular*[10].

«Ahora bien, si de lo que se trata no es de un conocimiento (científico) del derecho consistente en traducir el discurso jurídico a algún lenguaje artificial, sino de analizar ese discurso con todos los recursos que puedan brindar las ciencias empíricas, entonces no considero falto de interés ni imposible, sino todo lo contrario, tratar de que el análisis sea lo más científico-racional

---

[9] Cf. el § 1 del Apéndice en *Racionalidad y método...* II (cit. supra nota D, DOXA-8, pp. 241-250.

[10] Enrique P Haba, *«De la fantasía curricular, y sobre algunas de sus precomprensiones tecnocráticas»*, en *Revista de Ciencias Jurídicas* 56 (mayo-agosto 1986), p. 11-48, Universidad de Costa Rica.

posible. Hay que valerse de toda la racionalidad de que es capaz este análisis, justamente para sacar más a luz hasta qué punto el derecho viviente es un discurso pseudocientífico; en una palabra, poner precisamente de manifiesto toda la Irracionalidad que caracteriza al razonamiento corriente de los juristas. Por eso mismo es que, igual que a Vd., me desagradan posiciones como la de Perelman[11], la hermenéutica filosófica[12], etc.[13] Considero, pues, que mi aproximación teorética al derecho no es, de ninguna manera, irracionalista, sino que más bien puede ser catalogada de racional (en el sentido que doy al término racionalidad en mi artículo sobre *Lo racional y lo razonable*[14], sentido más amplio que el de la clásica definición de Max Weber pero que la comprende). Solo que me resisto, eso sí, a imaginarme que el derecho real pueda llegar a aceptar para sí mismo una racionalidad tan exigente.

«Parafraseando a Kelsen, yo creo-como él- que lo que puede, y debe, ser puro (racional) es la metateoría (análisis semánticos, estudios sociológicos y crítica de ideologías, etc.) acerca del derecho; pero que es imposible - ¡nos guste o no nos guste!- que lo sea asimismo el discurso judicial, o el de la dogmática o el legislativo. Estos tres, o sea, el discurso jurídico de primer nivel, el único «viviente», es algo que resulta inevitablemente impuro (extracientífico o débilmente científico), porque no hay manera de que renuncie

[11] Cf. *Racionalidad y método...* II (cit. supra nota 1), Apéndice § 2, en DOXA-8, pp. 251-254.

[12] Véase, del sitio indicado en la nota anterior, el Apéndice § 4, pp. 258-264. Para una crítica más amplia de las ideas centrales de Gadamer, cf.: Enrique P. Haba. *«Hermeneutik contra Rechtswissenschaft»*, en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* LXIV (1978), p. 163-181.

[13] En este «etc.» pueden entrar también puntos de vista como los de Viehweg (y la llamada *tópica*), Villey («dialéctica» en sentido aristotélico) y otros. Pues los modelos que estos autores mencionan, bajo esos nombres, como característicos del razonamiento jurídico, si bien tienen la ventaja de no hacer lugar a ficciones cientificistas ni en general a las ilusiones racionalistas en que caen otros enfoques, empero suelen contener, de todos modos, una especie de apologética -aunque puede ser más o menos velada- de las formas comunes que presenta dicho razonamiento en manos de los juristas profesionales. Por eso, no he vacilado en calificar también a esos puntos de vista como unas aproximaciones ideológicamente «conservadoras» dentro de la Teoría del Derecho. Porque resultan ser *defensoras*, al fin de cuentas, del *stato quo* metodológico del discurso jurídico corriente, dado que no se limitan simplemente a describirlo en esta forma, sino que asimismo encomian esta condición. Cf. mi estudio: *«Rationalität der Autoritäten oder Autorität der Rationalität?»*, en *Rechtstheorie* 8 (1977), p. 145-163.

[14] Las principales ideas de dicho artículo (publicado en *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica* 43 [1978], p. 1-32), las he retomado y -espero- precisado un poco más, complementándolas asimismo con buen número de otras reflexiones que son pertinentes en relación con el mismo tema central, en *Racionalidad y método...* (cit. *supra* n. 1); además me he referido también a ellas en algunos trabajos posteriores (esp. en aquellos citados en la misma nota). En cuanto a la definición misma de «racionalidad» mencionada arriba, cf. en *Racionalidad y método...* a la altura de su nota 13 (DOXA-7, p. 184) y *passim*; en *Lo racional y lo razonable*, cf. el § II (esp. la def. en la 2da. col. de la p. 6).

a sus funciones político-ideológico-retóricas, que son inescindibles de sus funciones sociales en general[15]. Hasta ahí mi respuesta.

Vale decir: por más racional que sea, o pueda llegar a ser, la Teoría del Derecho, que es un *meta*lenguaje, ella NO es lo mismo que su lenguaje-*objeto*, el discurso jurídico de primer nivel. En consecuencia: así como la irracionalidad de este no tiene por qué contagiarse a dicha Teoría (mas tal «contagio» no es imposible), tampoco la racionalidad que se alcance en ella implica por sí misma garantizar -o «contagiar», si se quiere- también la de él. Si en un metalenguaje se deja constancia de déficit de racionalidad que caracteriza a su lenguaje-objeto, no quiere decir que aquel resultará no menos irracional que éste. Por el contrario: cuando un metalenguaje tiene como objeto un discurso que es poco racional, la única manera para que este metalenguaje no resulte análogamente irracional, es si sirve para revelar y subrayar justamente toda esa irracionalidad de su lenguaje-objeto[16].

---

[15] «La *despolitización* que la teoría pura del derecho exige se refiere a la *ciencia* del derecho, no a su objeto, el derecho. EL DERECHO NO PUEDE SER SEPARADO DE LA POLÍTICA, pues es esencialmente un instrumento de la política. Tanto su creación como su aplicación son funciones políticas... [Por eso] la teoría pura del derecho es una *teoría pura* del derecho, NO la teoría de un *derecho puro* como sus críticos han afirmado erróneamente a veces» (Hans Kelsen, *¿Qué es la teoría pura del derecho?*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Universidad Nacional de Córdoba [Arg.], 1958, pp. 31-32 -sólo las cursivas son subrayados que pertenecen al propio Kelsen-. [Sobre la posición de Kelsen, vid, el § V de mi «Presentación» (pp. I-XXVII) en la 2ª. ed. de: Jorge Enrique Romero Pérez, *La Sociología del Derecho en Max Weber*, Universidad de Costa Rica, San José, 1980. Por cierto, entonces incurrí en un descuido de orden terminológico (esp. en las págs. XXVI y XXVII) al no aclarar que, si bien la «teoría pura» es lenguaje-objeto respecto a unos *meta*lenguajes que allí indiqué, ella es también, a su vez, un metalenguaje respecto al discurso jurídico corriente; pero esa falta mía de precisión no afecta al fondo de lo explicado en dicho sitio, esto es, a la importancia de subrayar la radical diferencia de planos que existe entre aquella teoría y este discurso (en ese mismo sentido apunta también, *mutatis mutandis*, la sentencia de Debray que aquí aparece en el epígrafe).]

[16] Es precisamente eso lo que tan bien subrayan las palabras recogidas en nuestro epígrafe, tomadas de: Fernando Savater, *Nietzche*, Barcanova, Barcelona, 1982, p. 49, (allí la cita de Schopenhauer); Friedrich Waismann, «*Veriafibility*». en *Essays on Logic and Language* 1ra. serie, p. 117-144 (143), Basil Blacksvell, Oxford, 1951; Régis Debray, *Crítica de la razón política*, trad. (con muchos defectos) de Pilar Calvo, Cátedra, Madrid 1983, p. 290; Luis Alberto Warat, *El derecho y su lenguaje. Elementos para una teoría de la comunicación jurídica*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1976, p. 169. Sobre la cuestión general de las relaciones entre metalenguaje y lenguaje-objeto, cf. Warat (*op. cit.*), caps. IV.3, V.5.1 y esp. VIII.8 los desarrollos de este último apartado tienen fundamentales puntos de contacto con lo explicado aquí (pero yo no había aún leído ese texto cuando escribí la carta de marras). Cf. además Sechreckenberg (*op. cit.* en la nota sig.), el punto 4.B de la Introducción; vid. también mi estudio sobre *Racionalidad y método...* (cit. *supra* nota 1) a la altura de la nota ñ del Epílogo y esa misma nota (DOXA-7, pp. 239-240).

En efecto, como dice Schreckenberger, «La distinción entre lenguaje objeto y metalenguaje... [es] también un excelente criterio para aclarar contextos semánticos complicados y desenmascarar la sugestiva apariencia de una pretenciosa objetividad en los conceptos y argumentos»[17]. Contrariamente a las precomprensiones que la Posición 0 avala, lo cierto es que la Teoría del Derecho, discurso metalingüístico, es tanto más racional cuanto *menos* disimule las faltas de racionalidad de su lenguaje-objeto. Tiene toda la razón de mundo Warat al señalar: «resulta muy importante no confundir la idealización racionalista, [que es una] inversora de la realidad, con las posibilidades de obtener un conocimiento racional del saber jurídico»[18].

Por eso, en cuanto al derecho, bien puede decirse -agrego yo- que donde ciertas modalidades del irracionalismo triunfan, en realidad, no es en los enfoques (Posición P) que subrayan las carencias de racionalidad del discurso jurídico de primer nivel, sino antes bien en otras orientaciones (Posición O): en aquellas que, sea de una u otra manera -dogmática tradicional, direcciones cientificistas o visiones «razonabilistas» en la Teoría del Derecho, etc.-, incitan a pensar que ese discurso es, o está en condiciones de ser, verdaderamente racional (o que, en todo caso, él constituye un muy satisfactorio ejemplo de las bondades que tiene el pensamiento de tipo «razonable»).

III

El «irracionalismo» de la Posición P consiste, pues, en no compartir las ilusiones de la Posición O, así como en no darle mayor importancia a los artificios escapistas y en general a los pedantismos, de toda laya, que abundan dentro de esta. A los autores de la Posición P no les interesa por cierto, afanarse en «construir» unos discursos jurídicos racionales o razonables, para juristas ideales, sino que prefieren señalar cómo funciona el pensamiento de los protagonistas *de carne y hueso* de las *prácticas* jurídicas. Esos autores se cuidan de extraviarse en idealizaciones respecto a los razonamientos que efectúan dichos protagonistas. Se ocupan de estos mismos, ¡no de algún Hércules «construido» a medida de los modernos Pigmaliones que han pedido pase a la Teoría del Derecho!

Sin embargo, hacer ver que existe esa diferencia esencial de la Posición P frente a la Posición O, no significa afirmar que en general los análisis efectuados en el marco de la segunda constituyen meras fantasías o algo por el estilo. No es así, desde luego. Muchos de esos análisis, pedantes o no, dan

[17] Waldemar Schreckenberger, *Semiótica del discurso jurídico. Análisis retórico de textos constitucionales y judiciales de la República Federal de Alemania*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987, p. 29.

[18] L. A. Warat, *op. cit.* (supra nota 16), p. 167.

cuente de unos aspectos que efectivamente se hacen presentes, en mayor o menor medida, en razonamientos de los juristas profesionales. Y también es posible que dichos aspectos tengan, en mayor o menor medida, según los casos, importancia para decidir cuestiones jurídicas[19].

Señalé, desde el comienzo, que en el seno del razonamiento jurídico juegan también un papel ingredientes de orden racional: los elementos «teoréticos», «cognoscitivos», «científicos», etc.[20] Es notorio que, en muchos tipos de casos, elementos de esa clase son condiciones necesarias o hasta suficientes para motivar decisiones jurídicas. Así, no se puede negar que la dogmática -satisfactoria o no- constituye un edificio teorético y que este ejerce influencia en las decisiones judiciales. Lo que para la Posición P es criticable en la Posición O, no es que ésta ponga de manifiesto la presencia de unos modelos racionales o razonables en el discurso jurídico, tratándose de los que en él se dan *efectivamente* cita; pero nada más que estos mismos y sólo en la medida del papel real que ellos desempeñen. Los razonamientos de los juristas no dejan de incluir modelos de esa naturaleza, claro está, y por cierto que la Posición P no pretende negar algo tan obvio.

En efecto, mal podrían quienes se ubican en la Posición P, que se esfuerzan sobre todo por ser realistas, objetar a la Posición O unos señalamientos que permitan dar cuenta de elementos de razonamiento que están *realmente* presentes en los discursos jurídicos profesionales. Sería asombroso, por lo demás, que no hubiera elementos de esa naturaleza allí, sean unos u otros, ya que el pensamiento jurídico es precisamente un discurso.

La *ir*racionalidad, bien puede denominarse así[21], de las aproximaciones del tipo O no reside en llamar la atención sobre dichos elementos, sino que, si puede ser calificada de tal, es por la forma peculiar en que esos autores presentan el asunto. Esto es: tal vez menos por lo que dicen, que por la manera en que lo dicen; y sobre todo, por lo que NO dicen. Quiero insistir aún sobre esto último, antes de terminar. He aquí los extremos que me importa subrayar como principales conclusiones a extraer de la presente discusión:

---

[19] Seamos justos: reconozco que no todos, y probablemente ni siquiera la gran mayoría, de los teóricos del derecho que sostienen tesis del tipo 0 dedican sus afanes principales a destilar iusonanismos en «posición original», o a entonar unos hercúleos poemas dirigidos al ego gremial de los juristas. Muchos de aquellos, sea empleando unas u otras aproximaciones, presentan estudios que no dejan de tener ciertos alcances realistas, a pesar de todo. Por ejemplo, un trabajo como el de Alexy [cit. *supra* en el Excurso] no deja de significar, ciertamente, un aporte ilustrativo en relación con algunos aspectos que llegan a presentarse en el discurso jurídico. (Pero, desde luego, mucho más integral que el enfoque que guía a dicho trabajo, y sobre todo muchísimo más iluminadora, es una aproximación como, por ejemplo, la del examen de Lautmann [cit. en el mismo sitio]; esta no se presta -bajo ángulo alguno- a espejismos racionalistas ni, en general, a ninguna de las idealizaciones «razonabilistas» acerca del pensamiento jurídico profesional).

[20] Cf. la cita de Radbruch: supra a la altura de la nota 4.

[21] Pero véase supra nota 3.

- Los autores proclives a cualquiera de las orientaciones tipo *O* hipostasian indebidamente el alcance *efectivo* que lo racional o lo razonable tiene en las decisiones de los juristas.

- Esos autores tienden, por eso mismo, a no tomar en cuenta, o en todo caso a subestimar, los factores de no-racionalidad que se abren paso dentro y desde fuera del discurso jurídico. Toman el camino de no hablar de eso, simplemente, o bien lo tratan -de hecho- como si fuera una cuestión *secundaria* para la práctica del derecho; en sus estudios presentan las cosas como si todo (o casi todo) estuviera decidido, en lo fundamental, con sólo aprender unos modelos teoréticos, aquellos que dichos autores consideren bastante racionales o razonables para guiar el razonamiento jurídico.

- Sea por entender que tales modelos están presentes desde ya, cuando menos implícitamente, en regiones (todas o algunas) del razonamiento jurídico profesional, o porque, si no, se trataría más bien de unas propuestas para mejorarlo, los autores de esas teorías pretenden -es un sobreentendido habitualmente manejado por ellos- que estas son capaces de tener importantes consecuencias «prácticas». De tal manera, incurren en una tremenda sobrestimación acerca del alcance efectivo de sus propias investigaciones, o por lo menos en cuanto a las de algunos de sus colegas. Se han mudado al reino del *wishful thinking*.

- En la medida en que estos modelos no sean simplemente alguna reformulación pedante de trivialidades que todo jurista práctico sabe de por sí, ellos consisten en unas sofisticaciones logicistas que poco tienen que ver ni con la formación académica ni con el papel social de los juristas reales. O también es posible que estemos ahí ante alguna cándida moralina intelectual (p.e. el «paso al discurso» con que sueñan Habermas y Alexy), ciertamente apetecible *pour la galérie* -sobre todo para la de los colegas-.

- Aun allí donde autores de la Posición O alcanzan a señalar ciertas formas del pensamiento jurídico que no son ni ilusorias ni triviales (p.e. unas estructuras formales como las reveladas por la lógica deóntica), por lo general es comprobable que, en la realidad, el tener o no clara conciencia acerca de ellas es cosa irrelevante para lo fundamental de la práctica misma del derecho. Las decisiones jurídicas, incluso cuando unas u otras de esas formas se cumplen en la práctica -no hablemos de cuando son pasadas por alto-, se suelen tomar sin que sus operadores tengan necesidad de descubrir que tales modelos están ahí presentes. Por ejemplo, en cuanto a la lógica deóntica, si bien conocerla puede ser importante para configurar unos sistemas de informática, estos no constituyen sino instrumentos *auxiliares* secundarios para la decisión jurídica misma, cuando se trata de cualquier asunto de los *realmente* discutidos entre juristas (en todo caso, mientras no hayamos ido a parar todavía al pleno mundo de Orwell).

AAA

En síntesis.- Si aceptamos llamar «racional» o «razonable», para el derecho, a los modelos, sean unos u otros, que nos son presentados desde la Posición *O* -exclusivamente a eso-, resulta que la única conclusión realista, de cara a las prácticas *normales* de los juristas, no puede ser otra que esta: reconocer el hecho de que ahí lo «irracional» (= lo que no es subsumible simplemente en dichos modelos) desempeña un papel no menos decisivo que el de esos mismos modelos. Cuando menos es así respecto a la generalidad de los casos o situaciones típicas acerca de los cuales se plantean las discusiones reales entre los profesionales de esa disciplina, vale decir, las que se hacen presentes cuando se enfrenta la decisión de conflictos jurídicos que resulten *importantes* EN LA PRÁCTICA.

Ahora bien, si se quiere calificar de «irracionalistas» a los enfoques (P) de aquellos autores que -hoy en señalada minoría- prefieren no apartar la vista de ese hecho, ni se expresan como si hubiera unas posibilidades reales de corregirlo, no haré, después de todo, un punto de principio de esta cuestión de palabras. Si ser «racional» es *eso*: si es preocuparse por las no menos superfluas que insípidas elucubraciones de Rawls, tomar «en serio» los remanidos encubrimientos ideológico-profesionales que reformula Dworkin, ocuparse de descarnar los discursos jurídicos reales para conformarse con su osamenta debidamente jeroglificada *á la carte* lógico-deóntica, etc., etc., entonces me declaro, ciertamente, un convencido «irracionalista». Y, a decir verdad, no puedo menos que agradecer como una distinción personal si alguien considera que merezco (¡ojalá que sí!) ser incluido bajo tal enseña.

APÉNDICE

Aprovecho para dejar agregado aquí el Sumario de mi estudio sobre *Racionalidad y método...*, trabajo que constituye el desarrollo más pormenorizado que he presentado sobre la cuestión de la «racionalidad» en el derecho; este sumario no se encuentra en la publicación de dicho estudio aparecida en DOXA [*supra* nota 1]. Pienso que, por ser ese un trabajo bastante extenso, la visión panorámica que da el Sumario constituye una ayuda prácticamente indispensable para que el lector pueda tener una adecuada impresión de conjunto sobre lo allí expuesto, y también para que, en su caso, esté en condiciones de entresacar sin mayor dificultad tal o cual punto que le interese en particular.

Racionalidad y método para el derecho: ¿es eso posible? (Sumario)

I. Introducción.

II. La noción del método.

III. Intersubjetividad: a) método y verdad.

IV. Intersubjetividad: b) razonamiento y racionalidad, probabilidad (plausibilidad).

V. Delimitaciones conceptuales: racionalidad y razón, racionalidad e intersujetividad (intersubjetividades científica y no científica), racionalidad y método, método y ciencia.

VI. La cuestión del fundamento: tipos, opciones; excurso (racionalidad teleológica o «formal»).
VII. El círculo de la intersubjetividad métodica. Condiciones esenciales de la racionalidad que caracteriza a los métodos propiamente dichos.
VIII. Lo racional y lo razonable: a) cuatro planos del pensamiento.
IX. Lo racional y lo razonable: b) el papel del «buen sentido»; límites del razonamiento (las cuestiones de grados).
X. Conclusión.
Postscriptum: Posibilidades reales de la metodología jurídica en la actualidad.
Apéndice crítico:
1. Sobre la lógica formal (deóntica) en el derecho.
2. Sobre la «nouvelle rhétorique» (lógica argumentativa) de Perelman.
3. Sobre la dialéctica.
4. Sobre la «hermenéutica filosófica» de Gadamer.
5. Sobre la «raison juridique» de A. -J. Arnaud.
Anexo: Ciencia jurídica: ¿Qué «ciencia»?

DE LA AUTOPOIESIS A LA ALOPOIESIS DEL DERECHO

1. De la Autopoiesis Biológica a la Social

El concepto de autopoiesis tiene su origen en la teoría biológica de Maturana y Varela[1]. La palabra, etimológicamente, deriva del griego **autós** («por sí mismo») y **poiesis** («creación», «producción»)[2]. En principio, significa que el respectivo sistema es construido por los propios elementos que él construye. Los sistemas vivos se definen entonces como máquinas autopoiéticas: una red de procesos de producción, transformación y destrucción de elementos que, a través de sus interacciones y transformaciones, regeneran y realizan continuamente esa misma red de procesos. Constituyéndola concretamente en el espacio y especificando su dominio topológico[3]. Se trata, por tanto, de sistemas homoestáticos[4], caracterizados por la clausura en la producción y reproducción de los elementos[5]. De esa manera, se procura romper con la tradición según la cual la conservación y evolución de las especies estarían básicamente condicionadas por los factores ambientales. Al contrario, la conservación de los sistemas vivos (individuos) queda vinculada a su capacidad de reproducción autopoiética, que los diferencia en un espacio determinado[6].

La recepción del concepto de autopoiesis en las ciencias sociales, propuesta por Luhmann, tuvo amplia resonancia[7]. La concepción luhmaniana

---

[1] Cf. Maturana y Varela, 1980: 73ss., 1987: esp. 55-60; Maturana, 1982: esp. 141s., 157ss., 279s.

[2] Cf. Maturana y Varela, 1980: XVII.

[3] Maturana y Varela, 1980: 78s. E 135; Maturana, 1982: 158, 141s., 184s., 280.
Segundo Teubner (1989: 32), aquí se presenta la «definición oficial» de autopoiesis.

[4] Maturana y Varela, 1980: 78.

[5] Cf., p. ex., Maturana y Varela, 1980: 117s., en relación al sistema nervioso.

[6] Cf. Maturana y Varela, 1980: 117s., con críticas a las implicaciones ideológicas de la teoría darviniana de la selección natural.

[7] Al respecto, ver sobre todo Luhmann, 1987a; Haferkamp y Schmid (org.), 1987; Baecker y al. (org.), 1987:esp. 394ss. Para la crítica a la recepción científico-social del concepto de autopoiesis, ver Bülh, 1989, con referencia especial al paradigma luhmaniano (229ss.). Para la lectura crítica a partir de la teoría del discurso, ver Habermas, 1988b: 426ss., 1988a: 30s.

de autopoiesis se aparta del modelo biológico de Maturana en la medida en que en ella se distinguen los sistemas que constituyen la conciencia (psíquicos y sociales) de los sistemas orgánicos y neurofisiológicos[8]. La teoría biológica de la autopoiesis defiende, según Luhmann, una concepción radical de la clausura, dado que, para la producción de relaciones entre sistema y medio, se requiere un observador, sea del propio sistema o de otro sistema[9]. En el caso de los sistemas constituyentes de sentido, por el contrario, la «autoobservación se vuelve componente necesario de la reproducción autopoiética»[10]. Estos mantienen su carácter autopoiético en cuanto que se refieren simultáneamente a sí mismos (hacia adentro) y a su medio ambiente (hacia afuera), y en cuanto que operan internamente con la diferencia fundamental entre sistema y medio ambiente[11]. Su clausura operacional no es perjudicada por dicha causa, considerándose que este sentido solamente se relaciona con el sentido y sólo puede ser alterado a través del sentido[12]. No obstante, la incorporación de la diferencia «sistema/medio ambiente» en el interior de los sistemas basados en el sentido (la autoobservación como «momento operativo de la autopoiesis»)[13] posibilita una combinación de la clausura operacional con la apertura hacia el medio, de tal manera que la circularidad de la autopoiesis puede ser interrumpida a través de la referencia al medio[14]. Por tanto, en la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos de Luhmann, el medio no actúa en presencia del sistema, ni como «condición infraestructural de la posibilidad de constitución de los elementos»[15], ni siquiera como perturbación, barullo, «bruit»[16]; constituye algo más, «el **fundamento** del sistema»[17]. En relación con el sistema actúan los más diversos factores del medio ambiente, mas ellos sólo son introducidos en el sistema cuando éste, de acuerdo con sus propios criterios y código-diferencia, les atribuye su forma[18].

La teoría biológica de la autopoiesis, además de diferenciarse de la concepción luhmanniana de la clausura auto-referencial de los sistemas basados

[8] Ladeur (1985: 408s.) interpreta de manera diversa. Cf. también Teubner, 1988: 51, 1989: 38, 43 y 46; criticando la tesis sustentada por Luhmann (1985: 2; 1987c: 318), que en ese punto siguen Maturana y Varela (1980: 94; Maturana, 1982: 301) de la imposibilidad de la autopoiesis parcial.

[9] Luhmann 1: 64.

[10] Luhmann 1: 64.

[11] Luhmann 1: 64.

[12] Luhmann, 1987a: 64.

[13] Luhmann, 1987a: 63.

[14] Luhmann, 1987a: 64s.

[15] Luhmann, 1987a: 60.

[16] Para Varela (1983), el «ruido» («bruit» -«ensamblado por clausura» por oposición a «ensamblado por input») actúa como forma típica de actuación del medio ambiente en relación a los sistemas autónomos.

[17] Luhmann, 1987a: 602.

[18] «El fundamento es siempre algo sin forma» (Luhmann, 1987a: 602).

en el sentido, especialmente de los sistemas sociales, se aleja aun más claramente de la clásica oposición teórica entre sistemas cerrados y abiertos[19]. El concepto de sistemas cerrados gana, «en comparación con la teoría de los sistemas, un nuevo sentido. Este no designa más sistemas que existen (casi) sin medio ambiente y, que por tanto, pueden determinarse (casi) integralmente a sí mismos»[20]. En ese sentido, se afirma: «La clausura no significa falta de medio ambiente, o falta de determinación integral por sí mismo»[21]. Se trata de la autonomía del sistema, no de su autarquía[22].

La clausura operativa «por el contrario, es condición de posibilidad para la apertura. Toda apertura se basa en una clausura»[23]. La combinación de cierre y de apertura puede ser tratada bajo dos perspectivas: (1) ya sea que un sistema constructor y construido a partir del sentido ejerza o «controle las propias posibilidades de negativa con ocasión de la producción de los propios elementos» (cierre); ese control depende de las **condiciones** de elección entre el **sí** y el **no** del respectivo código sistémico (apertura)[24]; (2) o bien que el control de las posibilidades de negativa (clausura) proporciona una relación selectiva continua y estable (o, al menos, menos inestable) del sistema con su medio ambiente (apertura adecuada).

El concepto de autopoiesis será definido más enfáticamente por Luhmann, bajo la influencia de Maturana y de Varela, como autorreferencia de los elementos sistémicos: «Un sistema puede ser designado como autorreferencial, si él mismo constituye los elementos de los que se compone como unidades funcionales...»[25]. Aquí se trata en primer lugar de la reproducción unitaria de los elementos constructores del sistema y, simultáneamente, de la reproducción por elementos constituidos[26], no de la autoorganización o de la manutención estructural del sistema[27]. En ese sentido, las unidades del sistema se presentan, en primer lugar, como unidades de los elementos básicos de los que se compone y de los procesos en los cuales esos elementos se reúnen operativamente[28]. Desde esa perspectiva, se afirma «que un sistema autopoiético constituye los elementos de que se compone a través de los que se compone y, de esa manera, marca fronteras que no existen en la complejidad infraestructural del medio ambiente del sistema»[29].

---

[19] En ese sentido, ver Bertalanffy, 1957: 10ss. En contraposición, cf. Luhmann, 1987a: 63s.

[20] Luhmann, 1987a: 602.

[21] Luhmann, 1983b: 133.

[22] Luhmann, 1983a: 69; Teubner, 1982: 20.

[23] Luhmann, 1987l: 606.

[24] Luhmann, 1987a: 603. Cf. ídem, 1986a: 83.

[25] Luhmann, 1987a: 59.

[26] «Elementos justos elementos apenas para los sistemas que los utilizan como unidades, y solo justamente a través de esos sistemas» (Luhmann, 1987a: 43).

[27] Luhmann, 1983b: 132.

[28] Luhmann, 1983b: 131.

[29] Luhmann, 1983b: 132.

Mas la concepción de la autopoiesis no se limita en Luhmann a la **autorreferencia** elemental o **de base**, que se asienta en la diferencia entre elemento y relación[30]. Esa se presenta como «la forma mínima de autorreferencia»[31], constituyendo uno de los tres momentos de la autopoiesis[32]; los otros son la **reflexividad** y la **reflexión**, que se basan respectivamente en la distinción entre «antes y después» o entre «sistema y medio ambiente»[33]. La reflexibilidad y la reflexión se incluyen en el concepto más comprensivo de mecanismos reflexivos[34].

La **reflexividad** se predica de la referencia de un proceso a sí mismo, o mejor, a procesos sistémicos de las misma especie[35]. De esta forma se presenta la decisión después de tomada la decisión, la normalización después de la normalización, la enseñanza después de la enseñanza etc.[36] Mas, formulado de esa manera, el concepto resulta insuficiente para caracterizar la reflexividad de un sistema autopoiético. Por ello Luhmann intenta definirlo con mayor precisión: «Queremos hablar de la autorreferencia procesal o reflexividad si ese reingreso en el proceso es articulado con los medios del proceso»[37]. De acuerdo con el modelo sistémico-teorético, puede formularse de manera más rigurosa: la reflexividad como mecanismo en el interior de un sistema autopoiético implica que el proceso referente y el proceso referido son estructurados por el mismo código binario y que, junto a esto, criterios y programas del primero reaparecen en parte en el segundo. En consecuencia, no es suficiente indicar, por ejemplo, la normatización de la normatización, pues la normatización religiosa o ética de la normatización jurídica (como tampoco la referencia normativa de un modelo de «Derecho natural» a la emisión de normas jurídico positivas) no representa, en ese sentido estricto, ninguna reflexividad de la producción normativa.

---

[30] Luhmann, 1987a: 600s.

[31] Luhmann, 1987a: 600.

[32] De ahí la explicación de porqué la confusión entre autopoiesis y autorreferencia de la base (f. Luhmann, 1987a: 602) debe ser relativizada y comprendida restrictivamente en el ámbito de los modelos teoréticos-sistémicos de Luhmann.

[33] Luhmann, 1987a: 601s.

[34] Cf. Luhmann, 1984a.

[35] Al respecto ver esp. Luhmann, 1987a: 601 y 610-16. Distinguiendo el concepto lógico de la reflexividad, observa Luhmann (1984a: 109, nota 6): «El designa una relación que cumple el presupuesto de que cada miembro está en relación consigo mismo en la misma relación que está con el otro [...] Nosotros no nos atenemos a esa definición, porque la identidad exacta de relación reflexiva obstruiría justamente el argumento al que queremos llegar: el aumento de eficiencia por medio de la reflexividad. Aquí, por eso, un mecanismo debe ser considerado entonces como reflexivo, si él tiene a la vista un objetivo que es un mecanismo de su misma especie, es, por tanto, conforme a la especie, se refiere a sí mismo».

[36] Luhmann, 1984a: 94-99.

[37] Luhmann, 1987a: 611. De acuerdo con Luhmann (ibid., nota 31), faltaba esa distinción en su anterior contribución para ese tema, publicada por primera vez en 1968 (1984a).

En la **reflexión**, que presupone autorreferencia básica y reflexibilidad, es el propio sistema como un todo el que ofrece la operación autorreferencial, no los elementos o los procesos sistémicos[38].

En cuanto «teoría del sistema en el sistema»[39], implica la elaboración conceptual de la «identidad del sistema en oposición a su medio ambiente»[40]. Se trata, entonces, de «una forma concentrada de autorreferencia»[41], que posibilita la problematización de la propia identidad del sistema[42].

Mientras en Luhmann, la autopoiesis es concebida en tres momentos interdependientes (autorreferencia elemental, reflexibilidad y reflexión). Teubner propuso un concepto más comprensivo; definiéndola como «enlace hipercíclico» de los elementos, procesos, estructura e identidad[43]. Con todo, nos parece que el modelo luhmanniano de autopoiesis no contradice la noción de «enlace hipercíclico», incluyendo también el momento estructural. Luhmann no redujo la reproducción autopoiética a la autorreferencia de los elementos, pero apenas consideró que esa es la forma mínima de autopoiesis. Y lo que va a caracterizar exactamente a la concepción de los sistemas autopoiéticos es que la parte de los aspectos operativos no se refiere en primer lugar a la dimensión estructural (autonomía).

En relación con los sistemas sociales, en cuanto que se constituyen a partir de una conexión unitaria (autorreferencial) de comunicaciones[44], la sociedad es el sistema más comprensivo. Las unidades elementales de la sociedad, las comunicaciones[45], que ésta constituye a través de la síntesis de información, mensaje, y comprensión[46], sólo están presentes en el interior de la misma, no en su medio ambiente, de tal manera que ella puede ser caracterizada como un sistema «real-necesariamente cerrado»[47]. Aunque la reproducción de las comunicaciones se realiza dentro de la sociedad (cierre

---

[38] Cf. Luhmann, 1987a: 601, 1981c: 423.

[39] Luhmann, 1981c: 422 y 446.

[40] Luhmann, 1987a: 620.

[41] Luhmann, 1981c: 423.

[42] Luhmann, 1982: 59.

[43] Teubner, 1987a: 106ss., 1989: 36-60. Cf. también **ídem**, 1987b.

[44] Luhmann, 1987a,92. Según Luhmann (1987a: 43s.), los sistemas sociales, unidades autopoiéticas de comunicaciones, emergen de «arriba», es decir, se constituyen al establecer, en otro plano, una nueva diferencia entre sistema y medio. Por consiguiente, no resulta de la acumulación de elementos infraestructurales, tales como la conciencia, seres humanos etc. Al contrario, en la distinción de Maturana y Varela (1980: 107-11, 1987: 196ss) entre autopoiesis de primer, segundo y tercer orden, los seres vivos se presentan como componentes de los sistemas sociales (emergen de «abajo». Cf. también Teubner, 1989: 40s. Vale advertir que el concepto de sociedad (género) de Maturana y Varela, primariamente biológico, es más comprensivo que el de sociedad humana (especie); cf. ídem, 1980: XXIV-XXX, 1987: 196ss.

[45] Luhmann, 1987a: 192s.

[46] Luhmann, 1983b: 137. Ver también ídem, 1987a: 193ss.

[47] Luhmann, 1987a: 60s.

autorreferencial), existen imprescindiblemente comunicaciones hacia su medio psíquico, orgánico y químico-físico (apertura)[48].

El carácter autopoiético de los subsistemas de la sociedad no puede, sin embargo, ser esclarecido del mismo modo: la comunicación es la unidad elemental de todos los sistemas sociales; en el medio de todos los subsistemas de la sociedad hay comunicación; para esos sistemas parciales, se desenvuelven no sólo comunicaciones **sobre** su medio, sino también comunicaciones **con** su medio[49]. Sólo cuando un sistema social dispone de un específico código-diferencia binario tal sistema puede ser caracterizado como autorreferencialmente cerrado (-> abierto al medio)[50]. Por medio del código sistémico propio, estructurado binariamente entre un valor negativo y un valor positivo específico, las unidades elementales del sistema son reproducidas internamente y distinguidas claramente de las comunicaciones exteriores[51].

2. Derecho como Sistema Autopoiético.

Por consiguiente, la diferencia del Derecho en la sociedad moderna puede ser interpretada como control del código-diferencia «lícito/ilícito» por un sistema funcional especializado en esto[52]. De acuerdo con el modelo luhmanniano, esa nueva posición del Derecho presupone la superación de la sociedad pre-moderna, diferenciada verticalmente, o sea conforme al principio de diferenciación. En la medida en que el principio de estratificación se basaba en una distinción entre «arriba» y «abajo», el sistema supremo, el orden político de la capa social más alta, apenas se constituía autorreferencialmente[53]. El Derecho permanecía «sobredeterminado» por la política y por las representaciones morales estáticas, político-legitimadoras, no disponiendo en exclusiva de un código-diferencia específico entre un **sí** y un **no**. La positivación del Derecho en la sociedad moderna implica el control del código-diferencia «lícito/ilícito» **exclusivamente** por el sistema jurídico, que adquiere de esa manera su clausura operativa[54].

En ese sentido, la positivación es concebida como auto-determinación operativa del Derecho[55]. Así como sucedía en relación con los otros sistemas

[48] Luhmann, 1983b: 137.

[49] Luhmann, 1983b: 137s.

[50] Cf. Luhmann, 1983b: 134, 1987a: 603, 1986a: 83, 1986b: 171s.

[51] Sobre el código binario en general, ver Luhmann, 1985a: 75ss.

[52] Luhmann, 1986b: 171. Cf., en relación a los sistemas sociales en general, ídem, 1986a: 85s.

[53] Luhmann, 1981b: 159s., 1987b: 168ss.

[54] Luhmann, 1986a: 125s. Específicamente sobre el código binario del sistema jurídico, ver de forma comprensiva ídem, 1986b, 1988a: 34, 48ss, 56).

[55] Cf. Luhmann, 1988b, 1983b, 1985, 1981c.

sociales diferenciados, no se trata aquí de autarquía, (cuasi) privación del medio. Es el hecho de disponer en exclusiva del código-diferencia «lícito/ilícito» lo que conduce a la clausura operativa, la elección entre lícito e ilícito está condicionada por el entorno. Por otro lado, la autodeterminación del Derecho se fundamenta en la distinción entre expectativas normativas y cognoscitivas[56], que sólo se vuelve clara a partir de la codificación binaria de forma exclusiva por el sistema jurídico de la diferencia entre lícito e ilícito. Basándose en la distinción entre lo normativo y lo cognoscitivo, la clausura operativa del sistema es asegurado y simultáneamente compatibilizado con su apertura al medio. Al respecto escribe Luhmann: «Los sistemas jurídicos utilizan esa diferencia para combinar la clausura de la autoproducción recursiva y la apertura de su referencia al medio. En otras palabras, el Derecho constituye, un sistema **normativamente** cerrado, si bien **cognoscitivamente abierto**. [...]. La cualidad normativa sirve a la autopoiesis del sistema, a su autocontinuación diferenciada del medio. La cualidad cognoscitiva sirve para que ese proceso concuerde con el medio del sistema»[57]. De ahí que resulte una conexión entre concepto e intereses en la reproducción del Derecho positivo. Al mismo tiempo en que el sistema jurídico factorializa la autorreferencia por medio de conceptos, construye su heterorreferencia a través de la asimilación de intereses[58].

En ese contexto, el sistema jurídico puede asimilar, de acuerdo con sus propios criterios, a los **agentes** del medio ambiente, sin ser directamente influido por esos agentes. La vigencia jurídica de las expectativas normativas no es inmediatamente determinada inmediatamente por intereses económicos, criterios políticos, representaciones éticas, ni tampoco por proposiciones científicas[59]; depende de los procesos selectivos de filtración conceptual en el interior del sistema jurídico[60]. La capacidad de reciclaje (dimensión cognoscitiva abierta) del Derecho positivo posibilita que él se altere para adaptarse a un medio complejo y «veloz». La clausura normativa

---

[56] Luhmann, 1983b: 138ss.

[57] Luhmann, 1983b: 139b: 139. Cf. también ídem, 1984b: 110ss.

[58] Luhmann, 1990b: 10.

[59] En relación concretamente con el conocimiento científico, afirma Luhmann 81985: 17) en consonancia con ese: «Sería, sin embargo, seguramente fatal para el sistema jurídico- y sobre todo políticamente fatal-, si pudiese ser transformado a través de una sustitución de elementos teóricos centrales o mediante un cambio de paradigma». Cf. también ídem, 1990a: 593s. y 663s. En contrapartida, según la singular perspectiva de C. Souto y S. Souto, puede definirse el Derecho, en parte, conforme a los criterios de conocimiento científico (cf. C. Souto y S. Souto, 1981: esp. 101 y 106-113; Souto 1992: 43-45, 1984: 82-84 y 91s., 1978: 85-117).

[60] «Desenvolvimientos externos» -enfatiza Teubner (1982: 21)- «no son, ni por un lado, ignorados, ni tampoco, por otro lado convertidos directamente, conforme al sistema «estímulo respuesta», en efectos internos. En ese sentido, advierte el mismo autor: «La autonomía del Derecho se refiere a la circularidad de su autorreproducción y no a su independencia causal del medio» (1989: 47).

impide la confusión entre sistema jurídico y su medio ambiente, exige la «digitalización» interna de informaciones provenientes del medio. La individualización del Derecho en la sociedad no es otra cosa que el resultado de la mediación de esas dos orientaciones[61]. La alteración del Derecho está, de ese modo, fortificada, no impedida -como se afirmaría en relación a un cierre indiferente al medio-; pero ocurre conforme a los criterios internos y específicos de un sistema capaz de reciclarse, sensible a su medio[62].

Desde esa perspectiva, el cierre autorreferencial, la normatividad para el sistema jurídico, no constituye para el sistema un fin en sí mismo, antes es más bien condición de apertura[63]. La radicalización de la tesis de la clausura como falta de medio desconoce el problema central de la capacidad de conexión (en contraposición a la simple repetición) entre acontecimientos elementales[64]. Sólo sobre las condiciones de apertura cognoscitiva cara al medio (capacidad de reciclaje), el sistema jurídico puede tomar medidas para solucionar la paradoja en relación con la autorreferencia, posibilitando la capacidad de conexión[65]. La clausura cognoscitiva del sistema jurídico daría lugar a una paradoja insuperable de autopoiesis, no permitiría, por lo tanto, la interrupción de la interdependencia de los componentes internos a través de la referencia al entorno[66].

Por otro lado, sin embargo, la interrupción de la clausura normativa a través de la puesta en duda del código-diferencia «lícito/ilícito» afectaría a la autonomía del sistema jurídico, llevando a paradojas heteronomizantes: «Si un sistema emplea una diferencia-guía como código de la totalidad de sus operaciones, esa autoimplicación del código al propio código debe ser excluida. La autorreferencia sólo es admitida dentro del código y aquí opera como negación. [...] La **autonomía** del sistema no es, entonces, nada más que operar conforme al propio código; es precisamente por esto por lo que se resuelve la paradoja de la autorreferencia»[67]. De acuerdo con la concepción de Luhmann, la «autoaplicación del código al código» no implica sólo efectos heteronomizantes, sino más bien inmovilidad del sistema jurídico, en la medida en que la capacidad de conexión de reproducción autopoiética es, de esa manera, bloqueada.

Especialmente en ese punto emergen las divergencias entre la teoría luhmanniana de la posibilidad y las nuevas concepciones axiológicas del Derecho[68]. Dado que a la positivación del Derecho es inherente no sólo la supresión

---

[61]

[62] Cf. Luhmann, 1983b: 136.

[63] Luhmann, 1987a: 606.

[64] Luhmann, 1987a: 62.

[65] Cf. Luhmann, 1987a: 59.

[66] Cf. Luhmann, 1987a: 65.

[67] Luhmann, 1985: 6. En relación con los sistemas sociales en general, cf. también ídem 1986a: 76s. e 80s.

[68] Ver sobre todo Luhmann, 1981d, 1988b; y, al respecto, de forma crítica, Dreider, 1981. Cf. también como críticos del modelo luhmaniano Alexy, 1983: 161-65; Günther, 1988: 318-34; defendiéndolo, Kasprzik, 1985.

de la determinación inmediata del Derecho por los intereses, voluntades y criterios políticos de los «dueños del poder» sino también, la neutralización moral del sistema jurídico, para Luhmann se vuelve irrelevante una teoría de la justicia como criterio exterior o superior al sistema jurídico: «Todos los valores que circulan en el discurso general de la sociedad son o posteriores a la diferenciación de un sistema jurídico, o jurídicamente irrelevantes, o valor propio del Derecho»[69]. Por lo tanto, la justicia sólo puede ser considerada consecuentemente a partir del interior del sistema jurídico, sea como adecuada complejidad (justicia-externa) o como consistencia de las decisiones (justicia interna)[70]. Se trata, en otras palabras, por un lado (externamente) de la apertura cognoscitiva conforme al medio; por otro lado (internamente), de la capacidad de conexión de la reproducción normativa autopoiética. Sin embargo. la positivación no se limita a la desarticulación de los problemas de fundamentación en el sentido de ética del discurso habermasiana[71], sino que significa la eliminación de la problemática de la fundamentación. El hecho de que el Derecho satisfaga su función en presencia de un medio hipercomplejo, inundado de las más diversas expectativas normativas, exige, según Luhmann, un descargo más radical con respecto a la fundamentación ética, sea material o argumentativo-procedimental[72]. La relevancia eventual de las ponderaciones referentes a valores presuntamente universales tendría como consecuencia la inmovilidad del sistema jurídico, el bloqueo de su tarea selectiva, y por tanto, efectos disfuncionales. En suma: en los términos de la concepción luhmanniana (la positivación del Derecho, esto es, la clausura normativa y la apertura cognoscitiva

[69] Luhmann, 1988b: 27. De ahí que Kasprzik (1985: 368ss.) designe al enfoque de Luhmann de «desfundamentalización». Ha de observarse que la vigencia del código «lícito/ilícito», diferencia-guía de la reproducción autopoiética del Derecho conforme Luhmann, es también independiente de una «norma fundamental» (Kelsen) o de una «norma de reconocimiento» (Hart). Cf. Luhmann, 1983b: 140s.; Günther, 1988: 328.

[70] Luhmann, 1988b: 26s. Cf. también ídem, 1981d: 388ss.

[71] «La función propia de la positivización consiste en desarticular problemas de fundamentación, por tanto, en descargar la aplicación técnica del Derecho, sobre amplios espacios, de problemas de fundamentación, mas no en eliminar la problemática de la fundamentación» (Habermas, 1982: 359). Más tarde, la oposición a la concepción Luhmanniana de la positivación como autonomía sistémica va a ser expresada con más vigor: «Un sistema jurídico no adquiere autonomía enteramente solo. Él es autónomo sólo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la legislación y la jurisdicción garanticen la formación imparcial del juicio y la voluntad, y, por ese camino, posibilitan que la racionalidad ético-procedimental sea igualmente introducida en el Derecho y en la política» (Habermas, 1987: 16).

[72] Según Habermas (1981d: 389, nota 33), «...formas discursivo-racionales de esclarecimiento de las posiciones valorativas admitidas o inadmitidas quedan actualmente enclavadas en el dominio del mero vivenciar. El presupuesto central de la filosofía práctica según el cual al argumentarse sobre lo que actualmente se designan los valores podría comprenderse mejor el actuar no es más defendible en las condiciones actuales de un mundo mucho más rico en posibilidades».

del Derecho moderno), el problema de la justicia es reorientado hacia la cuestión de la **complejidad** apropiada del sistema jurídico y de la **consistencia** de sus decisiones.

3. La Alopoiesis del Derecho.

El modelo luhmaniano del **Derecho moderno** (positivo) **como sistema autopoiético** es, desde una perspectiva empírica, **susceptible de restricciones**. La determinación alopoiética del Derecho prevalece en la mayor parte de la sociedad moderna (mundial)[73]. Cabe hacer unas aclaraciones iniciales.

Cuando se contrapone a la autopoiesis la alopoiesis, no se trata de una discusión sobre la superación lógica de la paradoja de la autorreferencia[74]. En ese sentido se orienta el debate entre Hart y Ross sobre la posibilidad lógica de la autorreferencia en el Derecho[75]. De un lado, Hart hacía objeciones a la respuesta de Kelsen al argumento de que la serie infinita de sanciones en la relación entre normas sancionadoras y sancionadas estaría en contradicción con la noción de Derecho como orden coactivo[76]; por otro lado, contestaba a la tesis, sustentada por Ross, de que la reforma constitucional de las normas constitucionales referentes a la reforma de la Constitución configuraría «un absurdo lógico»[77]. Hart presentaba el argumento concluyente de que el Derecho no constituye un sistema de proposiciones en el sentido lógico y, por consiguiente, admite la autorreferencia[78].

En los términos de la concepción sistémico-teorética de la autopoiesis, la autorreferencia pertenece a la realidad del Derecho como sistema social, no siendo tratada como un problema lógico. El concepto de autorreferencia es «apartado de su clásico puesto en la conciencia humana o en el sujeto y transportada hacia el dominio de los objetos, a saber, hacia los sistemas reales como objeto de la ciencia»[79]. De ahí resulta «una cierta distancia en relación a las dificultades puramente lógicas de la autorreferencia»[80]. En ese contexto, no es tanto el pensamiento sobre el Derecho lo considerado como autorreferencialmente constituido, sino el propio Derecho[81].

La autorreferencia autopoiética no es, entonces, un problema que deba ser superado, sino una condición imprescindible para las unidades operativas y estructurales del sistema jurídico.

---

[73] Al respecto, ver Neves, 1992.

[74] Cf. Teubner, 1989: 14s.

[75] Hart, 1983; Ross, 1959: 80-84, 1969.

[76] Cf. Hart, 1983: 177s.

[77] Ross, 1959: 80ss., 1969: esp. 4s, 20s. Y 23s.; Cf. Hart, 1983: 175ss.

[78] Cf. Hart, 1983: 177s.

[79] Luhmann, 1987a: 58.

[80] Luhmann, 1987l: 58.

[81] Teubner, 1989: 18.

Tampoco partimos aquí de una distinción radical entre sistemas autorreferentes y alorreferentes en el sentido de la concepción biológica de Maturana, conforme a la cual se distinguen los sistemas que sólo pueden ser caracterizados mediante referencia a sí mismos y los sistemas que pueden ser caracterizados con referencia a un contexto[82].

En el caso de los sistemas sociales, la autopoiesis operativa es combinada con la referencia cognoscitiva al medio. La heterorreferencia informativa es presupuesto de la autorreferencia operativa y viceversa. En el sistema jurídico, eso significa, como observamos en el punto anterior, la conexión entre clausura normativa y apertura cognoscitiva. El Derecho, en cuanto sistema autopoiético es, al mismo tiempo, normativamente simétrico y cognoscitivamente asimétrico[83]. Sólo cuando hay una asimetrización externa al nivel de la orientación normativa, surge el problema de la alopoiesis como negación de la autorreferencia operativa del Derecho. Derivado etimológicamente del griego **alo** («otro», «diferente») + **poiesis** («producción», «creación»), la palabra designa la (re) producción del sistema por criterios, programas y códigos de su medio. El respectivo sistema es determinado, entonces, por prescripciones directas del mundo exterior perdiendo en significado la propia diferencia entre sistema y medio ambiente. Por otro lado, el bloqueo alopoiético del sistema es incompatible con la capacidad de reciclaje (apertura cognoscitiva) y, por consiguiente, con la propia noción de referencia al medio ambiente como interrupción de la interdependencia de los componentes sistémicos.

La crítica a la noción luhmanniana de la autopoiesis del sistema jurídico se desenvuelve sobre todo entre los autores vinculados a la concepción posmodernista del Derecho[84]. En Ladeur, se argumenta en el sentido de pluralidad del discurso jurídico, criticándose el concepto de Derecho como generalización congruente de las expectativas normativas, porque tal concepto estaría asociado a una concepción instrumental del lenguaje como «sistema de signos»[85] y, por tanto, no tomaría en consideración la heterogeneidad y la discontinuidad histórica de los «juegos del lenguaje»[86]. De eso resulta que no se habla de consenso (supuesto), sino de compatibilización del disenso[87]. La autopoiesis es flexibilizada, en la medida en que el plano de la virtualización de la estructura y de la función[88] posibilita el entrecruzamiento de los diversos sistemas sociales, lo que exige «una cultura jurídica

---

[82] Maturana, in: Maturana y Varela, 1980: XIII.

[83] Luhmann, 1984b: 111. En relación a los sistemas sociales en general, cf. ídem, 1987a: 65.

[84] Cf. Teubner, 1982, 1987a, 1987b, 1988, 1989; ídem y Willke, 1984; Ladeur, 1983, 1984: esp. 153ss. Y 222ss., 1985, 1986, 1990, 1991, 1992: esp. 80ss. Al respecto, ver también Neves, 1992: 41-44.

[85] Ladeur, 1985: 415 y 417s. nota 131. Cediendo en esa crítica, cf. ídem, 1992: 127s.

[86] Ladeur, 1986: 268, nota 8.

[87] Ladeur, 1986: 273.

[88] Cf. Ladeur, 1985: 414.

de la inseguridad»[89]. Ladeur defiende la pluralidad en vez de la unidad del Derecho[90], así como el carácter constitutivo del **desorden** para la ponderación (**Abwägung**) como paradigma jurídico[91], pero mantiene el concepto de autopoiesis. Esta es interpretada, por lo que se refiere a su situación a partir de la «creciente heterogeneidad y diferenciación de las arenas del actuar social y administrativo»[92], exigiendo la aplicación situacional-tópica del Derecho (ponderación)[93]; no es negada: la reproducción autopoiética se realizaría en los términos de una «lógica local» para la dogmática[94]. Apenas habría una pluralidad de la autopoiesis.

El modelo posmodernista propuesto por Teubner y Willke apunta en otra dirección. En la tentativa de compatibilizar la teoría de los sistemas de Luhmann con la teoría del discurso de Habermas, se presenta la noción de «Derecho reflexivo». Este surgiría como una reacción a la diferenciación funcional de la sociedad (Luhmann) y como «Constitución exterior» para la auto-reflexión en los otros sistemas sociales (Habermas)[95]. El «Derecho reflexivo» es concebido, entonces, como una síntesis superadora de los límites del Derecho formalmente racional y de la racionalidad jurídica material[96]. En el primer caso, habría una insensibilidad en relación con el contexto social; el Derecho materialmente racional, por su parte, no respondería a la autonomía del sistema jurídico. El Derecho reflexivo regularía el contexto social **autónomo**, respetando la dinámica propia de los otros subsistemas sociales, si bien imponiéndoles restricciones posibilitadoras de la combinación de todas las partes; restricciones que funcionarían para cada sistema parte como «reglas del contexto»[97]. A diferencia del modelo de Luhmann, esa construcción presupone que los subsistemas sociales apenas se encuentran en relación de observación recíproca admitiendo también interferencias intersistémicas[98].

No se niega, sin embargo, la autopoiesis de los sistemas jurídicos; al contrario, se afirma la doble autopoiesis del Derecho y de los demás subsistemas de la sociedad[99].

---

[89] Ladeur, 1985: 423. Al respecto, ver más recientemente ídem, 1990, 1991, 1992.

[90] Ladeur, 1983: esp. 479ss., 1984.

[91] Ladeur, 1983: 478. Como aplicación de esa concepción teórica hay una cuestión constitucional concreta, ver **ídem**, 1987; y, en sentido contrario, Blanke, 1987.

[92] Ladeur, 1986: 273.

[93] Ladeur, 1983: 472. Cf. también **ídem**, 1984: esp. 205ss.

[94] Ladeur, 1985: 426.

[95] Teubner e Willke, 1984: 24-30; Teubner, 1982: 44-51. Al respecto, ver en diversas perspectivas, las críticas de Luhmann, 1985; Nahamowitz, 1985, Münch, 1985.

[96] Cf. Teubner y Willke, 1984, 19ss.; Teubner, 1982: 23ss.

[97] Teubner y Willke, 1984: 7.

[98] Teubner, 1988: 52ss., 1989: 96ss.

[99] Cf. Teubner, 1988: 46ss., 1989: 88ss.

En el desenvolvimiento de su concepción jurídica pluralista y postmoderna, Teubner va a distinguir entre Derecho autopoiético, Derecho parcialmente autónomo y Derecho socialmente difuso[100]. Se parte de la concepción de que el sistema jurídico autopoiético se constituye a partir del entrelazamiento entre los componentes sistémicos, a saber, el procedimiento jurídico (proceso), acto jurídico (elemento), norma jurídica (estructura) y dogmática jurídica (identidad). En el caso del Derecho parcialmente autónomo, nos encontraríamos con la constitución autorreferencial de los respectivos componentes sistémicos, no surgiendo, sin embargo, el enlace hipercíclico entre ellos. O sea, habría (re)producción autorreferencial de los actos jurídicos entre sí, de las normas entre sí, de los procedimientos entre sí, de los argumentos y proposiciones dogmáticas entre sí, pero esos diversos componentes sistémicos no se entrelazarían en un hiperciclo autopoiético. Por último, tendríamos el Derecho socialmente difuso en el cual los componentes sistémicos son producidos sin diferenciación jurídica, o sea, simplemente como conflicto (proceso), acción (elemento), norma social (estructura) e imagen del mundo (identidad). Al distinguir esos tres tipos de constitución y de (re)producción de los componentes del sistema jurídico, Teubner presenta la siguiente aporía: tratandose del mismo ámbito de vigencia, ¿cómo se resuelven los conflictos entre los tres diversos tipos sistémicos de Derecho? Este autor responde con el concepto de Derecho intersistémico de colisión[101], inclusive para «el conflicto entre orden jurídico estatal y **órdenes sociales plurales cuasi-jurídicos**»[102]. La cuestión, con todo, permanece: ¿el Derecho intersistémico de colisión constituye un sistema autopoiético, un orden jurídico parcialmente autónomo o un Derecho socialmente difuso? Si fuera el caso de una de esas dos últimas formas, no existiría, en rigor, Derecho autopoiético; si, por el contrario, fuera caracterizado como Derecho autopoiético, no habría exactamente Derecho parcialmente autónomo o socialmente difuso.

Cuando hablamos del Derecho alopoiético, nos referimos al propio Derecho estatal, territorialmente delimitado. Procuramos observar que no se desenvuelve, en determinado ámbito de vigencia espacial delimitado de forma fija, la diferenciación funcional suficiente de una esfera de la actuación y de la vivencia jurídica. Es decir, de ninguna manera se construye un sistema autorreferencial apto para orientar, de manera congruentemente generalizada en el dominio de la respectiva sociedad, las expectativas normativas y para dirigir las razones en la interferencia intersubjetiva. No se trata, pues, del modelo tradicional de pluralismo jurídico, en el cual se distinguiría el Derecho «oficial» autónomo(?) de las esferas jurídicas construidas informalmente

[100] Cf. Teubner, 1989: 49ss., especialmente el sugerente cuadro de la pág. 50; ídem, 1987a: 106ss. (el mismo cuadro en la pág. 108), 1987b: 432ss.

[101] Teubner, 1989: 123ss.

[102] Teubner, 1989: 135-38.

y de modo difuso. En primer lugar, tal distinción nos conduce a la referida aporía insuperable en cuanto a los sistemas de solución de los conflictos intersistémicos, pues la prevalencia de uno de los modelos jurídicos implica la absorción del otro. Por otro lado, la concepción pluralista postmoderna, de origen europeo, procura apuntar hacia la relación de mecanismos extra-estatales «cuasi-jurídicos» como un Derecho estatal operativamente autónomo. Nuestra posición es algo más radical, la propia falta de autonomía operativa del Derecho positivo estatal. Eso significa la sobre posición de otros códigos de comunicación, especialmente del económico (tener/no tener) y del político (poder/no poder), sobre el código «lícito/ilícito», en detrimento de la eficiencia, funcionalidad y de la misma racionalidad del Derecho.

Al afirmarse el intrincamiento de los códigos y criterios de preferencia de las diversas esferas de la vida social (economía, poder etc.), como el código-diferencia y los criterios del Derecho, no se desconoce que siempre hay un condicionamiento de todo y de cualquier sistema autopoiético por su medio, y que ese constituye el presupuesto de la conexión autorreferencial de los componentes intra-sistémicos. Pero, en ese caso, existe la «conmutación» o «digitalización» de los factores externos por el código y el criterio del respectivo sistema. Es en la capacidad de «relectura» propia de los agentes medio-ambientales cuando el sistema se afirma como autopoiético. En la medida en que, al contrario, los agentes del sistema jurídico estatal ponen de lado el código-diferencia «lícito/ilícito» y los respectivos programas y criterios, conduciéndose u orientándose principal y frecuentemente basándose en prescripciones directas de la economía, del poder, de las relaciones familiares etc., cabe, sin duda, sostener la existencia de la alopoiesis del Derecho.

No se trata aquí de bloqueos eventuales de la reproducción autopoiética del Derecho positivo, superados a través de mecanismos inmunizatorios complementarios del propio sistema jurídico. El problema implica el compromiso generalizado de la autonomía operativa del Derecho. Se diluyen incluso las propias fronteras entre sistema jurídico y medio ambiente, inclusive en lo que se refiere a un pretendido Derecho extra-estatal socialmente difuso.

La alopoiesis afecta a la autorreferencia de base o elemental (legalidad), a la reflexividad (constitucionalidad) y a la reflexión (-> legitimación) como momentos constitutivos de la reproducción operativamente cerrada del sistema jurídico. Alcanza también a la heterorreferencia, o sea, a la función y a las prestaciones del Derecho[103]. Conforme al modelo de Teubner, la alopoiesis implica, en primer lugar, la no constitución o el bloqueo generalizado

[103] Para un análisis pormenorizado de los problemas de autor-referencia y heterorreferencia en situaciones de alopoiesis del Derecho, ver, como apoyo empírico en el caso brasileño Neves, 1992: 147ss.

del entrelazamiento hipercíclico de los componentes sistémicos (acto, norma, procedimiento y dogmática jurídica). Mas puede significar algo más: la no constitución autorreferencial de cada especie de componentes sistémicos. En ese caso, las fronteras entre sistema jurídico y medio social no sólo se debilitan, sino que desaparecen.

Comprendida de esta forma, la alopoiesis del Derecho, en cuanto problema típico de los «Estados periféricos»[104], no se puede aplicar al modelo del postmodernismo jurídico, que, negando la unidad del Derecho como **cadena** de comunicaciones operativamente diferenciada, sostiene que el sistema jurídico se construye de forma plural como una **red** de comunicaciones, importando **inseguridad e inestabilidad constructivas** (autopoiesis pluralista)[105]. La determinación predominantemente alopoiética de las estructuras (normas), elementos (acciones), procesos (conflictos) e identidades (imagen del mundo) del Derecho implica, en la sociedad hipercompleja de hoy en día, **la inseguridad destructiva** en relación con la práctica de solución de conflictos y a la orientación de las expectativas normativas. De esta forma se imposibilita, como sucede en el caso brasileño, la generalización incluyente del código «lícito/ilícito» y se promueve la interferencia directa (no codificada), particularista y bloqueante de los más diversos factores sociales en la reproducción del Derecho, sobre todo la prescripción heteronomizante de los intereses económicos y políticos concretos.

(Trad. de Victoria Roca)

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert (1983). Theorie der Juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

BAECKER, Dirk er al. (org.) (1987). Theorie als Passion: Niklas Luhmann zum 60. Geburtstag, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

BERTALANFFY, Ludwig von (1957): «Allgemeine Systemtheorie: Wege zu einer neuen mathesis universalis», en: Deutsche Universitätszeitung, nº 5/6 (Bonn: Deusche Universitäts-zeitung), pp. 8-12.

BLANKE, Thomas (1987). «Kritik der systemfunktionalen Interpretation der Demostrations-freiheit», en: Kritische Justiz 20 (Baden-Baden: Nomos), pp. 157-165.

BÜHL, Walter L. (1989). «Grenzen der Autopoiesis», en: Kölner Zeitschrift für Sozialpsychologie 39 (Opladen: Westdeutscher Verlag), pp. 225-253.

DREIER, Ralf (1981). «Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems», en: R. Dreier, Recht-Moral-Ideologie: Studien zur Rechtstheorie, Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 270-285.

[104] En ese sentido, v. Neves, 1992.

[105] Cf. Ladeur, 1985, 1990, 1991, 1992.

GÜNTHER, Klaus (1988). Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HABERMAS, Jürgen (1982). Theorie des Kommunikativen Handelns, vol. 1, 2ª ed., Frankfurt a. M.: Suhrkamp.

HABERMAS, Jürgen (1987). «Wie is Legitimität durch Legalität Möglich?», en: Kritische Justiz 20 (Baden-Baden: Nomos), pp. 1-16.

HABERMAS, Jürgen (1988a). Nachmetaphysisches Denken: Philosophische Aufsätze, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HABERMAS, Jürgen (1988b). Der philosophische Diskurs der Moderne, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HAFERKAMP, Hans e SCHMID, Michael (org.) (1987). Sinn, Komunikation und soziale Differenzierung: Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Sisteme, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HART, H.L.A. (1983). «Sel-referring Laws», en: ídem Essays in Jurisprudence and Philosophy, Oxford: Clarendon Press, pp. 170-178 (primero en: Festskrift till Karl Olivecrona, Stocolmo, 1964, pp. 307-316).

KASPRIZIK, Brigitta (1985). «Ist die Rechtspositivismusdebatte beendbar? Zur Rechtstheorie Nikklas Luhmanns», en: Rechtstheorie 16 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 367-381.

KELSEN, Hans (1946). General Theory of Law and State, trad. ingl. de Anders Wedberg, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.

LADEUR, Karl-Heinz (1983). «Abwägung'-ein neues Rechtsparadigma? Von der Einheit der Rechtsordnung zur Pluralität der Rechtsdiskurse», en: Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie 69 (Wiesbades: Steiner), pp. 463-483.

LADEUR, Karl-Heinz (1984). «Abwägung»- ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts: von der Einheit der Rechsordnung zum Rechtspluralismus, Frankfurt am Main/New York: Campus.

LADEUR, Karl-Heinz (1985). «Perspektiven einer post-modemen Rechtstheorie: Zur Auseninandersetzung mit N. Luhmanns Konzept der Ëinheit der Rechtssystems'», en: Rechtstheorie 16 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 383-427.

LADEUR, Karl-Heinz (1986). «'Prozedurale Rationalität-Steigerung der Legitimationsfähigkeit oder der Leistungsfähigkeit des Rechtssy-stems?», en: Zeischrift für Rechtssoziologie 7, pp. 265-274.

LADEUR, Karl-Heinz (1987). «Ein Vorschlag zur dogmatischen Neukonstruktion des Grundrechts aus art. 8 GG als Recht auf ördnungsstörung'», en: Kritische Justiz 20 (Baden-Baden: Nomos), pp. 150-157.

LADEUR, Karl-Heinz (1990). «Selbstorganisation sozialer Systeme und Prozeduralisierung des Rechts: Von der Schrankenziehung zur Steuerung von Beziehungsnetzen», en: Dicter Grimm (org.), Wachsende Staatsaufgabe- sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden: Nomos, pp. 187-216.

LADEUR, Karl-Heinz (1991) «Gesetzinterpretatioon, 'Richterrecht? und Konventionsbildung in Kognitivisticher Perspektive-Handeln unter Ungewissheitsbedingungen und richterliches Entscheiden», en: Archiv für Rechts- und Sozialphiloshophie 77 Stuttgart: Steiner, pp. 176-194.

LADEUR, Karl-Heinz (1992). Posmoderne Rechstheorie: Sebstreferenz- Selbstorganisation Prozeduralisierung, Berlin: Duncker & Humblot.

LUHMANN, Niklas (1981a). Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1981b). «Machtkreislauf und Recht in Demokratien», en: Zeitschrift für Rechtssoziologie 2 (Opladen: Westdeutscher Verlag), pp. 158-167.

LUHMANN, Niklas (1981c). «Selbstreflexion des Rechtssystems: Rechtstheorie en gesellschaftstheoretischer Perspektive», en: ídem, 1981a, pp. 419-450 (primero in. Rechtstheorie 10 [1979], pp. 159-185).

LUHMANN, Niklas (1981d). «Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft», en: ídem, 1981a: 374-418 (primero en: Rechtstheorie 4 [1973], pp. 131-167).

LUHMANN, Niklas (1982). Funktion der Religion, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1983a). Legitimation durch Verfahren, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1984a). «Reflexive Mechanismen», in: ídem, Soziologische Auflärung 1: Aufsäfze zur Theorie sozialer Systeme, 5ª ed., Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 92-112 (primero en: Soziale Welt 17 [1966], pp. 1-23).

LUHMANN, Niklas (1984b). The Self-Reproduction of the Law and its Limits», en: Felippe Augusto de Miranda Rosa (org.), Direito e Mudança Social. Rio de Janeiro: OAB-RJ, pp. 107-128.

LUHMANN, Niklas (1985). «Einige Probleme mit 'reflexivem Recht'», en: Zeitschrift für Rechtssoziologie 6 (Opladen: Westdeutscher Verlag), PP. 1- 18.

LUHMANN, Niklas (1986a). «Ökologische Kommunikatio: Kann die moderne Gesellschaft sien auf ökologische Gefährdungen einstellen?», Opladen: Westdeutscher Verlag.

LUHMANN, Niklas (1986b). «Die Codierung des Rechtssystems» en: Rechtstheorie 17 (Berlin: Dunker & Humblot), pp. 171-203.

LUHMANN, Niklas (1987a). Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1987b). Rechtssoziologie, 3ª ed., Opladen: Westdeutscher Verlag.

LUHMANN, Niklas (1987c). «Autopoiesis als soziologischer Begriff», en: H. Haferkamp e M. Schmid (org.), 1987: 307-324.

LUHMANN, Niklas (1988a). Macht, 2ª ed., Stuttgart: Enke.

LUHMANN, Niklas (1988b). «Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts», en: Rechtstheorie 19 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 11-27.

LUHMANN, Niklas (1990a). Die Wirtschaft der Gesellschaft, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

LUHMANN, Niklas (1990b). «Interesse und Interessenjurisprudenz im Spannungsfeld von Gesetzgebung und Rechtsprechung», en: Zeitschrift fur Neuere Rechtsgeschichte 12 (Viena: Manz), pp. 1-13.

MATURANA, Humberto R. (1982). Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit. Ausgewählte Arbeiten zut biologische Epistemologie, trad. alemana de Wolfgang K. Köck, Braunschweig/Wiesbaden: Vieweg.

MATURANA, Humberto R. y Varela, Francisco J. (1980). Autopoiesis and Cognition: The realitation of the Living, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company.

MATURANA, Humberto R. y Varela, Francisco J. (1987). Der Baum der Erkenntnis, trad. alemana de Kurt Ludewig. 3ª ed., Berna/Munique/Viena: Schrez.

NEVES, Marcelo (1992). Verfassungn und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien, Berlin: Duncker & Humblot.

ROSS, Alf (1959). On law and Justice, Berkeley/Los Angeles: University of Califormia Press.

ROSS, Alf (1969). «On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law», en: Mind 78 (Oxford: Blacwell), pp. 1-24.

SOUTO, Claudio (1978). Teoria Sociológica do Direito e Prática Forense, Porto Alegre: Fabris.
SOUTO, Claudio (1984). Allgemeinste wissenschaftliche Grundlagen des Sozialen, Wiesbaden: Steiner.
SOUTO, Claudio (1992). Ciência e Ética no Direito: uma alternativa de modernidade, Porto Alegre: Fabris.
SOUTO, Claudio y SOUTO, Solange (1981). Sociologia do Direito, Rio de Janeiro/Sao Paulo: Livros Técnicos e Científicos Editora/Editora da Universidade de Sao Paulo.
TEUBNER, Günther (1982). «Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive», en: Archiv für Rechtsund Sozialphilosophie 68 (Wiesbaden: Steiner), pp. 13-59.
TEUBNER, Günther (1987a). «Hyperzyklus in Recht und Organisation. Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese», en: H. Haferkamp y M. Schmid (org.), 1987: 89-128.
TEUBNER, Günther (1987b). «Episodenverknüpfung. Zur Steigerung von Selbstreferenz im recht», en: Baecker et al. (org.), 1987: 423-446.
TEUBNER, Günther (1988). «Gesellschaftsordnung durch Gesetzgebungslärm? Autopoietische Geschlossenheit als problem für die Rechtssetzung», en: D. Grimm y W. Maihofer (org.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13), Opladen: Westdeuscher Verlag, pp. 45-64.
TEUBNER, Günther (1989). Recht als autopoietisches System, Frankfurt am Main: Shrkamp.
TEUBNER, Günther y WILLKE, Helmut (1984). «Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht», en: Zeitschrift für Rechtssoziologie 6 (Opladen: Westdeutscher Verlag), pp. 4-35.
VARELA, Francisco (1983). «L'auto-organisation: de l'apparence au mécanisme», en: Paul Dumouchel y Jean-Pierre Dupuy, L'auto-organisation: De la Physique au politique, Paris: Seuil, pp. 147-162.

EL USO DE PRINCIPIOS JURÍDICOS NO ESCRITOS POR LOS TRIBUNALES[1]

1. Introducción

1 Este artículo versa sobre los principios jurídicos que son aceptados por los tribunales como una fuente del Derecho, pero que no han sido impuestos por algo así como una ley o alguna otra fuente formal del Derecho.

No trataré la distinción entre reglas y principios como tal, ni la aplicación de los principios jurídicos que están explícitamente formulados en el Derecho.

Me centraré en los sistemas europeo continentales de Derecho codificado, dejando de lado la específica situación de los sistemas de Common Law.

El punto de partida se sitúa en el hecho evidente de que en las últimas décadas los tribunales de diversos países europeos han comenzado a formular y aplicar «principios generales del Derecho» para colmar lagunas del Derecho[2] e incluso para «corregir» el Derecho legislado.

2. En la mayoría de sistemas jurídicos existe la obligación formal de los jueces de decidir todos los casos incluso cuando el Derecho imperante no dispone de regla aplicable[3].

---

[1] Quiero agradecer a los siguientes colegas la ayuda, comentarios y/o información sobre el papel de los principios generales del Derecho en sus respectivos países: John Bell, Javier de Lucas Martín, Paulo Ferreira da Cunha, Alain Supiot y Ernesto Vidal.

[2] En Bélgica desde la decisión de la *Cour de Cassation (Hof van Cassatie)* del diez de enero de 1950; en Francia desde la decisión Aramu del 26 de octubre de 1945 del *Conseil d'Etat*; en Holanda desde la ley de 20 de junio de 1963 que confería a la Corte Suprema (*Hoge Raad*) el poder de aplicar no sólo las leyes sino más generalmente «el Derecho».

[3] Por ejemplo: en Francia, art. 4 del *Code civil: Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*. En Suiza, art. 1 del *Code civil: La loi régit toutes les matiè auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.*

A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions cansacrées par la doctrine et la jurisprudence.

A veces el legislador da algunas guías o directivas relativas a la manera en que los jueces deberían decidir cuando se enfrentan con una laguna del sistema jurídico. Estas reglas se refieren implícita o explícitamente al uso de principios generales del Derecho no escritos [*unwritten*].

El art. 10, 3º del código civil portugués, por ejemplo, formula al juez la directiva de actuar como un legislador «de acuerdo con el espíritu del sistema jurídico» (*espirito do sistema*). Ello implícitamente se refiere a algunos principios generales del Derecho.

En Italia el art. 12 de las Disposiciones sobre la ley en general establece de forma más explicita: «En la aplicación de la ley no se puede atribuir a la misma otro sentido que el que claramente se sigue del significado propio de las palabras, de las conexiones entre ellas y de la intención del legislador. Si una controversia no puede resolverse usando una precisa disposición, se tomarán en consideración las disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; si a pesar de ello el caso permanece en duda, se decidirá según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado».

En España, el art. 1.1 del Título preliminar del Código civil enumera y jerarquiza las fuentes del Derecho: legislación, costumbre y principios generales del Derecho. En el art. 1.4. se lee «los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico». Este artículo explícitamente alude al papel de los principios generales del Derecho como axiomas (ocultos) del sistema jurídico, con una finalidad (mucho) más amplia que la de simplemente colmar las lagunas del Derecho. El art. 1.7., finalmente, ordena a los jueces decidir todos los casos que se les presenten tomando en cuenta «el sistema de fuentes establecido».

3. Una variable interesante se encuentra en las reglas del Derecho Internacional que no confieren al juez un poder universal para formular principios generales y aplicarlos a un caso concreto, sino que se refieren a los principios comunes a los diferentes sistemas jurídicos nacionales.

Por ejemplo, el art. 215 del Tratado de la Comunidad Económica Europea de 1957 se refiere explícitamente a los «principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros» para determinar la responsabilidad no contractual de la Comunidad respecto de sus funcionarios.

El art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia alude de manera más general a «los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas» como una de las fuentes del Derecho Internacional Público.

De acuerdo con el Derecho escrito, los principios generales del Derecho parecen tener, a primera vista, un alcance mucho más limitado en el Derecho europeo que en el Derecho Internacional Público. En la práctica, sin embargo, ocurre al revés.

Debido a la diversidad de sistemas jurídicos y principios jurídicos existente en el mundo, difícilmente puede esperarse que el Tribunal Internacional de Justicia alcance un consenso sobre un conjunto de principios comunes, y menos aún cuando se es consciente del contexto político internacional y del limitado papel que juega este Tribunal.

Por el contrario, los principios generales del Derecho han llegado a ser mucho más importantes en las decisiones del Tribunal Europeo de Justicia de lo que cabía esperar sobre la base del limitado alcance que les otorgaba el art. 215 del Tratado de la CEE.

Como en los sistemas jurídicos nacionales europeos, el Tribunal Europeo formula y aplica principios generales del Derecho para colmar lagunas del Derecho Comunitario. Dado que estos principios son en parte inducidos de aquellos sistemas jurídicos nacionales, más que de elementos del Derecho escrito de la Comunidad Europea, el uso de los principios jurídicos tiene una dimensión comparativa[4].

4. La mayoría de sistemas jurídicos (nacionales) como, por ejemplo, el francés, el alemán, el holandés o el belga, no cuentan con disposiciones legales que indiquen a los jueces cómo colmar las lagunas del Derecho. Precisamente en estos sistemas jurídicos es en los que el creciente uso de los principios jurídicos no escritos resulta más fascinante.

La aplicación judicial de reglas jurídicas no escritas para colmar lagunas del sistema jurídico ha evolucionado en la práctica hacia la aceptación de todo un conjunto de principios jurídicos no escritos, que son utilizados no sólo para colmar las lagunas del Derecho, sino también para limitar y reducir el alcance de las reglas jurídicas explícitamente formuladas en las leyes.

Esta práctica judicial plantea dos problemas principales. Primera cuestión: ¿dónde encuentran los jueces esos principios jurídicos, dado que no pueden hallarse en una fuente formal de Derecho? Segunda cuestión: ¿cómo justifican estos jueces su práctica cuando limitan la aplicación del Derecho escrito porque entra en conflicto con unos bastante vagos principios generales que nunca han sido formulados por el legislador? ¿Cuál es la relación entre la interpretación jurídica tradicional y el uso de principios jurídicos no escritos?

Otra cuestión que surge es la de cómo puede explicarse este incremento en el uso de los principios jurídicos no escritos por parte de los tribunales.

Finalmente, habría que examinar hasta qué punto la práctica judicial de aplicar principios jurídicos no escritos puede encajar dentro de una teoría jurídica coherente.

---

[4] Kötz, H.: «Allgemeine Rechtsgrundsätze als Ersatzrecht», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1970, 671.

2. Formulación y (re)construcción de principios jurídicos por los jueces.

5. En términos generales pueden distinguirse dos tipos de principios jurídicos no escritos que son aplicados por los tribunales.

Por un lado, los que podríamos llamar «principios estructurales», que son los que se inducen, o al menos se pretende que son una derivación, del Derecho escrito.

Por otro lado, los que podríamos llamar «principios ideológicos» que no son el resultado de una inducción a partir del sistema jurídico vigente. Se refieren a creencias morales, políticas o a creencias relativas a otras ideologías no jurídicas dominantes en una sociedad.

(a) Principios jurídicos estructurales.

6. En cierto sentido los principios estructurales son axiomas ocultos de la estructura lógica del sistema jurídico o de alguna rama del mismo. Su aceptación es necesaria o al menos deseable para la coherencia (óptima) del sistema jurídico. Estos principios están implícitamente presentes en el sistema jurídico, incluso en el caso de que el legislador nunca haya sido claramente consciente de su existencia.

Algunos ejemplos:

- En varios países europeos, el principio general de la «buena fe» se ha inducido de una o varias reglas concretas, como por ejemplo la de la obligación de ejecutar los contratos de acuerdo con la buena fe. Este ha sido el caso de Italia, donde el principio general de la buena fe se ha inducido de esta regla, formulada en el 1337 del Código Civil y de otros artículos como el 128 y el 1192[5]. En Bélgica la misma regla está establecida en el art. 1134 del Código civil y los tribunales la han generalizado. En el Derecho finlandés también el principio general de la buena fe se ha derivado del principio de lealtad del Derecho de contratos[6]. Lo mismo ha sucedido en Alemania, donde el principio está basado en el parágrafo 242 del BGB.

En España, donde el art. 1258 del Código civil contiene una regla semejante, el principio general de buena fe, sin embargo, está establecido en el mismo Código: «Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe» (art. 7.1 del Título preliminar del Código Civil).

- La fuerza obligatoria de los contratos o de los tratados internacionales puede deducirse de la propia naturaleza de estos acuerdos.

---

[5] Pattaro, E., «La completitud de los ordenamientos jurídicos y los "principios generales del ordenamiento jurídico del Estado"», *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (Buenos Aires), 1986, pág. 204-305.

[6] Aarnio, A., «Taking Rules Seriously», en Kangas, U. (ed) *Enlightenment, Rights, Revolution* (IVR Edinburgo, 1989), Helsinki 1989, pág. 5, con referencia a Pöyhönen, J., *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, Helsinki, 1988, 79.

- En el Derecho civil esta fuerza obligatoria es una consecuencia necesaria de la función que se atribuye a los contratos en nuestra sociedad y más específicamente en nuestro sistema económico.

- En Derecho internacional el principio «pacta sunt servanda» puede ser considerado como una necesidad lógica a priori que es inherente al concepto de «tratado». En algún sentido es la *Grundnorm* del Derecho internacional.

- La imparcialidad de los jueces se sigue de la naturaleza de la función judicial.

- La prohibición de tomarse la justicia por su propia mano puede derivarse del concepto de Estado de Derecho que implica el monopolio de las autoridades para imponer el Derecho.

- La prohibición de discriminación económica y el principio de libertad económica se sigue de los propios cimientos del orden jurídico de la Comunidad Europea.

(b) Los principios jurídicos ideológicos.

7. Algunos de los ejemplos arriba expuestos a propósito de los principios estructurales tienen una naturaleza claramente ideológica (como el principio de la buena fe). Sin embargo, son estructurales porque encuentran «apoyo institucional»[7] en los códigos y en las leyes. Puede argumentarse que estos principios generales han sido aceptados al menos implícitamente por el legislador, dado que este último los ha aplicado en una o varias reglas concretas.

Los principios jurídicos ideológicos no cuentan con este apoyo institucional. Resultan de la aplicación por los tribunales de valores o normas no jurídicos.

Ejemplos de estos principios son los siguientes, al menos en el Derecho belga:

- La prohibición del abuso de Derecho.

- El principio de razonabilidad aplicado al uso de poderes discrecionales por parte de las autoridades.

- El principio de seguridad jurídica.

En el ámbito del Derecho Europeo podría pensarse en el principio de igualdad del Derecho de la Comunidad Europea[8].

8. En la práctica, y por lo general, los principios ideológicos sólo se aplican para restringir la aplicación de ciertas reglas jurídicas. «Corrigen» aplicaciones de reglas que se considera que bajo ciertas circunstancias específicas

---

[7] Para el concepto de «apoyo institucional», véase Aarnio, A., ob. cit., l. c., con referencia a Hannu Tolonem.

[8] En la mayoría de países europeos este principio está establecido en fuentes formales de Derecho, particularmente en el Art. 14 del Tratado de Roma. Sólo dentro del sistema jurídico de la Comunidad Europea es un principio puramente ideológico.

pueden resultar claramente injustas, irrazonables o inaceptables desde ciertos puntos de vista ideológicos comúnmente aceptados. Operan en el contexto de una revisión judicial [*judicial review*] limitada. Sólo cuando la regla jurídica entre **claramente** en conflicto con un principio moral o político **generalmente** aceptado entonces se dejará de lado la regla y se aplicará el principio no-jurídico en la forma de un -recién formulado- principio general del Derecho.

Los principios jurídicos estructurales tienen generalmente un alcance más amplio que los ideológicos. Esto les hace ser **principios guía**, mientras que los principios ideológicos operan siempre como **principios correctores**.

Antes de tratar de explicar el creciente y presente papel de los principios generales no escritos en la aplicación del Derecho por los tribunales, necesitamos comparar esta práctica con la práctica más tradicional de la interpretación del Derecho.

3. Los principios jurídicos y la interpretación de las leyes

3.1. La interpretación por analogía

9. Podría sostenerse que la interpretación por analogía no es otra cosa que una aplicación camuflada de principios generales del Derecho no declarados. Cuando se razona por analogía, el intérprete aplica una regla jurídica a un caso que como tal no cae dentro del alcance de esa regla pero que en los puntos principales dicho caso es semejante a aquellos en los que la regla resulta claramente aplicable. Dicho en otras palabras: para proceder desde un caso al que la regla le es claramente aplicable a otro considerado semejante se va desde un principio jurídico más general, el cual se aplica posteriormente al caso no cubierto por la regla[9].

Es un hecho que en el siglo doce los glosadores derivaban principios jurídicos generales (*regulae iuris*) a partir de razonamientos por analogía. Pattaro cita un ejemplo tomado de Bulgarus, uno de los más importantes glosadores de Bolonia: El pescado pertenece al pescador. Cuando un cazador caza animales y aves que viven en libertad pertenecen al cazador. De estos casos análogos el glosador deriva el principio general que afirma que una *res nullius* se convierte en propiedad del primero que la toma[10].

---

[9] Van Gerven, W., *Beginselen van Belgisch Privaatrecht. Algemeen Deel*, Antwerpen 1969,58; Foriers, P., «L'interprétation par analogie en droit belge» en *La pensée juridique de, Paul Foriers*, Bruselas, 1982, II, 817, 818; Zippelius, R., *Einführung in die juristische Methodenlehre*, Munich, 1971, 74; Gerard, Ph., *Droit, égalité et ideologie. Contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, Bruselas, 1981, 184.

[10] Pattaro, E., «Les principes généraux du droit entre raison et autorité», en Vassart, P. (ed.), *Arguments d'autorite et arguments de raison*, Bruselas, 1988, p. 282. Véase también: Stein, P., *Regulae iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edimburgo. 1966, p. 49-130.

En términos generales, puede concluirse que la interpretación por analogía ha sido tradicionalmente la técnica más usada para colmar las lagunas del Derecho[11].

10. La jurisprudencia alemana distingue la «analogía legis» (*Gesetzesanalogie*) de la más general «analogía iuris» (*Rechtsanalogie*).

La «analogía legis» denota un razonamiento por analogía que parte de un único texto legal, mientras que la «analogía iuris» designa un razonamiento por analogía conforme al cual un principio más general es inducido desde varios textos legales[12]. Este último caso en particular es muy parecido al «razonamiento de principios generales» (cuando se usan principios estructurales), aunque en ocasiones los principios se inducen de una única regla jurídica. En este punto surge la cuestión de si los tribunales, al menos por lo que se refiere a los principios estructurales, no podrían haber alcanzado los mismos resultados utilizando la técnica más tradicional de la interpretación por analogía, en lugar de introduciendo una nueva fuente del Derecho. Si la respuesta es que sí, habrá que preguntarse qué ventajas presenta esta nueva aproximación en comparación con la metodología tradicional de la interpretación. Trataré de responder a estas cuestiones en la «conclusión» de este trabajo.

3. 2. La interpretación teleológica

11. El razonamiento por analogía está muy cerca de la interpretación teleológica, en el sentido de que en ambos casos se busca un propósito más general de la regla. La analogía se funda en un nivel más abstracto del propósito (común). Aunque el propósito de una regla y el principio general que está detrás de la regla no son lo mismo, ambos están en el mismo meta-nivel, encima o detrás de la regla. En ambos casos este meta-nivel de información es usado para formular una regla concreta.

12. Dentro del método de la interpretación teleológica también puede distinguirse entre «teleología legis» (*Gesetzesteleologie*) y la más amplía «teleología iuris» (*Rechtsteleologie*)[13].

Quien recurre a la teleología legis se enfrenta al propósito concreto que perseguía el legislador al dictar el texto en cuestión; el propósito de la ley en general y/o el propósito del artículo interpretado.

El intérprete que recurre a la teleología iuris no se concentra en la intención concreta del legislador, que es un producto de su tiempo, sino en propósitos más abstractos y en principios que conforman las bases de todo

---

[11] Foriers, P., «L'interprétation per analogie en droit belge», en: *La pensée juridique de Paul Foriers*, Bruselas, 1982, II, 817. Véase también el art. 12 de las disposiciones italianas sobre el Derecho en general antes citado.

[12] Esser, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1972, 185.

[13] Van Hoecke, M., *Norm, Kontext und Entscheidung*, Acco, Leuven, 1988, pág. 204-211.

el sistema jurídico o de parte de él. Estos propósitos y principios están relacionados con ideologías generales dominantes en la sociedad.

A modo de ejemplo, quiero citar un caso del Derecho de la seguridad social belga.

Un «amo de casa» reclamó una pensión a la seguridad social sobre la base de una ley que se refería sólo a las «amas de casa»[14]. El tribunal laboral de Amberes accedió a su petición argumentando que el legislador recientemente había dictado en otras ramas del Derecho un conjunto de disposiciones legales que apuntaban hacia el tratamiento igual de hombres y mujeres[15].

13. Mientras que la interpretación llamada teleología legis puede aplicarse sin una vinculación directa con los principios generales del Derecho, ello no es así en la interpretación llamada teleología iuris. Este último método difícilmente puede distinguirse de la actual formulación y uso de principios generales por los tribunales.

Utilizando la distinción que Ronald Dworkin traza entre «directriz» y «principio»[16], podemos concluir que la interpretación que hemos llamado teleología legis sitúa el texto legal en el contexto de la «directriz» o propósito concreto del legislador, mientras que la teleología iuris tiende a caer sobre los principios, tomando menos en cuenta las directrices concretas o propósitos del legislador en un momento histórico determinado.

4. Texto legal, regla, principio y teoría política

14. La teoría del Derecho ha repetido una y otra vez que regla jurídica y texto legal no son lo mismo. El texto suministra información sobre la regla, pero no es la regla misma. Esta es precisamente la razón por la que la interpretación del texto de una ley puede producir un resultado que puede desviarse de, o incluso ser opuesto a, lo que es su significado *prima facie*. Piénsese en el ejemplo anterior en el que un «amo de casa» era considerado «una ama de casa».

Naturalmente, para un sistema jurídico es deseable que haya un máximo de sincronía entre, por un lado, las reglas tal como las quería el legislador y, por otro, los significados *prima facie* de los textos de las leyes tal como

[14] Art. 165, 1, 1º en 2º Koninklijk Besluit (Real decreto) de 4 de noviembre de 1963.

[15] Arbeidsrechtbank Antwerpen, 26 de junio de 1979, *Rechtskundig Weekblad* 1979-80, 1963.

[16] Dworkin define un principio jurídico como «un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad». Como ejemplo de principio da el de que «nadie puede sacar provecho de su propia injusticia». Una directriz, por otro lado, es «aquel tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado, generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad». Por ejemplo, «reducir el número de accidentes de tráfico». Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Londres, 1978, 22.

son realmente leídos por los juristas. La perfección, sin embargo, nunca puede alcanzarse, en parte debido al desarrollo de la sociedad y a la tremenda cantidad de legislación.

15. Debido a que existe esa necesidad de buena sincronía entre el texto legal y la regla jurídica, las reglas jurídicas necesitan estar en sincronía con los principios jurídicos más básicos, aquellos que son el fundamento de las concepciones jurídicas, de las ramas del Derecho o de todo el sistema jurídico.

16. Los principios jurídicos tampoco pueden ser arbitrarios. Deben ser coherentes, deben encuadrarse dentro de una ideología coherente, en una teoría política no contradictoria. Tal teoría debería contener no sólo un número de principios compatibles sino también algunos meta-principios que indicasen qué principios elegir cuando dos de ellos entrasen en conflicto en un caso concreto.

Un ejemplo es el equilibrio entre el principio de respeto a la soberanía nacional y el principio de respeto a los derechos humanos. Estos principios entran en conflicto, por ejemplo, cuando se aplican a la actual intervención internacional en el Kurdistán iraquí.

En los sistemas jurídicos nacionales, por ejemplo, la libertad de expresión en ocasiones puede entrar en conflicto con el derecho a la intimidad.

El hecho de que estos principios sean ampliamente aceptados en una comunidad no es suficiente. En caso de conflicto se necesita un nuevo meta-principio que pueda decidir cuál de los dos principios debería tener prioridad en el caso concreto. Pero frecuentemente se trata de casos difíciles por lo que no es fácil encontrar un meta-principio comúnmente aceptado. El problema no puede, sin embargo, ser sorteado. Si no hay respuesta clara a la cuestión del meta-principio, se debería al menos partir de los «principios procedimentales» comúnmente aceptados, lo que significa utilizar principios jurídicos que se reconocen como fundamentos para la toma de decisiones en la práctica, o dar alguna preferencia a la teoría más coherente[17].

5. Los principios generales como «ius commune»

17. En algunas ocasiones la emergencia de los principios generales del Derecho como una nueva fuente del Derecho ha sido considerada algo así como un resurgimiento del Derecho natural. En opinión de Paul Orianne es una alternativa a la pérdida del Derecho natural, pero *dentro* de los sistemas de Derecho positivo[18]. Chaïm Perelman, por su parte, afirma que podría explicarse como una reacción antipositivista de los tribunales después de la Segunda Guerra Mundial[19].

---

[17] Cfr. Aarnio, A., ob. cit., pág. 13.

[18] Orianne, P., *Introduction au système juridique*, Bruselas, 1982, pág. 75.

[19] Perelman, Ch., *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, 1976, pág. 137.

No está claro si ésta debería considerarse la explicación principal de la emergencia de los principios jurídicos en la práctica judicial de muchos países europeos. En mi opinión, es mucho más una forma de tomar en cuenta la importancia actual de los derechos humanos en la práctica política y jurídica. Desde las codificaciones del siglo diecinueve el Derecho natural no ha jugado ningún papel directo en las decisiones de los tribunales. En nuestros días además los principios generales del Derecho no cumplen una función crítica como piedra de toque de la moralidad de los sistemas jurídicos. Como mucho, los principios jurídicos ideológicos son simplemente una limitación de los propósitos (*prima facie*) de algunas reglas jurídicas. Los principios jurídicos estructurales en realidad no pueden entrar en conflicto con el sistema jurídico, pues se extraen de elementos de este sistema. Por otro lado, los derechos humanos están jugando un creciente papel crítico. Realmente funcionan como un sistema de Derecho natural, incluso en el caso de que hayan llegado a formar parte del Derecho positivo, como es el caso, por ejemplo, del Tratado de Roma. Los derechos humanos son considerados en efecto como inherentes a todo ser humano, existen a priori, independientemente de la voluntad o benevolencia de un legislador. Son el Derecho natural del presente que fundamenta la crítica a los sistemas políticos y jurídicos y a las prácticas políticas y jurídicas. Comparado con el estatus jurídico positivo de los principios generales del Derecho, el hecho de que los derechos humanos estén establecidos en tratados internacionales tiene un valor mucho más simbólico y político que de estatus jurídico positivo.

18. Aun así, hay un claro paralelismo entre derechos humanos y principios generales del Derecho. El hecho de que, durante las últimas décadas, estos principios hayan sido cada vez más formulados y aplicados por los tribunales para completar, sofisticar y corregir el Derecho legislado significa que esta práctica satisface ciertas necesidades. No está muy claro qué elementos precisos han influido en esta práctica, pero ciertamente ella satisface hasta cierto punto una resurgida necesidad de un armazón ético para el Derecho. Sin lugar a dudas, ello es así en el caso del incremento de la importancia de los derechos humanos, y claramente también de los principios jurídicos ideológicos y, en cierta medida, de la carga ética de los principios jurídicos estructurales.

19. Sin embargo, el desarrollo de los principios jurídicos estructurales no puede explicarse por este resurgimiento de la ética. Una hipótesis mucho más plausible consiste en considerar la fragmentación del Derecho como la explicación principal del incremento de los principios jurídicos (estructurales). Dadas las dimensiones del número de reglas, el número de normas que entran en conflicto crece inevitablemente y, en consecuencia, la demanda de criterios que permitan resolver dichos conflictos de normas. La formulación y el uso de principios generales del Derecho satisface esta necesidad. A través de estos principios generales se desarrolla un nuevo *ius commune*.

Con anterioridad a las codificaciones del siglo diecinueve, en muchos países europeos el Derecho romano jugaba un papel unificador frente a la fragmentación que representaba el Derecho consuetudinario local. El Derecho romano aportaba la generalidad, los conceptos y los principios unificadores. En la medida en que las costumbres locales los derogaban, éstas eran interpretadas en sentido restringido (1).

Las codificaciones, particularmente el Código civil francés de 1804, fueron una síntesis de Derecho consuetudinario, Derecho romano y los nuevos principios de la revolución burguesa. Después de eso, por primera vez en la historia, los principales principios jurídicos fueron establecidos en la legislación y más precisamente en el código civil.

El incremento de legislación al margen de los códigos, la secesión de nuevas ramas del Derecho, tales como el Derecho social, con un propósito propio y una ideología subyacente diferente, ha dificultado sobremanera el uso del código civil como un *ius commune* que cumpla la función de coordinar todo el Derecho.

Así, a lo largo (de la segunda mitad) del siglo veinte se ha ido desarrollando un nuevo *ius commune*, en la forma de un -todavía creciente y sofisticado- conjunto de principios generales del Derecho. Estos principios jurídicos funcionan hoy en día como «reglas de clausura», esto es, como reglas que garantizan la coherencia y la completitud del sistema jurídico.

En este sentido, escribe Huberlant: «...il y a donc entre les règles d'un même système de droit non seulement une cohérence excluant la contradiction, mais aussi une harmonie qui découle de l'esprit général qui anime le système et se manifeste par la concordance des solutions choisies... C'est donc l'harmonie d'un système juridique qui justifie la démarche du juge qui s'estime en mesure de remonter des règles particulières constituant ce système jusqu'aux principes généraux qui l'animent, même si ceux-ci ne sont exprimés par aucun texte; et c'est pour assurer le maintien et favoriser le développement de l'harmonie du système juridique que le juge, en l'absence de texte, invoque directement ces principes généraux»[20].

6. Conclusión

20. Quiero repetir brevemente las conclusiones relativas a los temas que he discutido y añadir algunos comentarios.

Creo que la distinción entre principios jurídicos estructurales y principios jurídicos ideológicos puede ser un elemento importante para la elaboración de una teoría de los principios jurídicos, dado que estos dos tipos de principios responden a necesidades diferentes y juegan papeles distintos en la práctica jurídica.

[20] «Huberlant, Ch., «Antinomies et recours aux principes généraux», en *Les antinomies en droit*. Perelman, Ch. (ed.), Bruselas, 1965, 212.

Los principios estructurales generalmente se usan *praeter legem*, los principios ideológicos *contra legem*.

Mientras que los principios jurídicos estructurales en general son principios guía y tienen un alcance amplio, los principios ideológicos sólo se utilizan como principios de corrección y se aplican dentro del marco de una limitada revisión judicial.

Los principios jurídicos estructurales primariamente satisfacen la necesidad de un nuevo «ius commune» con el fin de alcanzar la coherencia y la completitud del sistema jurídico, mientras que los principios jurídicos ideológicos, igual que los derechos humanos, satisfacen una resurgida demanda de un armazón ético para el Derecho.

El alcance de los principios jurídicos estructurales se limita muchas veces a ciertas ramas del Derecho, por ejemplo, el Derecho administrativo o el Derecho procesal por mencionar dos ramas en las que los principios jurídicos se aplican ampliamente, mientras que los principios ideológicos son válidos para todo el sistema jurídico.

Puede hacerse una última distinción entre «principios que establecen objetivos» [*aim principles*] y «principios que establecen medios» [*means principles*]. Los principios que establecen medios son medios para implementar un principio más general que establece un objetivo. Por ejemplo, el principio del derecho a una segunda instancia cuando un caso ha sido decidido por un tribunal es un medio para alcanzar el principio más general de derecho a la defensa. El principio de pasividad del juez es un medio para alcanzar el principio de neutralidad del juez.

El principio *patere legem quam ipse fecisti* es un medio para alcanzar el principio de igualdad que es más amplio. La prohibición de dictar normas retroactivas es un medio para alcanzar el principio de seguridad jurídica.

Van Orshoven argumenta incluso que todos los principios están implicado por un principio más general: el del Estado de Derecho[21].

Es evidente que en algunos de estos ejemplos el principio más general, ideológico, que establece un objetivo se implementa dentro de una rama del Derecho específica a través de la formulación de un principio-medio.

Las distinciones entre principios que establecen objetivos y principios que establecen medios, por un lado, y entre principios de una rama del Derecho y principios válidos para todo el sistema jurídico, por otro lado, será útil para el desarrollo de la estructura jerárquica de los principios jurídicos.

Personalmente creo que tal teoría debería dejar espacio para una cierta autonomía ideológica de las diferentes ramas del Derecho. Aceptar esto significa que la coherencia completa sólo puede alcanzarse en el nivel de las ramas del Derecho, no en el nivel de todo el sistema jurídico.

---

[21] Van Orshoven, P., «Non scripta, sed nata lex», en *Alkgemeine Rechtsbeginselen*, Van Hoecke, M. (ed.), Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1991, pág. 74.

21. Finalmente tenemos que responder a la pregunta de cómo puede justificarse el uso de principios generales del Derecho por parte de los tribunales.

Los principios jurídicos estructurales se inducen del sistema jurídico mismo y por tanto cuentan con un apoyo institucional bastante fuerte.

Aunque casi siempre podría obtenerse el mismo resultado recurriendo a la tradicional interpretación por analogía y/o interpretación teleológica, el uso de principios generales del Derecho presenta una gran ventaja: los principios tienen un alcance más amplio. Las interpretaciones concretas sólo suministran una decisión para un caso concreto, toman en cuenta los elementos específicos del caso. La interpretación individualiza la decisión judicial. El uso de principios generales, por el contrario, generaliza la decisión judicial. Esta generalización ofrece una oportunidad mucho mejor para estructurar estos principios en una teoría coherente. Los principios, mucho mejor que las interpretaciones individualizadas de leyes concretas, pueden ser ampliamente discutidos entre los juristas e incluso entre un público más amplio. De este modo tienen más posibilidades de contar con un amplio consenso, lo que consecuentemente les proporciona otro tipo de apoyo institucional.

Los principios ideológicos, por su parte, no se inducen del sistema jurídico. Son principios ideológicos no-jurídicos que los jueces transforman en jurídicos. Esta práctica podría justificarse, en primer lugar, sosteniendo que es inevitable una cierta adaptación y sofisticación del Derecho por parte de los jueces y que ello, desde el punto de vista del funcionamiento fluido del sistema jurídico, es necesario. En segundo lugar, aceptando que las dos siguientes condiciones deberían ser satisfechas: a) los principios ideológicos solamente deberían usarse dentro del marco de una limitada revisión judicial, para corregir reglas jurídicas (*prima facie*); b) deberían contar con un amplio consenso en la sociedad y/o (al menos) entre los juristas. Esta es la única manera en que los principios ideológicos no escritos pueden conseguir apoyo institucional.

(Trad. de Josep Aguiló Regla)

E N T R E V I S T A

ENTREVISTA A ROBERTO J. VERNENGO

1 *Tu obra muestra la amplitud de tus intereses filosóficos, aunque es fácil notar en ella cierta predilección por las investigaciones semánticas y sintácticas, típica de lo que algunos llaman la «escuela analítica de Buenos Aires». Sería interesante reconstruir la trayectoria que te ha llevado por esos caminos. ¿Cómo se despertó tu interés por la filosofía en general y por la del derecho en especial? ¿Que autores y maestros han influido tu sistema de pensamiento?*

Quiero creer que los intereses filosóficos son un aspecto de las cosas que te interesan en la vida en general. Preguntarse, así de sopetón, qué entienda uno por filosofía, o por filosofar, tiene algo de paradójico. Por filosofía se han entendido las más variadas cosas. Algunas quedan excluidas: una actividad puramente física, como una práctica deportiva, difícilmente pareciera tener algo que ver con la filosofía. Pero las acciones del amor o las atrocidades de una guerra exhiben a veces rasgos que nos llevan a pensar y, por ende, a filosofar en algún sentido. Por otra parte, cada cual, en el transcurso de su vida, piensa sobre muchas cosas; muchas de ellas nos parecen hoy, aunque no ayer, filosóficamente irrelevantes. Por cierto que, desde siempre, los que se consideran filósofos alguna idea abrigan sobre el objeto de sus preocupaciones, aunque ello no sea siempre decisivo para lo que hacen: algunos, ¡hasta quieren cambiar el mundo! ¿Qué tal si el filósofo que sea llegara a la conclusión, conclusión que no ha faltado en la historia del pensamiento, de que la filosofía es tarea vana o imposible? O, más enérgicamente: que carece de existencia y es tan poco sustancial como una alucinación. Si uno para saber qué hace tiene, para colmo, que rever su propia vida -tarea no siempre cómoda y muchas veces engorrosa-, preguntarse por qué uno se ha desvelado por problemas filosóficos se convierte en un enigma filosófico que agregar al repertorio de interrogantes que no dejan vivir tranquilo. A mí me han interesado -y en buena medida, me siguen interesando- cosas como la música, al punto que en algún momento pensé que mi destino era la composición. Otra, de la cual no me he desprendido del todo, es la literatura y la poesía. De alguna manera advierto que se trataba no sólo de ponerme en claro sobre el sentido de lo que uno hace -una pregunta tan retórica

y pretenciosa como preguntarse por el sentido de la vida en general-, sino de cultivar ciertas dudas y ciertas respuestas que necesitaban pasar por el tamiz de la discusión y el control racional. Que ello sea filosofía no es del todo claro. Pero música, poesía, filosofía eran cosas ligadas a la necesidad de una comunicación ordenada. Y ¿qué eran esos instrumentos tan variados y contingentes con los que nos comunicamos e intentamos transmitir lo que nos importa? Hasta ahora no sé muy bien qué comunica la música, aunque el poder de sus mensajes suela ser insuperable. Pero tan pronto tenemos que cotejar la validez de lo que suponemos interesante o importante se impone alguna reflexión sobre el lenguaje, visto éste primeramente en su aspecto superficial, fonético y musical, hasta atisbar luego esquemas compartibles de racionalidad: las lógicas y sus presupuestos.

Tuve la suerte en el Colegio Nacional de Buenos Aires -el colegio secundario de la Universidad de Buenos Aires- de encontrar estímulos para muchas de esas cosas. No puedo olvidar que al iniciar los estudios de inglés, el primer texto que se nos propuso fue *The waste land*, y que en literatura castellana, además de las raciones copiosas de clásicos, se nos invitó a leer textos que acababan de aparecer, como *El jardín de senderos que se bifurcan* de Borges, mientras que en literatura francesa transitábamos desde Rolando y Roncesvalles, a través de Racine y Molière, hasta los últimos poemas de Éluard y de Breton. En el terreno de la filosofía, Carlos Astrada y Vicente Fatone, que habían sido discípulos de Heidegger y de Whitehead respectivamente, nos iniciaron en una manera de ingresar en ese terreno que era realmente prometedora: había que leer los textos originales mismos. Y así, con mis compañeros, recorrimos los párrafos arduos de los Prolegomena kantianos, algún diálogo platónico y páginas de Ortega y de Husserl.

En lógica, se nos impuso entonces -hablo de los años de la Segunda Guerra Mundial- el manual de Pfänder que suponía una cierta familiaridad con la fenomenología.

Intenté, concluido el secundario, entrar en la Facultad de Filosofía. Pero el panorama en la Universidad de Buenos Aires, en esos años del primer gobierno de Perón, no era estimulante. La carrera de Derecho ofrecía otros alicientes, sobre todo profesionales. Resultó, sin embargo, que desde los primeros días de mi ingreso a la carrera de Derecho me encontré con quienes serían desde entonces mis maestros: Carlos Cossio y Ambrosio L. Gioja. El tipo de enseñanza que practicaban era distintivo y, de alguna manera, ahondaban en la huella de los autores en que me había iniciado en el secundario. Tanto Cossio como Gioja aspiraban a elaborar una teoría del derecho de fundamento fenomenológico y, para agregar a la novedad, de tinte existencial, rótulo que se adjudicaba entonces al pensamiento heideggeriano. Hete aquí que, bajo la denominación de «filosofía del derecho» o de «teoría del derecho», se nos hacía estudiar a Husserl y Heidegger, de quienes circulaban traducciones efectuadas, en un castellano algo esotérico y

para su estudio en la carrera de Derecho, por E. Langfelder, un discípulo de Kelsen. Y, sobre todo, se nos ponía directamente en contacto con el pensamiento kelseniano. Kelsen era visto «como el filósofo del siglo» en el campo del Derecho, según decir de Cossio, quien había trabajado categorías kelsenianas desde su temprano estudio, de los años 30, sobre el concepto de revolución; y Gioja terminaba su tesis doctoral sobre la noción de sistema y de norma fundamental en Kelsen. La introducción al pensamiento de Kelsen era entonces la práctica tradicional de la universidad: a diferencia de muchas otras partes, donde se tomaba noticia de algunas ideas de Kelsen a través de comentarios sucintos y críticos, se nos obligaba a familiarizarnos con la *Reine Rechtslehre* de manera minuciosa. Ello tenía un inmediato efecto beneficioso: el estudio de las materias dogmáticas se hacía enormemente sencillo, al enmarcarlas en un conjunto de conceptos teóricos que creíamos dominar. Lo cierto es que, para un trabajo teórico que se nos había solicitado en una asignatura de Derecho penal, escribí una monografía sobre la retractación en los delitos contra el honor. Mi empeño consistió en buscar cuáles serían las *Rechtssätze* descriptivamente adecuadas para pensar esa extraña institución: una excusa absolutoria que convertía a las acciones consideradas delictivas y típicas en impunibles. Y, para la doctrina tradicional, un delito penal sin sanción era una contradicción flagrante. Cossio, al tanto de ese trabajo, lo hizo publicar, siendo mi primera publicación teórica.

Pero los intereses de las exposiciones magistrales de Cossio y de los seminarios de Gioja (que se efectuaban fuera de la Facultad, dado que las discrepancias políticas se habían hecho agudas) se extendían a nuevos terrenos: por un lado, los movimientos realistas, en Escandinavia y en los Estados Unidos, respondían muy cercanamente a preocupaciones que inspiraban a Cossio; por el otro, la cuestión de la lógica del Derecho se hizo acuciante. Cossio había propuesto, desde un punto de vista neo-kantiano, una interpretación de la teoría pura como una lógica del Derecho, una lógica trascendental relativamente formalizada. Gioja proponía una interpretación paralela, inspirándose en la lógica formal y trascendental de Husserl. La aparición en ese entonces (1951) del ensayo de G. von Wright, «Deontic Logic», provocó el derrumbe crítico de esas interpretaciones, en que se habían formado durante quince años varias promociones de abogados y juristas. Se hizo conciencia la necesidad de profundizar las lógicas que creíamos dominar. De pronto, Husserl y sus seguidores nacionales fueron reemplazados por Russell, Tarski, Carnap. El último seminario en que participé en Buenos Aires, antes de mi traslado a Europa, fue un seminario dirigido por Cossio -luego publicado-, sobre un análisis fenomenológico de la noción de norma, que von Wrigth tuvo presente mucho después. Por el otro lado, junto a un conjunto abultado de traducciones, escribí un ensayo en que intentaba un análisis, hoy diría ideológico, del realismo norteamericano (Frank, Llesvellyn, etc.): me aparecía, pese a su radicalismo metodológico, como un movimiento político decididamente conservador.

Por ese entonces -comienzos de los años 50-, había concluido mis estudios de Derecho e intenté iniciarme en las actividades académicas. Por otra parte, inicié mi actividad como abogado, sobre todo en asuntos penales, en el despacho que habían abierto G. R. Carrió y L. Landaburu. Pero por razones no muy académicas -un tío mío, marino, había sido quien había detenido a Perón-, mi ingreso a la Facultad de Derecho era utópico. Por sugerencia de Cossio, me fui a trabajar y estudiar a Suiza, donde tuve la suerte de seguir cursos con H. Kelsen en Ginebra y seminarios con M. Heidegger, en Basilea y Zürich, entre otros. También trabé amistad con Octavio Paz, quien elaboraba entonces su libro sobre la poesía, «El arco y la lira», donde brotaban en cada página los problemas tradicionales de la filosofía. Por otra parte, la aparición de las obras póstumas de Husserl y, sobre todo, los ensayos más recientes de Heidegger obligaban a revisar la interpretación un tanto sesgada que llevábamos de la fenomenología y de la entonces llamada antropología existencial. En ambos pensadores se hacía sentir la carencia de fundamentos lógicos más rigurosos, como los que sustentaban los ensayos de autores que sólo entonces comencé a frecuentar: Wittgenstein, entre otros.

Regresé a la Argentina en 1958, para incorporarme a la cátedra de filosofía del Derecho de Ambrosio L. Gioja. Allí se inicia mi carrera académica, en la que luego recorrí todas las etapas: desde ayudante de cátedra de Carlos Cossio, hasta profesor adjunto de A. Gioja, para luego, a fines de la década del 60, alcanzar la titularidad de la cátedra de filosofía del Derecho como catedrático y director del Instituto de Filosofía del Derecho. En 1976 tuve que abandonar el país -bajo el gobierno militar se me acusó nada menos que de haber permitido discusiones con marxistas en el instituto que dirigía: efectivamente lo había hecho y había organizado un ciclo de conferencias sobre lógica y derecho en el que participaron C. Cossio y E. Marí-, residiendo en México hasta 1983. En México fui recibido con los brazos abiertos por la Universidad Autónoma Metropolitana y por la Universidad Autónoma Nacional en sus Institutos de Investigaciones Filosóficas y Jurídicas. Fue por entonces que comenzaron las relaciones más estrechas con pensadores españoles: especialmente con Elías Díaz, que había gestionado una protesta de solidaridad ante mi expulsión de la universidad argentina.

Manolo Atienza, entre tanto, había efectuado una primera síntesis de mis trabajos y la de otros pensadores argentinos en su estudio sobre la filosofía del derecho.

Al regresar a la Argentina, en 1983, con la restauración de la democracia, se me restituyó mi cátedra y proseguí regularmente mi carrera académica, hasta ser designado en 1995 profesor emérito e investigador principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas. Esto, en lo que hace a los peldaños de una carrera donde las preocupaciones docentes fueron intensas; me correspondió organizar, ante el fallecimiento de Gioja, la carrera docente, escribiendo varios ensayos sobre problemas de la pedagogía jurídica;

los departamentos de postgrado y doctorado en la Facultad de Derecho y desempeñar otros cargos que me pusieron en contacto con problemas por los que no había tenido ocasión de interesarme realmente con anterioridad. Es que, con lo que nos tocó vivir en la Argentina en la década del 70, la década del 60, pese a todas las convulsiones académicas en que participábamos, parecía una era idílica.

Lo cierto es que, desde mi regreso a la Argentina desde Europa, en 1958, me encontré ante un panorama nuevo en los estudios de filosofía jurídica, inaugurado con iniciativas originales de Gioja. Así, me correspondió dictar, en 1958 y los años posteriores, seminarios de doctorado sobre textos de Wittgenstein y de Austin, y luego sobre el pensamiento ético de Kant, cuyos *Prolegomena, Kritik der praktischen Vernunft* y *Metaphysik der Sitten* recorrí en sucesivos seminarios cuyas actas fueron luego publicadas. Por otra parte, reinicié mis publicaciones con un ensayo sobre *La cientificidad de la jurisprudencia*. El carácter de ciencia de las disciplinas dogmáticas era un presupuesto no analizado de la teoría del derecho en que me movía: tanto para Kelsen como para Cossio, el punto de partida de la reflexión filosófica sobre el derecho era la ciencia jurídica, el conocimiento teórico del derecho. En él se constituía el objeto de conocimiento, pensaba Kelsen, y en ella se hacían explícitos reflexivamente los procesos creadores de Derecho, para Cossio. Pero las novedades lógicas que nos llegaban desde todas partes, en los años 50, obligaron a poner sobre el tapete ese presupuesto anteriormente indiscutido. En 1960, Gioja organizó, en el Instituto de Filosofía del Derecho, un seminario sobre el problema de la *Grundnorm* kelseniana; es decir, planteaba el problema, no sólo de la constitución del objeto teórico, sino el del carácter sistemático de las disciplinas que pretendían estudiar el Derecho. Me correspondió iniciar dicho seminario con un trabajo sobre *La función sistemática de la norma fundamental*, que encaró la interpretación epistemológica, kantiana o no, que se atribuía a esa problemática norma. Mis conclusiones escépticas al respecto -planteadas antes de la publicación del trabajo del propio Kelsen sobre el carácter ficticio de la *Grundnorm*- tuvo alguna repercusión. Alchourrón y Bulygin iniciaron una prolongada investigación sobre el carácter de sistema que se atribuía a conjuntos de normas o a un derecho todo, investigación que culminó, una década después, con la publicación del importantísimo libro sobre sistemas normativos. Por mi parte, los problemas internos de la teoría ecléctica del derecho en que me movía (una teoría general de inspiración kelseniana, con todas las reservas que un análisis lógico de sus categorías suscitaba), me llevaron a investigar las estructuras elementales del lenguaje jurídico, principalmente a nivel del lenguaje teórico. Así publiqué el ensayo sobre *Formation rules for legal lenguages*, que a partir de una reinterpretación de los *Geltungsbereiche* normativos de H. Kelsen -un concepto que siempre había aparecido como teóricamente descolgado-, me introducía en problemas quizás puramente lingüísticos (continuado luego en mi libro sobre *La interpretación*

literal de la ley y en varios ensayos, como el relativo a *Formalization of legal languages*. Las novedades que Chomsky había aportado a la lingüística tradicional, aunque tradicionales en algunos respectos, como las estructuras profundas evocadas por Humbold, me parecieron contribuir interesantemente en el problema semántico de la asignación de sentido a expresiones normativas; también, para disipar algunos problemas crónicos de la filosofía jurídica provenientes de equívocos y abusos del lenguaje, entre ellos la extraña dicotomía entre un «ser» y un «deber-ser», lógicos u ontológicos, cuyo segundo término, el meneado «deber-ser» es una denominación mal formada en nuestros lenguajes. Pero, con la preocupación por las estructuras lógicas y categoriales de los lenguajes o jergas jurídicas, se me plantearon varios problemas que, desde entonces, me han ocupado: la aplicación e interpretación del derecho (que analicé en un libro sobre *Introducción a los problemas de la interpretación en derecho*, publicado defectuosamente y con variadas tergiversaciones en México).

Llego, pues, a la titularidad de la cátedra de filosofía del Derecho -«titular» en la Argentina, equivale al catedrático español, mientras que el titular español en la Argentina es un profesor «adjunto»- en 1970, con una grave herencia: Gioja había fallecido y el grupo de investigadores que se había mantenido alrededor de su cátedra tuvieron que ser rescatados, frente a la perturbadora situación que la universidad pasaba, no sólo por razones políticas externas, sino por crisis suscitadas por la irrupción del pensamiento marxista y por los desarrollos escandalosos de la lógica, que de una respetada e inerte lógica clásica había pasado a escindirse en una multitud de lógicas divergentes, entre las cuales las variadas lógicas deónticas o normativas. Un factor nuevo se agregaba a esta múltiple problemática: las novedades que para el Derecho aportaba la informática.

2. En los albores de la informática jurídica, cuando yo mismo trataba de acceder a algún conocimiento de un tema que muchos tomaban por fantasía, vos ya habías publicado artículos acerca del tema y te habías constituido en pionero y propagandista de esa línea de investigación. Hoy, la mayoría de las aplicaciones de la informática jurídica son realidad cotidiana y su examen se ha vuelto predominantemente tecnológico. ¿Qué relación ves entre la informática jurídica y la teoría del Derecho? ¿Qué aportes, en tu opinión, puede observarse o esperarse que ambas disciplinas intercambien entre ellas?

Sucedió que los aportes de las gramáticas transformacionales y de las lógicas normativas que se iban desarrollando, más las primeras contribuciones de la informática al almacenamiento de datos, a fines de los sesenta, parecían girar alrededor de ciertos problemas centrales desatendidos por los juristas. Estos aceptaban despreocupadamente el carácter sistemático de los Derechos positivos, que creían de alguna suerte lógicamente consistentes, cuando no completos. Pero lo cierto es que, para el jurista práctico, para el

juez y el administrador, los Derechos positivos aparecen como conglomerados heterogéneos de normas, definiciones, declaraciones políticas, etc., todo ello adobado con dosis abundantes de redundancias e inconsistencias. Los juristas, en rigor, consideran Derecho positivo al resultado decantado de un proceso más o menos consciente de abstracción y de reconstrucción teórica. El hecho de que fuera posible almacenar en la memoria electrónica de una computadora una enorme cantidad de información textual normativa y, sobre todo, de que se dispusiera de recursos de búsqueda enormemente eficaces y poco costosos, hizo pensar de inmediato que se pudiera recoger así el material normativo producido por numerosos órganos en los estados modernos. Lo propuse al Ministerio de Justicia de mi país, aunque no se disponía todavía de los recursos técnicos necesarios. Sólo poco después, y en colaboración con Italia, fue posible iniciar la recopilación de las numerosas y variadas normas del derecho argentino federal en un sistema de consulta. Hablo de los años iniciales de la década del 70. La Argentina fue uno de los primeros países que pudo contar con esas facilidades que aún prosperan en el Sistema Argentino de Informática Jurídica.

La mera perspectiva de realizar esa labor de almacenamiento requería de soluciones a varios problemas previos, de índole tradicionalmente filosófica. Las normas positivas son redactadas en las formas más variadas; los filósofos, desde Frege, consideraban que, frente al tenor superficial de los enunciados, normativos o no, cabía captar un sentido o significado ideal, como elemento definitorio de las clases de enunciados equivalentes o sinónimos. Pero, frente a normas prescriptivas, la noción de significado, si se la relaciona con alguna mención, se hace oscura, pues en los usos interesantes jurídicos, las normas no funcionan como referencia de estados de cosas reales. Por otra parte, los lenguajes con que se manejaban las computadoras por ese entonces, provenientes de intereses matemáticos, como el COBOL, no parecían favorables a la captación de expresiones normativas no formalizadas que sólo se prestaban a las operaciones lógicas proposicionales más elementales. Formalizar las expresiones normativas de los Derechos positivos, para hacerlas aptas para su manejo por computadoras, suponía plantearse rigurosamente el asunto de los lenguajes y la lógica a que esas expresiones debían traducirse y sujetarse. Las funciones que las normas jurídicas positivas parecen desempeñar en la práctica jurídica, especialmente en la judicial, no respondían al modelo simple de una demostración mecánica de un teorema matemático, demostraciones para las cuales ya se habían desarrollado por ese entonces demostradores de teoremas. Por añadidura, juristas, prácticos y teóricos, ignoraban alegremente los desarrollos que se habían producido, después de la guerra, en terrenos tales como la teoría de juegos y de la decisión y volvían -como sucedió en Alemania, en los años 70, con Esser- a viejas tesis tomadas de la hermenéutica bíblica o histórica de Schleiermacher y Dilthey. Justamente Cossio, en sus libros sobre el Derecho judicial, de los 40, había abundado en la explotación de esas propuestas hermenéuticas,

recurso que me parecía y me parece una invitación a la irracionalidad en la práctica decisoria. Para colmo, Perelman y sus epígonos cuestionaban la validez del razonamiento lógico formal en el terreno jurídico, llegándose a la extraña situación de que un pensador como Kelsen, defensor toda su vida del racionalismo en el campo del derecho, llegara a desconfiar de la validez de una inferencia lógica entre normas. Parecía claro que tales criterios hermenéuticos -y otros recursos análogos, como la calificación de ideológica de toda tesis jurídica por algunos escritores franceses supuestamente progresistas- eran incompatibles, por irracionales (i.e.: predicaban un antilogicismo, generalmente derivado de un soberano desconocimiento de lo que la lógica contemporánea ofrecía), con el empleo de computadoras que, muy modestamente, se atenían a reglas lógicas estrictas y evitaban todo recurso a intuiciones, valoraciones, ideologías, metáforas y otras estratagemas de igual irracionalidad.

La teoría general del Derecho paradigmática hasta la década del 79 -a saber: la kelseniana con un background filosófico positivista- no estaba preparada para hacerse cargo de las novedades que la cibernética introducía. No se trataba solamente del problema práctico, terreno en el cual los juristas -por lo menos en la etapa de la mera cibernética documental- pronto supieron sacar provecho de las ventajas que las computadoras y las bases de datos ofrecían en la búsqueda de información normativa. Al proponer yo muy modestamente la posibilidad de almacenar datos jurídicos en una memoria electrónica, no faltó algún pensador, devoto entonces de Althusser, que me acusara de «jibarismo» teórico y no sé de cuántos otros pecados ideológicos. La situación real era extraordinariamente primitiva: recuérdese la importancia que se daba, y quizás aún se da, a los esfuerzos mnemotécnicos en la enseñanza del Derecho, como si estuviéramos aún en una cultura analfabeta. Pero además las categorías tradicionales que explotaba la teoría general del Derecho, muchas de ellas de oscuro origen histórico en especulaciones de jurisconsultos romanos y de canonistas medievales, parecían especialmente inútiles cuando se intentaba reconstruirlas para aprovecharlas en un lenguaje de programación computacional. Más aún: al hacerse necesarios análisis formales más penetrantes con tal objetivo, se comprobó que muchas de las supuestos conceptos teóricos con que se manejaba la teoría del derecho eran inconsistentes o requerían el previo esclarecimiento de múltiples presupuestos que la jurisprudencia había esquivado poner sobre el tapete. Piénsese que una noción que se puso de moda y a la que se dio gran importancia, la de derechos humanos, apenas puede ser concebida aún hoy dogmáticamente, en forma satisfactoria, con los artefactos tradicionales de la teoría del Derecho, recurriendo los autores a artilugios arcaicos (dualismos, «derechos morales», etc.) o teorías *ad hoc*. Aún hoy, cuando nos dedicamos a elucubrar sobre otros derechos y obligaciones, como los derivados de los movimientos ecológicos, advertimos que el concepto de derecho (subjetivo) y de deber jurídico no bastan para pensar teóricamente el nuevo

campo jurídico que se nos abre. Hasta he leído hace poco, en una declaración sobre una pretendida ética universal que propugnarían teólogos de variadas religiones, que tendríamos que hacemos cargo de deberes morales frente al cosmos: para mi forma de pensar, condicionada por una enseñanza clásica del Derecho, se me hace difícil concebir deberes míos con respecto a una remota galaxia o un quásar. Por otra parte, la introducción de rutinas computacionales en la práctica del Derecho y en su teoría volvió a plantear el problema del modelo con que pensamos el lenguaje, el lenguaje en general y los especiales lenguajes, técnico y formal, que usan los Derechos positivos y las teorías jurídicas. Pues se había hecho corriente el extrapolar conclusiones extraídas del análisis de los lenguajes naturales, en las llamadas filosofías del lenguaje y en las disciplinas lingüísticas, al campo del derecho. Ello contaba, por cierto, con un antiguo antecedente: pensar al Derecho como un conjunto de órdenes o imperativos implicaba considerarlo un tipo de acto lingüístico. Mi primera sorpresa, en un ensayo de inicios del 60 (*Recht und Sprache*), fue advertir que había tipos de actos lingüísticos y de expresiones verbales, ya destacadas por Hume, que tenían virtudes constitutivas, como las declaraciones vinculantes en Derecho. Los análisis anclados en las características de los lenguajes naturales, pese a su incipiente calculabilidad a partir de las gramáticas generativas iniciadas por Chomsky, no correspondían precisamente a cálculos lógicos propuestos en lógicas formales de diverso tipo. Ciertos fenómenos lingüísticos, como la distinción entre enunciados declarativos y enunciados modales (prescriptivos y otros), habían introducido cuñas tajantes en la epistemología del conocimiento jurídico, donde se repetía dogmáticamente, más allá de sus consecuencias lógicas patentes, que el Derecho se daba en un mundo propio, un mundo normativo o, como se decía con mala gramática castellana, un mundo del deber-ser. Y así como había encontrado una manera de interpretar plausiblemente la teoría kelseniana de los *Geltungsbereiche*, a la luz de las reglas de formación de un lenguaje técnico postulado, encontré que las técnicas de análisis generativo de Chomsky permitían aclarar o disipar problemas pretendidamente ontológicos que, a la postre, derivaban de defectuosos análisis de las estructuras profundas de los lenguajes normativos. La supuesta isomorfía entre estructuras lingüísticas y estructuras jurídicas me pareció, luego, una exageración simplificadora: el derecho no es únicamente lenguaje, aunque puedan darse paralelismos interesantes entre los fenómenos lingüísticos -el discurso como secuencia de actos de habla- y la realidad del derecho. Otro cantar es que atendamos a los aspectos ideales de las expresiones normativas, su significado proposicional, y su eventual correspondencia con las características necesarias o esenciales que atribuyamos a lo que denominamos derecho. En las aplicaciones de la cibernética al Derecho los problemas atinentes a la formalización e interpretación del Derecho se han acrecentado: no estamos del todo seguros que las normas jurídicas, en sus múltiples aspectos, hayan sido suficientemente reconstruidas para

su manejo cibernético eficaz; no sabemos muy bien cuál sistema inferencial, qué lógica, aplicar a esas expresiones.

Estos problemas se han acrecentado con la posibilidad de aplicar en el Derecho los recursos de la inteligencia artificial. Al fin y al cabo, algunos de los primeros sistemas expertos, como el Taxman de McCarthy, fueron construídos para hacer frente a problemas jurídicos rutinarios. Los sistemas cibernéticos permiten hoy análisis automáticos de textos normativos y derivaciones deductivas conforme a múltiples sistemas lógicos. Fuera del interés grandísimo de esos recursos para la práctica del derecho, viejos problemas de la filosofía jurídica han tenido que ser replanteados con mayor precisión. En ese respecto, creo necesario destacar que la jurisprudencia lleva la delantera a la especulación moral, donde la aplicación de programas cibernéticos no es usual.

3. En cualquier momento, un ser humano puede mirar hacia atrás y proponerse una descripción sintética de su actividad, cualquiera sea el aspecto de ella que desee enfatizar. Muchos no lo hacen, acaso para no deprimirse. No es ése tu caso, ya que tu obra plantea el problema inverso: lo que los franceses llamarían l'embarras du choix. *Te pido justamente esa elección: ¿describirías (hasta ahora) el meollo de tu obra, y qué criterios emplearías para seleccionar esa descripción frente a otras posibles?*

Creo -aunque seguramente estoy equivocado y, quizás mañana yo mismo sostenga algo distinto- que mi preocupación central, en el terreno de la filosofía del Derecho y de la filosofía *tout court*, es el asunto de la racionalidad y de su núcleo tradicional: la razón. Al fin y al cabo, he creído y sigo creyendo que un campo objetivo, como el Derecho, es susceptible de ser conocido científicamente, fuera de que, en la realidad histórica, mucho de lo que se nos ofrece como ciencia jurídica sea desdeñable para la mirada analítica del filósofo. Y la ciencia implica, como construcción conceptual consistente, algún módulo lógico explícito, y como práctica social, ciertas pautas compartidas de racionalidad. No puedo menos que recordar mi sorpresa cuando un oscuro y minúsculo problema penal se desvanecía y se abría teóricamente cuando se echaba mano, para explicarlo, de unas pocas categorías teóricas y formales de la *Reine Rechtslehre*. En rigor, guardo siempre la esperanza de que, frente a intratables problemas políticos y sociales, encontremos recursos teóricos suficientes para esclarecerlos. La razón ha sido, en la filosofía moderna, el terreno propio de la filosofía, el terreno en que afloran los viejos problemas metafísicos de la verdad y de la ontología. Pero también ha sido, tradicionalmente, un campo de Agramante: aún hoy no sabemos muy bien de qué hablamos cuando invocamos la razón y nos pretendemos racionales, o, como ha vuelto a ponerse de moda, cuando aspiramos más modestamente a ser por lo menos razonables (confieso que no me gusta mucho la distinción entre racionalidad y razonabilidad, conceptos con connotaciones bastante dispares en los diversos lenguajes: ¿qué hay de

común, por caso, entre la razón que invocara Ortega y la razonabilidad que Rawls nos recomienda, en 1993, en *Political Liberalism*, como una suerte de virtud personal de quienes estén dispuestos a cooperar en términos equitativos, aceptando ciertas normas como buenas para lograr una sociedad justa?). La mera existencia de una razón práctica pone a los filósofos en actitud bélica. En los escritores que predican morales dialógicas y entre juristas desconfiados de la lógica, la razonabilidad ha adquirido sólido prestigio, es un útil subterfugio. Pero la distinción entre una objetividad racional (i.e.: científica) y una objetividad razonable (i.e.: meramente consensual) es de nuevo una recaída en el irracionalismo y, en derecho, en una anarquía disimulada en alguna legitimidad hipotética derivada de supuestos consensos morales. Algo de esto fue tratado en el libro *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho*, que publicara junto con Ulises Schmill en 1984.

Ahora bien: uno ha visto traslucirse el rostro enigmático de la razón en muchos de los problemas filosóficos que hemos heredado. Ayer nomás parecía que no se podían encarar los problemas de la vida social, las cuestiones jurídicas, si no se partía de una ontología satisfactoria en que el derecho encajara como una entidad específica. Con esos pretendidos problemas ontológicos se entreveraban problemas más viejos aún, como el de la distinción entre moral y derecho, o entre un derecho natural y los derechos positivos. Las relaciones supuestas entre valores (morales o políticos) y normas jurídicas o Derecho se dirimían en el ámbito de aquellos dualismos recibidos.

Luego, se exigía replantear y encarar los problemas epistemológicos que suscitaba un conocimiento del Derecho con pretensión científica y, por ende, con un discurso teórico sobre el derecho pretendidamente tan verdadero como algunas de las ciencias tradicionales, ya no la física que, en la Edad moderna, se había encaminado por terrenos matemáticos que espantaban a los juristas, pero sí como la medicina o la historia, disciplinas admitidamente científicas aunque «blandas». Cundió, frente a la embestida del marxismo en la década del 60 y al reproche de ideologismo político que se atribuyó no sólo a las normas jurídicas positivas, sino a los intentos descriptivos de múltiples juristas, un escepticismo radical: no sólo la supuesta jurisprudencia teórica no habría sido ciencia en sentido serio alguno, sino que, por alguna fatalidad ontológica inexplicable, el Derecho mismo no sería susceptible de sistematización alguna teórica acertada.

Pero estos problemas, ontológicos, epistemológicos y, a la postre, lógicos (i.e.: sintáctico-semánticos), tenían repercusiones prácticas: la aplicación y la efectividad del derecho parecían territorios ante los cuales los filósofos del Derecho, creyentes en la posibilidad de una teoría, en sentido contemporáneo, del derecho, se declaraban impotentes o, por lo menos, minusválidos. De ahí que, en mi carrera intelectual, una vez alcanzada una cierta tranquilidad con respecto a los contenidos mínimos de una teoría general del derecho -que expuse con fines didácticos hacia 1979, en mi *Curso*

de teoría general del Derecho, un libro pensado como una síntesis, no de mis preocupaciones, sino de los logros alcanzados en más de medio siglo de aplicación a la práctica científica dogmática de los análisis formulados a partir de la doctrina kelseniana, y también en el *Curso de filosofía del trabajo* que se editara en México en 1981)-, me dedicara a investigar los problemas de la aplicación del Derecho, sobre todo en lo que hace a la interpretación del derecho. Empecé con la monografía sobre *La interpretación literal de la ley* (1971) y continué con el libro sobre interpretación del Derecho y los ensayos sobre análisis de construcciones teóricas de la ciencia del Derecho (por ejemplo: *Obligación y contrato* (1979) y ensayos de circulación interna sobre taxonomías jurídicas). Pero, frente a la tesis hoy corriente de que todo es interpretación -una generalización por lo menos apresurada -, y a los lugares comunes, repetidos hasta el hartazgo, sobre la indefinición, imprecisión, vaguedad, *fuzziness* y otros inconvenientes de los lenguajes jurídicos o del Derecho mismo, me interesaron dos cosas: por un lado, las estructuras lógico-lingüísticas que subyacen al pensamiento teórico de los juristas, y, por el otro, los criterios de decisión y las estructuras preferenciales que dan sentido a los procesos de interpretación y aplicación del Derecho. Vale decir: de su producción o creación social.

Un viejo problema ontológico -la distinción entre la moral o las morales y los derechos positivos- pudo ser replanteado desde una perspectiva lógica: sea cual fuere el tipo de relación que se postulara entre ambos dominios, por lo general no se atendía suficientemente a las consecuencias analíticas que uno u otro tipo de relación propuesta implican. Pero las consecuencias derivables dependen de la lógica efectivamente utilizada. Y se advirtió que muchas de las polémicas tradicionales al respecto permanecían ajenas a esta elemental estrategia. En 1988 publiqué en Granada *Moral y Derecho: sus relaciones lógicas*, donde se planteaba el asunto.

Desde 1990 hemos publicado, junto con el matemático y lógico brasileño Newton da Costa -conocido por sus trabajos sobre sistemas paraconsistentes, entre otros muchos-, varios trabajos en que tratamos de encarar esta cuestión: *Derecho, moral y preferencias valorativas* (1990), *Lógicas normativas, moral y derecho* (1991), y ahora, en este número de Doxa, el ensayo sobre *Lógicas paraclásicas y un análisis del razonamiento jurídico*. Por mi parte, mis convicciones frente al asunto de las relaciones entre derecho y moral quedaron asentadas en *Law and morality: an analysis of their possible relations*, ensayo que leí en la reunión de 1992, en Reykjavik, de la IVR, y cuyas tesis me parecen aún hoy acertadas.

El problema de la racionalidad en el Derecho ante todo requiere poner sobre el tapete los problemas lógicos, tanto para un análisis suficiente del lenguaje jurídico como para encarar problemas epistemológicos importantes, los relativos a una sistematización consistente de datos normativos. En el pensamiento contemporáneo el asunto tiene sus bemoles: a partir del pensamiento de Georg von Wright, con una permanente inquietud con respecto

a la estructura lógica de los sistemas normativos -a partir del *Deontic logic* de 1951 hasta los *Six essays in philosophical logic* de 1996-, se han puesto a prueba diversas lógicas para establecer las estructuras racionales del pensamiento jurídico. En mi país y en mi generación, el pensamiento de Carlos Alchourrón, que acaba de morir prematuramente, ha sido inspirador: Alchourrón, en definitiva, considera que un Derecho positivo cuenta con una estructura racional en cuanto las normas que son consecuencia clásica de otras normas integran el orden jurídico que se considere (véase su trabajo sobre *On law and logic* leído en la reunión de Bolonia, en 1995, de la IVR). Pero hay muchas otras propuestas: desde algunas que parecen resignadas a admitir una cierta idiosincrática lógica propia del derecho (como Francisco Miró Quesada, a cuya propuesta me refiero en *Lenguaje jurídico y lógica jurídica*, 1990), o echan mano de diversas lógicas divergentes. Hoy la referencia obligada es a las lógicas no monotónicas y a las lógicas *fuzzies*. Traté de hacer un balance del estado de la cuestión, a principios de la década del 70, en *Ideologías, lógicas y lógicas de la acción*, aparecido en México, y luego, ya en 1987, en *Derecho y lógica: un balance provisorio*, aparecido en el Anuario de Filosofía del Derecho que se publica en España. He vuelto, una y otra vez, sobre estos temas, por ejemplo, en *Rechstrationalität und rationale Rechtswissenschaft* (1984), *Conceptual analysis, systematization and rationality in legal science* (1984), *Formalization in legal languages* (1986), *Logik und eine phänomenologische Auslegung der Reinen Rechtslehre* (1988), *About an empowerment theory of legal norms and some related problems* (1989), *Racionalidad jurídica y lógicas normativas* (1990), *Legal rationality and divergent normative logics* (1991), *Legal taxonomics and conceptual analysis* (1989), *Lógicas normativas y la reconstrucción del razonamiento jurídico* (1992), *Sull'interpretazione logica degli enunciati giuridici* (1993), *Les règles morales et leur création* (J 995) y *El discurso del derecho y el lenguaje normativo* (1995).

A veces, estos desarrollos se han efectuado en actitud polémica: *Kelsen's Rechtssätze as detached statements* (1986), *Sobre algumas relações lógicas entre sistemas normativos jurídicos e morais* (1989), *Legal rationality and divergent normative logics* (1991), *Est-ce le droit un système?* (1991), y con N. Da Costa, *Logical models for the reconstruction of legal reasoning: fuzzy and paraconsistent logics* (1994).

Pero el cariz de la racionalidad que, me parece, importa en derecho es el de la racionalidad en la toma de decisiones. La interpretación de las normas ha de ser la expresión de una decisión, individual o colectiva, racional. Y si las normas son vistas como expresión de preferencias, como valores como se solía decir, las normas mismas deberían ser el resultado de decisiones racionales. Por lo menos ésa es la pretensión de los sistemas jurídicos -liberales y democráticos- modernos y la aspiración que mantenemos desde la Edad de las Luces. Ahora bien, como se sabe, la racionalidad de una decisión colectiva tiene sus limitaciones, muchas de las cuales han sido encaradas

por los Derechos positivos recurriendo a artilugios que comienzan a mostrar sus grietas. Ello es notorio en los sistemas procesales que buscan superar esa situación tradicional admitida.

En todo caso, la problemática de la interpretación en Derecho, sin incurrir en exorbitancias *à la Derrida*, tiene que hacerse cargo de los resultados inquietantes de la teoría de la decisión, en especial, los planteados por Arrow y Amartya Sen respecto de las conclusiones de la *social choice theory*. Me parece que algunos puntos interesantes para la teoría del Derecho han sido traídos a luz por las exposiciones de la *economic theory of law*, desde los trabajos de G. Becker y R. Posner, resultados que, pese a las graves objeciones filosóficas que han suscitado, merecen ser atendidos. Algo he podido decir al respecto en el trabajo sobre *Interpretación del Derecho* (1994) que se publica ahora en la Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía.

4. Un tema recurrente en el pensamiento iusfilósofico es el de la crítica epistemológica, a saber si la ciencia del Derecho (o, como algunos dicen modestamente: el saber de los juristas) tiene categoría científica o puede llegar a tenerla. Alguna vez has expresado una opinión positiva acerca de este interrogante. ¿Qué criterio de demarcación empleás? ¿Cómo clasificarías las ciencias de tal modo que la taxonomía incluyera la jurídica, y en que clase la pondrías? ¿Cuáles son, a tu juicio, las ventajas y los defectos que la ciencia del Derecho tiene frente a la epistemología escogida como punto de referencia, y de qué modo esperás aprovecharlos?

Fui formado en la creencia de que la ciencia del Derecho -sus múltiples disciplinas, y en especial las referidas al Derecho penal y al Derecho civil- tenían indiscutiblemente carácter de un conocimiento acumulativo institucionalmente transmitido. Jaspers, a quien Cossio aludía, llegó a decir que se trataba de un saber constrictivo (aunque luego caracterizó a las ciencias modernas como falibles, incompletas, parciales, frente a una filosofía como saber total); Husserl nos había convencido que cualquier dominio objetivo, con la suficiente elaboración, podía ser objeto de un conocimiento estricto, es decir: matemático. Kelsen, por su parte, o, por o menos el Kelsen anterior a su traslado a América, partía, como buen neo-kantiano, del hecho dado de una ciencia instituida. Y ¿qué duda cabía ante el pasado milenario de la jurisprudencia? O, en países como la Argentina, ¿cómo dudar ante el hecho de que los estudios jurídicos eran requisito ineludible de toda práctica social reconocida o de una carrera política admisible? Sin embargo, pronto advertí que entre los juristas reconocidos mediaban discrepancias sustanciales; en especial, ello era notorio entre penalistas, cuyas obras magistrales estaban dedicadas en buena parte a la polémica contra penalistas defensores de otras teorías del delito. Y también me sorprendió que para explicar fenómenos al parecer sencillos, como la posesión o los títulos de comercio, se nos recomendara frecuentar múltiples teorías entre sí incompatibles: cien teorías distintas para explicar la naturaleza de la letra de cambio no podían

pretender ser todas verdaderas. Para paliar semejante situación, Cossio inventó la tesis que la ciencia del Derecho tenía esencialmente un carácter polémico. Pero, ¿polémico con quién? Los juristas teóricos, desde sus cátedras, parecían convivir sin mayores dificultades ante conjuntos tan desperdigados de doctrinas, doctrinas que los abogados prácticos y los jueces utilizaban sin resquemor como les conviniera. En una oportunidad, recurriendo a técnicas de análisis de contenido, a un grupo de compañeros se nos ocurrió estudiar en qué diferían los enfoques teóricos de civilistas de declarada tendencia iusnaturalista, frente a civilistas proclives al positivismo. Encontramos que entre las ideologías asumidas y las actitudes teóricas había poca o nula relación: positivistas y iusnaturalistas encaraban de manera bastante similar los datos; los presupuestos teóricos utilizados por los unos y los otros se caracterizaban, ante todo, por su carácter tradicional y poco explícito y, luego, por su insólita semejanza.

Años después, en la Argentina y en muchos otros países de tradición romanista, el carácter casi sagrado de la jurisprudencia tradicional hacía crisis. Por un lado, se advertía que el discurso pretendidamente verdadero de la jurisprudencia era más que nada un arma retórica utilizada pragmáticamente para defender tales o cuales intereses. Por el otro -aspecto destacado sobre todo por los juristas que comenzaban a leer a Marx y a los marxistas franceses-, se hizo un lugar común bautizar a la jurisprudencia tradicional de discurso ideológico reaccionario. Los juristas tradicionales, por lo que se comprobó, se abstuvieron de participar en tales contiendas y continuaron produciendo, imperturbables, los densos tomos de interminables tratados. Parecía, pues, que la polémica supuestamente ínsita en la ciencia jurídica se cumplía en un campo de batalla dividido e incomunicado. Efectivamente, pasadas las críticas décadas del 60 y el 70, la producción de ciencia del derecho se sigue cumpliendo conforme a indiscutidas pautas tradicionales. Por cierto que, de vez en cuando, un libro suscitaba inquietud: así fue en la Argentina, con el Tratado de Derecho Penal de Sebastián Soler, en la década del 40, o con el libro sobre Arbitrariedad y Recurso Extraordinario de G. R. Carrió, en la década siguiente. Pero eran excepciones.

La filosofía analítica introdujo una cuña perturbadora: metodológicamente hablando, las disciplinas jurídicas parecían relativamente ingenuas. O, en otros casos, cabía mostrar que incurrían en falacias, inconsistencias, confusión de niveles de lenguaje, males que la teoría de la ciencia entonces en boga condenaba implacablemente. Por añadidura, las estructuras teóricas y las construcciones teóricas con que nos manejábamos plácidamente fueron puestas en cuestión. La primera que cayó fue la *Grundnorm* kelseniana que su propio padrino (dado que Kelsen repudiaba su paternidad) había descartado. Con ella se derrumbaban ideas prestigiosas: la unidad de los órdenes jurídicos, la estructura jerárquica y la supremacía de las constituciones positivas, las funciones sistemáticas de la jurisprudencia. Me correspondió sembrar alguna de estas inquietudes, con mi trabajo sobre *La función sistemática*

de la norma fundamental, en 1960. Mal podíamos sospechar entonces que otras funciones, expresas o latentes, que la ciencia del derecho cumplía desde siempre iban a ser puestas en la picota y fuertemente repudiadas.

La muerte y resurrección de la vieja, vieja ciencia del Derecho es historia conocida: tachada de cómplice de cuanta injusticia se había llevado a cabo (así, por ejemplo, en América Latina era baldada como bastión de la dependencia) y de impotencia ideológica culposa, el desprestigio de la ciencia del derecho alcanzó su cenit hacia fines del 70. Luego se ha ido recuperando; las casas de estudio la siguen transmitiendo y difundiendo y, acaso, produciendo. Jueces, políticos y abogados confían en ella para salvaguardar la seguridad política y, con el paulatino ocaso de los regímenes socialistas y la instauración de sistemas económico-políticos liberales, de una ciencia que se pretendió asumiera un rol crítico en cada sociedad, hemos vuelto a una ciencia satisfecha con alcanzar una descripción adecuada del sistema normativo que sea. Obviamente esta jurisprudencia neutral y puramente descriptiva no se ajusta demasiado a los modelos teóricos de las ciencias duras: ¿qué conjunto de hipótesis cabía verificar o falsificar, cuando los juristas ni tenían noticias de que una teoría se configuraba como un conjunto de hipótesis en un modelo deductivo? ¡Y ahora se veía en la jurisprudencia un discurso dirigido a un auditorio compuesto por jueces, abogados, funcionarios judiciales, etc., una casta profesional formada por los llamados «operadores jurídicos», como se dio en llamar a este sector social! En lugar de buscar la verdad o la justicia, la jurisprudencia intentaba ahora recopilar formas argumentativas destinadas a lograr consenso en algún respecto por los mentados operadores jurídicos o discutir interminablemente pseudo-cuestiones morales relativas a la legitimidad de tal o cual Derecho positivo.

En otros términos: las contiendas alrededor de la legitimidad de la jurisprudencia *qua* ciencia, que solían dirimirse anteriormente alrededor de planteos ontológicos, da paso a una tendencia en que lo que importa es la eficacia del discurso científico del Derecho como motivador de políticas decisorias. Los criterios de demarcación, como vos decís, que solían atenerse a pautas supuestamente objetivas: ¿el Derecho es un dato fáctico social? ¿el Derecho es un conjunto de normas implantadas por legisladores humanos y nada más, o bien es un conglomerado articulado de valores, comportamientos sociales y normas promulgadas? Y hasta: ¿el Derecho es un dato inefable captable, a veces, en alguna intuición con que captamos la justicia o injusticia de una situación?, han perdido interés teórico. Es fácil comprobar que aún aquellos juristas que hacen artículo de fe -pues de eso se trata- de que el derecho es una manifestación del valor «justicia» (u otros) en el marco de la conducta social pautada, poco se preocupan porque sus manifestaciones lingüísticas reflejen los presupuestos ontológicos postulados; así, en América Latina, los programas «tridimensionales», como el propuesto por M. Reale, poco atienden a la constitución de sus enunciados teóricos y a sus condiciones de verdad, dadas tales supuestas múltiples dimensiones ontológicas.

Esta suerte de estrabismo ontológico, según el cual, para una comprensión o explicación suficiente del Derecho, se requiere visualizarlo tanto en sus aspectos normativos como en sus aspectos axiológicos y fácticos, es, me parece, una herencia del dualismo que el iusnaturalismo, inculcado durante varias décadas por el pensamiento eclesiástico en España, ha sembrado en la especulación jurídica en nuestros países. De ahí también el maridaje entre supuestas teorías morales y la teoría jurídica. El reciente ensayo inicial de una teoría general del derecho de M. Atienza y J. Ruíz Manero lo admite desde las primeras páginas. No ha sido tal la tradición del positivismo analítico que se desarrolló en la Argentina con la obra de Cossio, de Gioja, de Alchourrón, de Bulygin, de Farrell, la tuya y la mía, tradición mucho más fiel a la problemática de la unidad objetiva del conocimiento jurídico del derecho y su punto de partida en conjuntos normativos positivos.

No tengo, pues y en principio, resquemor con respecto a la posibilidad de un conocimiento científico del derecho. Pareciera, también en principio, que no hubiera razón atendible para denegar esa posibilidad frente a cualquier configuración objetiva que encontremos o que constituyamos.

Dudo, en cambio, de que frente a los diversos panoramas en que los juristas dicen encontrar al derecho tengamos que resignarnos a una forma paradigmática de teorización, en especial, cuando la misma es tomada, por unos, de las ciencias duras físico-matemáticas, y por los otros, de dominios tales como la psicología y la historia, donde prosperarían los procedimientos hermenéuticos. Creo, más bien, que dada la delimitación borrosa del tema objetivo que la jurisprudencia encara caben diversos niveles de teorización. Al fin y al cabo, muchas de las elaboraciones jurídicas que aún hoy utilizamos no sobrepasan el nivel de una glosa con livianas pretensiones sistemáticas, similar a la dudosa tarea científica que practican los críticos literarios. En otros casos, como en la doctrina penal, se construyen modelos teóricos complicados a los cuales se trata, luego, de adaptar los datos normativos y fácticos recibidos. Pero, por lo general, la labor teórica, echando mano de viejos conceptos supuestamente originados en los jurisconsultos romanos y los civilistas franceses, en nuestra tradición continental comienza con esquemas taxonómicos: la ciencia del Derecho es, sobre todo, un conocimiento clasificador. Por cierto que las taxonomías jurídicas, por lo que he podido ver en mis trabajos sobre *Taxonomías jurídicas y clasificaciones jurídicas* (1988), suelen ser poco rigurosas desde un punto de vista lógico y abrevan en viejos dualismos filosóficos que persisten en el tradicional lenguaje jurídico, v.gr. la distinción imprecisa entre dolo y culpa, entre responsabilidad y culpa, entre capacidad e incapacidad, entre facultad y derecho subjetivo, entre otros. En estos aspectos, como se advierte en la producción de la generación más reciente de juristas en mi país, la conciencia adquirida de los problemas epistemológicos que esta ciencia de validez preponderantemente retórica, pero con aspiraciones tradicionalmente más altas, y los requerimientos que al conocimiento teórico del Derecho imponen

las exigencias de la cibernética, permiten abrigar esperanzas de que alcanzaremos un conocimiento teórico del derecho más sólido; esto es, verificable, objetivamente cuestionable y, quizás, socialmente útil. El contar con un fundamento general teórico para tales ciencias me parece que es el mérito grande y la iniciativa importante del pensamiento kelseniano, pues, obviamente, tenemos que tener un conjunto de categorías metacientíficas (lógicas y otras), para que el conocimiento actual, «rapsódico» del derecho (como decía Kant), se convierta en un discurso teórico sistemático. Me parece que la actitud crítica que estuvo de moda en la década pasada, aunque tenga mucha razón en sus reproches políticos a la ciencia jurídica tradicional, no provee suficientemente de esos fundamentos necesarios o los esquiva frívolamente.

5. Desde el punto de vista teórico, siempre has asumido una posición de escepticismo crítico, ligada al no cognitivismo. ¿Corresponde concretamente a tu pensamiento negar todo valor de verdad a cualquier enunciado ético, o aceptarías alguna verdad relativa? En caso afirmativo, ¿cuáles serían los parámetros en lo que tal verdad pudiera predicarse? Y en cualquier caso, ¿de qué modo fundarías tus propias actitudes morales?

Entiendo que te referís a cuestiones morales. Confieso que, habiendo visto pasar tantas y tantas concepciones éticas -intuicionismos y cognoscitivismo de la más variada índole y generalmente dogmáticos-, fundadas supuestamente en posturas epistemológicas antagónicas, guardo una cierta reserva -si se quiere llamarla escéptica- con respecto a las doctrinas morales circulantes. Entendámonos bien: como cualquier persona tengo mis convicciones morales y políticas, convicciones morales y políticas que no pretendo sean siempre de validez universal e inmutables. En ese sentido, me parece que los credos y recetas morales que se difunden valen como otras tantas opiniones, respetables o no, según quién sea el que las sustente y cuáles sean sus consecuencias previsibles. Me refiero especialmente a morales prescriptivas. No dudo que cabe hablar con sentido de valores morales, de normas morales, de sistemas morales: cabe dar de tales nociones explicaciones bastante satisfactorias. Así las teorías de la preferencia y de las elecciones (subjetivas o sociales) permiten entender racionalmente lo que se suele afirmar de entidades más tenues o inasibles, como los valores. De la literatura en que uno se formó en esos terrenos: Scheler, Ortega, Hartmann, poco ha quedado. La condena que Heidegger llegó a formular contra el concepto de valor, *Wert*, viéndolo como una blasfemia que distorsionaba la comprensión de las cosas (de los entes) a partir de su ser, parece cumplirse acabadamente en el campo del derecho, donde todo se intentaba explicar recurriendo a una noción de valor, tan prestigiosa como oscura. El valor de la persona humana, el valor del derecho en sí mismo, el valor de la justicia y otros muchos valores eran tópicos usuales de moralistas y juristas. Para colmo, tan pronto se bajaba de la especulación metaética al nivel de códigos

morales prescriptivos concretos, nos encontrábamos con un legalismo exagerado que ni el más perverso de los positivistas ideológicos imaginado por Bobbio se hubiera atrevido a sostener. Curiosamente, esa tendencia subsiste: se ve en alguna moral -la propuesta, materialmente o procesalmente, por cada quien- el fundamento de validez de todas las demás normas sociales.

Las normas jurídicas, para buena parte del pensamiento jusnaturalista expreso contemporáneo (que poco influye sobre las construcciones teóricas de los juristas), y del pensamiento jusnaturalista *qui n'ose pas dire son nom*, como en Dworkin, Nino y buena parte de la escuela crítica francesa, debieran tener fundamento moral para tener fuerza obligatoria, para existir como normas. Pero, a poco, como en las teorías dualistas sobre los derechos humanos, encontramos que esas normas morales, esos derechos morales, requieren para hacerse efectivos, para llegar a ser en algún sentido, manifestarse como normas jurídicas positivas. Sólo que, entonces, la existencia de tales normas morales se convierte en meramente postulada; las normas jurídicas positivas, en cambio, sólo son admitidas como tales si pueden pasar el test de algún proceso de verificación de su producción y subsistencia.

Pero me preguntás por la verdad de los enunciados éticos. Si por tales entendemos a normas en sus usos prescriptivos, claro está que ciertas nociones de verdad -como correspondencia- no son viables para tales prescripciones. Si pensamos a las normas como proposiciones ideales, podemos, incurriendo en un platonismo bastante inútil hablar de verdad de normas, en cuanto son deductivamente demostrables de las normas supremas que consideramos punto de partida. Si las normas expresan preferencias, bueno, no parece tener mucho sentido pensarlas como dotadas de verdad objetiva, pues las preferencias son relaciones entre estados de cosas y nadie postula preferencias universales en tal marco. Pero me parece que en todo este asunto hay varias confusiones: si las normas, en su expresión prescriptiva, son analizadas lingüísticamente, resulta que constituyen expresiones complejas, como he destacado desde *Modelos formales y generativos de enunciados normativos* (1972): muchas veces, algunas de las oraciones imbricadas en esos enunciados normativos complejos aceptan o requieren de verificación empírica. Es el caso, por lo común, de las apódosis fácticas de normas hipotéticas. Pero, aun en ellas, los consecuentes deónticamente modalizados contienen enunciados declarativos susceptibles de verdad o falsedad empírica (por correspondencia). Por añadidura, muchas veces confundimos en el lenguaje corriente y aun en el lenguaje técnico de la jurisprudencia, las normas prescriptivas con los enunciados que predican algo de esas prescripciones. Y esas proposiciones descriptivas, como quería Kelsen, las *Rechtssätze*, pueden ser verdaderas por correspondencia (con algunas reservas). Al respecto, me parece que mi trabajo, publicado en España en 1993, sobre *Deberes prescriptivos y deberes descriptivos* pone alguna claridad en este berenjenal.

Ahora, si se trata de verdad por consistencia, aceptándose alguna lógica adecuada para los lenguajes normativos, y postulándose alguna propiedad hereditaria transmisible por procedimientos lógicos -llámesela verdad, validez, o lo que sea-, no habría dificultad en hablar de la verdad, por decir así, de los enunciados éticos. Pero me sigue pareciendo que se trata de un recurso más de persuasión retórica, pues la verdad de los preceptos morales o jurídicos poco tiene que hacer con la sólida verdad de las ciencias empíricas y con la inmutable verdad de las disciplinas formales (como quisiéramos creer).

Quienes hablan alegremente de verdades morales suelen ser esquivos, por lo común, para explicitar las lógicas a las que recurren. En cuanto a mis propias actitudes morales, creo que se fundarían en las creencias, preferencias y, ¿por qué no?, gustos y deseos que cultivo. Los mismos me han sido inculcados y, a lo largo de mi vida, los he ido modificando. No me parece que las actitudes morales mías, en lo que hace a la vida cotidiana e, inclusive a esa vida artificial que denominamos vida académica, difieran grandemente de las actitudes corrientes en personas de mi edad y formación en los países de civilización europea. Ignoro si comparto tales preferencias y creencias con hombres con los cuales no he tenido comunicación, sean caníbales del Amazonas, muslims del Irán o shintoístas fervientes en el Japón.

6. *Querría ahondar un poco más en el tema de los argumentos morales, que en tu obra suelen aparecer como actitudes sustentadas por terceros sujetos. Vos mismo tendrías algunas opiniones políticas que, por ejemplo, te hacen preferir un estado democrático antes que otro fascista. Probablemente no creas posible justificar esas opiniones mediante una demostración* more geometrico. *Pero también es probable que opiniones de esa clase no dependan directamente de una elección emotiva. ¿Cómo explicarías tus preferencias?*

Creo que he manifestado varias veces mi desconfianza ante las morales argumentativas. Otra cosa es la cuestión de la preferencia que ciertamente sustento a favor de regímenes democráticos. En mi país, desde que recuerdo, hemos transcurrido por regímenes tan diversos y, al repasar ahora lo que hemos vivido, no puedo menos de incurrir en una suerte de relativismo histórico o cultural cuando de democracia se habla. Así, el primer gobierno de Perón, a fines del 40, ostentaba legitimidad democrática indudable: había sido elegido en comicios libres, frente a regímenes conservadores anteriores surgidos del fraude. Pero ese inicial gobierno peronista ciertamente no era un régimen liberal. Sin embargo, no puedo menos que recordar que, cuando debí vivir en Suiza, a partir de 1951, me sorprendía advertir que la vida en Suiza, rígida y reglamentada, era, en algún sentido, mucho menos democrática que la vida que se vivía en un Buenos Aires supuestamente fascista. Los estilos de vida eran demasiado diferentes como para rotularlos con las mismas categorías. La democracia helvética, para un porteño de entonces,

era insoportable; el desorden y libertad casi libertina del porteño de entonces seguramente habrían parecido anárquicos a un suizo prolijo. Tengo muchos ejemplos similares: recientemente, en la década del 80, comprobé en Alemania Occidental que muy democráticos y liberales profesores de filosofía del derecho aceptaban resignadamente consignar su afiliación a creencias religiosas que no sustentaban por temor a la opinión académica; en España, luego del cierre del franquismo, ciertos tabúes sociales poco democráticos, como un respeto tradicional a jerarquías sociales y a figuras simbólicas, como la del rey, nos hubieran parecido, en la Argentina, impropias de una democracia. Y es notorio que democracia no significa, ni significó, nunca lo mismo en países de la región: ¿alguien se atrevería a cotejar la democracia mejicana bajo el P.R.I., con los regímenes presidenciales argentinos? O el caudillismo regional brasileño con el sistema de gobernadores provinciales de mi país? Hoy se afirma que en los países americanos rigen sistemas democráticos, como, parejamente, se sostiene con respecto a los países europeos luego de la caída del muro de Berlín. Pero así como hay poco de común entre la meneada democracia italiana y la atildada democracia sueca, y poco comparten la democracia peruana o paraguaya con la democracia actual argentina, preferir un estado democrático en abstracto quiere decir poca cosa, aunque no es posible actualmente declararse contrario.

Ciertamente que la preferencia por un régimen democrático no se demuestra deductivamente. En rigor, ninguna preferencia se demuestra, sino que se la padece, admite, consiente, recibe, etc. Se hace difícil, sin embargo, sostener que la preferencia por la democracia resulte de algún tipo de experiencia intuitiva, aunque, sin duda, la experiencia vital de cada uno ha sido un factor de peso en las preferencias políticas que luego se van manifestando. Además vivimos en una época en que ciertas palabras, que podrían admitir definiciones más rigurosas, están revestidas de una carga emocional tan grave que es casi imposible discutir al respecto con alguna neutralidad. Hoy, por ejemplo, la Iglesia romana ha encontrado entre sus enemigos a lo que llama «relativismo», término bajo el cual cabe entender muy variadas cosas. Es cierto que, en un plano formal y riguroso, un relativismo consecuente puede conducir a inconsistencias. Pero, a nivel del habla corriente y de los lenguajes naturales, las consecuencias catastróficas del relativismo ético se diluyen, si es que se advierten. Curiosamente, las comprobadas consecuencias nefastas de los fundamentalismos (objetivismo, etc.) morales o religiosos son tomadas poco en serio. Y si bien es claro que los regímenes tiránicos de los que tenemos memoria se han fundado -cuando han pretendido fundarse en algo- en convicciones resultantes de éticas fundamentalistas objetivas dogmáticas, se repite muy apresuradamente y sin prueba alguna que el relativismo ético lleva al totalitarismo y que es incompatible con la democracia. No puedo dejar de recordar una recomendación que recibí de H. Kelsen: para éste, la existencia objetiva de las normas

morales era cuestionable toda vez que no existía, ni existe, una ciencia asentada de la moral. Tenemos opiniones y especulaciones morales, por cierto, pero nada más. Kelsen me sugirió, partiendo de su propia experiencia biográfica, que en aquellos regímenes políticos donde se comenzaba a hablar demasiado de la moralidad, pública o privada, como asunto primordial y se ponía de lado argumentos jurídicos o políticos, para evaluar la conducta de los ciudadanos desde una supuesta moral, lo mejor era huir preventivamente de tales sistemas opresivos. Leo también ahora, con motivo de las discusiones sobre la constitución que tiene que adoptar la ciudad de Buenos Aires -mi ciudad, que ha adquirido autonomía en virtud de una reforma de la constitución nacional- que algunos sectores religiosos proponen que en la declaración de principios o preámbulo se mencione a Dios, pues, al parecer, no mencionar a alguna divinidad implicaría algo así como fundar la democracia en la negación de Dios, sea ello lo que fuere. Recuerdo haber leído, en la literatura jurídica española, unas disparatadas propuestas similares. Resulta, empero, que la mención requerida carece de todo efecto, pues esas declaraciones no tienen efectos normativos. Más curioso me pareció leer en un esbozo de declaración universal de principios morales, proyectado por una reunión de iglesias, a instancias de Kühn -declaración que no pasa de una versión aguada de una ética kantiana- que se evitara la mención de Dios, pues se trataba de un factor de divergencia y conflicto. Algo semejante nos pasa hoy con los derechos humanos, cuya mención retórica pareciera condición necesaria para un régimen democrático. No puedo olvidar que, hace ya muchos años, un organismo de las Naciones Unidas consideró que la constitución dictada en Santo Domingo para satisfacer nada menos que a un dictador tan siniestro como Trujillo fuera considerada modelo de respeto suficiente de los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En definitiva: con respecto a la democracia, me gusta mucho la tesis de J. Mosterín. Sin duda, en cuanto sistema social es el menos malo de los sistemas de gobierno (Mosterín *dixit*); pero no por eso deja de ser un régimen con defectos. Uno de ellos es el fraude mayor o menor que tienen todos los sistemas electorales: de ahí que la representación política sea frustrante, de ahí que subsistan instituciones inútiles (como los senados), de ahí que se sacralicen los sistemas judiciales, pese a su notoria ineficiencia. Seguramente, quisiéramos creer que pautas de convivencia racionales puedan ser mejor alcanzadas bajo un régimen democrático que en un régimen autoritario donde vale la voz del amo ocasional. Pero el imperio de la razón se logra apenas hasta ahora y, en todo caso, en forma desesperadamente lenta.