DOXA

20

CUADERNOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO

SeminariodeFilosofía
delDerechodela
Universidadde
Alicante

CentrodeEstudiosConstitucionales

Alicante,1997

Índice

- Presentación
- Estructura y dinámica de los sistemas jurídicos
  - Mauro Barberis - Conjuntos y sistemas. Una objeción a Alchourrón y Bulygin
  - Pierluigi Chiassoni - Notas para un análisis silogístico del discurso judicial
  - Enrico Diciotti - Sobre la inadecuación del modelo deductivo para la reconstrución de las justificaciones interpretativas de los jueces
  - Marina Gascón Abellán - Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes
  - Daniel González Lagier - Cómo hacer cosas con acciones. (En torno a las reglas de acción y a las reglas de fin)
  - María Cristian Redondo - Teoría del Derecho e indeterminación normativa
- Artículos
  - Joseph Raz - La intención en la interpretación
  - Luigi Ferrajoli - Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho
  - Anna Pintore - Consenso y verdad en la jurisprudencia
  - Daniel Mendoca - Sobre una concepción compleja de las normas
  - Adrián Rentería Díaz - Silogismo jurídico, argumento «a contrario» y reglas constitutivas
  - Ian Shapiro - Elementos de la justicia democrática
  - Julio Seoane Pinilla - Comunitarismo. Multiculturalismo. Un comentario
  - Roberto Gargarella - John Rawls, «Politica Liberalism» y sus críticos
  - Enrique E. Marí - Las teorías y sus influencias políticas y socio-jurídica en los problemas de la democracia
  - Mª Teresa López de la Vieja de la Torre - Relevancia y aplicabilidad en Ética
- Notas
  - Andrzej Grabowski - Clasificar valores en el Derecho. Sobre la concepción de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero
  - Oscar Lucas González-Castán - El contractualismo liberal de Gauthier como falsa ideología
  - María Elósegui Itxaso - Kymlicka en pro de una ciudadanía diferenciada
- Entrevista
  - Manuel Atienza - Entrevista a Gustavo Bueno

A la memoria de Genaro R. Carrió
(1922-1997)

P R E S E N T A C I Ó N

Hace algunos años, en 1990, DOXA dedicó su número 7 a Genaro Carrió y, con tal ocasión, publicó una entrevista que le hacía Carlos Nino sobre diversos aspectos referentes a su biografía intelectual. A la pregunta de cuáles eran sus proyectos futuros, Carrió respondía con lucidez y pesimismo: «Sé lo que tendría que hacer pero no es en modo alguno fácil ni probable que lo haga». Carrió -como el lector probablemente ya sepa- murió en Buenos Aires en octubre de 1997 y dejó, en todos los que le conocimos y apreciamos, el recuerdo de alguien que supo lo que tenía que hacer y lo hizo: en la teoría y en la práctica. Quienes hacemos DOXA queremos dedicar este número 20 a la memoria de quien fue -en palabras de Nino «una excepción relevante» de su generación, pues supo conjugar una «actividad teórica profunda» con una actividad profesional y pública ejercida «con brillante éxito y con una dignidad particular dada su actuación destacada en casos de abusos a los derechos humanos».

La sección monográfica de la revista recoge, bajo el título de «Estructura y dinámica de los sistemas jurídicos», los trabajos presentados en el II Congreso Hispano-Italiano de Teoría del Derecho, celebrado en Miraflores de la Sierra en octubre de 1996 y que giró en torno a problemas planteados por Normative Systems*, 25 años después de la aparición de ese libro. El primero de ellos es un trabajo de Mauro Barberis* (Conjuntos y sistemas. Una objeción a Alchourrón y Bulygin) *en el que se reconstruye el papel jugado por el libro de Alchourrón y Bulygin en el giro doctrinal que supuso la sustitución de la teoría de la norma por la teoría del sistema jurídico, como base de la teoría del Derecho. Barberis analiza tres limitaciones al presupuesto de que el Derecho es un sistema, usualmente presentes -aunque sólo en forma implícita- en la literatura sobre el tema, efectúa algunas objeciones*

al modelo de Normative Systems *y termina por cuestionar el presupuesto mismo de la sistematicidad del Derecho.*

Pierluigi Chiassoni (Notas para un análisis del discurso judicial) *se ocupa de dos tesis sobre el razonamiento judicial, defendidas por Alchourrón y Bulygin en algunos de sus trabajos. La primera sostiene que el razonamiento justificativo de los jueces puede reconstruirse como un razonamiento silogístico, y la segunda que los únicos «enunciados interpretativos» utilizados por los jueces para justificar sus decisiones son enunciados analíticos. Pues bien, en opinión de Chiassoni, mientras que la primera de esas tesis puede confirmarse «experimentalmente» sobre la base de distinguir diversos tipos de silogismos judiciales (normativos, interpretativos, calificativos, de enlace y probatorios), la segunda no sería aceptable, precisamente porque los jueces usan una variedad de enunciados interpretativos que no tienen carácter analítico.*

Sobre ese mismo tema versa el artículo de Enrico Diciotti: Sobre la inadecuación del modelo deductivo para la reconstrucción de las justificaciones interpretativas de los jueces. *Sus tesis pueden sintetizarse así: la justificación de una tesis normativa o valorativa sólo es racional si es conforme al modelo deductivo; un modelo deductivo de justificación interpretativa judicial es inadecuado para dar cuenta del contenido efectivo de tales justificaciones; dicho modelo deductivo es inútil a los efectos de controlar la corrección de las tesis interpretativas judiciales; las justificaciones interpretativas de los jueces no son racionales y sólo pueden -en el mejor de los casos- ser consideradas como «imperfectamente racionales».*

Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes*, de Marina Gascón, tiene como objetivo estudiar con detenimiento dos distinciones habituales de la teoría del Derecho: nulidad y anulabilidad, e inexistencia e invalidez. En su opinión, la última de esas distinciones no tiene alcance teórico, pero sí cierto interés práctico en los sistemas jurídicos que establecen un modelo de invalidez de las leyes distinto al que se aplica al resto de los actos jurídicos y que, generalmente, se concreta en la cuestión de inconstitucionalidad.*

El trabajo de Daniel González Lagier (Cómo hacer cosas con acciones) *analiza también una distinción (entre normas de acción y normas de fin), a partir de la obra de von Wright: las primeras tienen la forma canónica «es obligatorio* p*», donde* p *es un verbo de acción en infinitivo, esto es, el nombre de una acción genérica o clase de acciones; las segundas tienen la forma canónica «es obligatorio que* p*», donde* p es una oración que describe un estado de cosas. Para aclarar el alcance de la distinción, González Lagier muestra en qué casos se puede -y en qué casos no- traducir un tipo de normas al otro.

Finalmente, la sección se cierra con el artículo de María Cristina Redondo, Teorías del Derecho e indeterminación normativa*, que se divide en tres partes. En la primera, Redondo distingue tres versiones de la discusión entre las posturas «deterministas» e «indeterministas». A continuación, se centra en el problema de la determinación del contenido del Derecho, esto es, en la posibilidad de que un sistema jurídico brinde respuestas univocas. y concluye, en la tercera parte, defendiendo la tesis de que «si se rechaza el realismo metafísico respecto de la ontología jurídica y se acepta que la vaguedad constituye un problema semántico, la tesis indeterminista respecto del contenido del Derecho es inevitable».*

La sección de artículos de tema librese abre en este número con un trabajo de Joseph Raz: La intención en la interpretación*. En relación con este tema, Raz distingue y discute el alcance de dos tesis. Una es la «tesis radical de la intención», según la cual una interpretación es correcta en Derecho si y sólo si refleja la intención de la autoridad. La otra sería la «tesis de la intención de la autoridad», conforme a la cual, en la medida en que el Derecho deriva de la legislación (tiene origen deliberado, no espontáneo), su interpretación debe reflejar las intenciones del legislador. Raz considera que esta última tesis es correcta y compatible con su noción de autoridad.*

En Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho, Luigi Ferrajoli se propone desarrollar un fragmento de una teoría del Derecho mediante el método axiomático. Toma como términos primitivos: «permiso», «modalidad», «expectativa» y «sujeto», y concentra sus esfuerzos en el análisis de las «expectativas». A su juicio, este concepto, aunque extraño al léxico jurídico corriente, debe ser formalizado como noción basilar para el análisis de la fenomenología del Derecho; en particular Ferrajoli considera que es esencial para la definición de «derecho subjetivo».

Anna Pintore defiende, en Consenso y verdad en la Jurisprudencia*, las cuatro tesis siguientes: 1) la cientificidad y la verdad de los discursos en la ciencia jurídica son problemas distintos y relativamente independientes; 2) los discursos de la Jurisprudencia no son científicos, pero sí pueden ser calificados como verdaderos o falsos (en el sentido de la verdad como correspondencia); 3) el consenso no puede ser considerado como criterio de verdad u objetividad de esos discursos; y 4) la pretensión de otorgar valor epistemológico al consenso no se compadece con el papel que debe jugar el jurista en el Estado democrático de Derecho.*

En el artículo que le sigue, Daniel Mendonca (Sobre una concepción compleja de las normas) *analiza un trabajo de Carlos Nino, publicado en su libro póstumo,* Derecho, moral y política. Los puntos de discusión son los

siguientes: escepticismo y positivismo; constructivismo ético; hechos normativos; punto de vista interno y externo; validez y justificación; justificación de acciones y decisiones; competencia y juicios normativos; las normas como actos; lógica de los juicios normativos; ciencia del Derecho.

Adrián Rentería (Argumento a contrario y reglas constitutivas) *aborda también (como Chiassoni y Dicciotti) el problema de la representación lógica de las decisiones judiciales. En particular se pregunta de qué manera puede darse cuenta, desde un punto de vista lógico, del razonamiento de los jueces mediante el que se concluye la absolución de un acusado a partir de la negación del antecedente de hecho de la norma y que parece incurrir en la falacia del* non sequitur. *La solución que propone Rentería consiste en analizar el argumento a partir de una concepción de las reglas constitutivas que distingue en las mismas dos dimensiones: una explícita y otra implícita.*

La defensa de una concepción de la justicia social elaborada según el patrón de la democracia política es el objetivo que persigue Ian Shapiro en Elementos de la justicia democrática. *Para ello, tiene que enfrentarse con la «ortodoxia académica» que no sólo considera que la democracia política no garantiza la satisfacción de la justicia social, sino que parte de la existencia de un antagonismo tendencial entre ambos ideales. Desde su punto de vista, «aunque la democracia no es suficiente para asegurar la justicia social, los argumentos acerca de la democracia y la justicia social están más entrelazados de lo que sugiere la oposición tradicional».*

En Comunitarismo. Multiculturalismo. Un comentario*, Julio Seoane reconoce que las propuestas comunitaristas y los debates multiculturalistas han planteado asuntos que una noción de ciudadanía democrática ha de tomar en cuenta. Pero también muestra la debilidad de los planteamientos comunitaristas y multiculturales que, por sí solos, difícilmente pueden dar cuenta de nuestras democracias. Los primeros manejan una estrecha concepción de comunidad, utópica por cohesionada; los segundos tienen una comprensión de la cultura excesivamente simplista. Ambos, según Seoane, manejan una noción de individuo demasiado fuerte para componer nuestra ciudadanía.*

El trabajo de Roberto Gargarella (John Rawls, «Political Liberalism», y sus críticos) tiene también que ver con la contienda entre liberalismo y comunitarismo. Gargarella examina aquí los cambios introducidos por Rawls en su obra «Political Liberalism» respecto de su «Teoría de la justicia» y algunas críticas que se han dirigido contra la primera. Según Gargarella, «tales cambios no han afectado tanto al corazón de su teoría -la llamada "justicia como equidad"- como a la presentación de la misma, y la metodología recomendada para llegar a afirmarla».

Enrique Marí (Las teorías y su influencia política y socio-jurídica en los problemas de la democracia) *analiza críticamente la influencia que ejercen las teorías socio-económicas sobre la democracia, para lo cual efectúa un recorrido histórico desde Platón a la modernidad. Marí sostiene que en la actualidad ha surgido una nueva «raza» de teóricos que «se apropian de la teoría científica, económica y social, y de una filosofía que llaman posmoderna, para justificar una democracia que no se hace gobernable si no se cobija perversamente en un gran paraguas que la preserve de la pobreza de los seres humanos, y la sistemática destrucción de los bienes naturales».*

Finalmente, María Teresa de la Vieja (Relevancia y aplicabilidad en ética) *aborda la cuestión de la vinculación entre la teoría ética y la racionalidad práctica, entre el filósofo práctico y el experto. En particular, se pregunta por el papel que han de jugar las éticas especiales -la ética aplicada- en la filosofía moral. En su opinión, «las éticas aplicadas pueden ser una insoslayable piedra de toque, pero no una alternativa [a la teoría ética]»; «los campos especiales funcionan como* test *para la teoría ética», pero ésta «sigue siendo el foco central».*

Andrzej Grabowski abre la sección de Notas con un trabajo (Clasificar valores en el Derecho. Sobre la concepción de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero) *en el que analiza críticamente las clasificaciones sobre los valores jurídicos propuestas en el libro de Atienza y Ruiz Manero,* Las piezas del Derecho. *Considera adecuada la «clasificación principal» entre valores intrínsecos y extrínsecos, pero estima que debe entenderse como referida a juicios de valor no a valores. Además, propone algunas clasificaciones adicionales y, en particular, una que considere los valores sustantivos de cada ordenamiento.*

A continuación, Óscar González-Castán (El contractualismo liberal de Gauthier como falsa ideología) *critica el contractualismo liberal de Gauthier al que objeta fundamentalmente el descansar en presupuestos morales y actitudes existenciales que no pueden ser asumidos por todos de una manera racional; González-Castán se centra para ello en la noción de «dotación natural».*

En la última de las Notas, María Elósegui (Kymlicka en pro de una ciudadanía diferenciada) *expone las ideas más importantes que se encuentran en* Ciudadanía multicultural*, prestando especial atención a la tesis de que la teoría política liberal no debe defender sólo los derechos de los individuos, sino también los de los diferentes grupos culturales.*

La entrevista que publicamos en este número 20 no es con un filósofo del Derecho, y ni siquiera con un filósofo práctico, sino con un filósofo tout court*, Gustavo Bueno, sin duda uno de los más profundos y originales pensadores de la España de posguerra. A preguntas de Manuel Atienza, Bueno*

trata una variedad de temas que no pueden dejar de interesar al lector filósofo del Derecho: desde sus contactos teóricos y prácticos con el mundo del Derecho, al papel de la filosofía del Derecho en el conjunto de la filosofía, pasando por cuestiones como la de la distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación, las conexiones entre Retórica y Derecho, la situación actual de la filosofía o los derechos humanos.

La bibliografía correspondiente a la filosofía del Derecho española de 1996 ha sido coordinada en esta ocasión por Victoria Roca y se incluye, como en los últimos años, en el diskette informático adjunto (en Word Perfect 5.1).

Finalmente, incluimos en fascículo aparte todos los índices de los 20 números de DOXA publicados hasta la fecha, así como un resumen de los cerca de 400 trabajos aparecidos desde 1984, cuando nació la revista. Los editores de DOXA hemos pensado que de esta forma podíamos facilitar al lector el manejo de un material que ha alcanzado ya varios miles de páginas. Isabel Lifante, la coordinadora de ese fascículo, ha tenido las fuerzas necesarias para llevar a buen término ese tedioso (pero -creemos- útil) trabajo.

«ESTRUCTURA Y DINÁMICA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS»

CONJUNTOS Y SISTEMAS UNA OBJECIÓN A ALCHOURRÓN Y BULYGIN

Some things are systems while others are not
(M. Bunge)

1. Introducción

En los últimos treinta años, la teoría del sistema jurídico parece haber sustituido definitivamente a la teoría de la norma como base de la teoría del Derecho. Una contribución decisiva en es ta dirección -quizás sólo superada por la de Hans Kelsen- ha sido realizada por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin: *Normative Systems* (en adelante NS), concretamente, ha constituido un auténtico punto de inflexión en este género de estudios. Aquí, a continuación, se tratará, sobre todo, de reconstruir el papel jugado por Alchourrón y por Bulygin en este acontecimiento doctrinal; si bien se planteará, al mismo tiempo, una objeción interna y alguna crítica externa, que termine por cuestionar el presupuesto mismo de la sistematicidad del Derecho.

Que el Derecho es un sistema, en varios sentidos de «Derecho» y de «sistema», parece ser uno de los presupuestos menos discutidos del pensamiento jurídico contemporáneo. Sin embargo, los no muchos autores que han problematizado tal presupuesto entre los cuales es necesario nombrar a los ya mencionados Alchourrón y Bulygin han terminado por adoptarlo con al menos tres importantes limitaciones. En primer lugar, es frecuente reconocer que la sistematicidad constituye (no un carácter intrínseco, sino) un simple *modelo* del Derecho. A veces, además, se ha admitido que se trata de un modelo elaborado no sobre el Derecho en sí, sino sobre las reconstrucciones proporcionadas por la *ciencia jurídica*. En algún caso, finalmente, se ha advertido que las versiones teórico-generales del modelo configuran al Derecho más bien como *conjunto* de normas que como sistema en sentido estricto.

En el próximo epígrafe, tras recordar algunos de los muchos sentidos en los que se habla usualmente de «sistema jurídico», se tratará de explicitar las tres limitaciones mencionadas, usualmente presentes sólo de forma implícita en la literatura sobre el tema. En el epígrafe tercero, expresamente dedicado a la reconstrucción de la teoría de Alchourrón y Bulygin, se mostrará precisamente cómo en la misma surgen las dos primeras limitaciones (sistema como modelo, y modelo -no del Derecho, sino- de la ciencia jurídica);

el epígrafe cuarto, en cambio, estará dedicado completamente a poner de manifiesto la tercera limitación (modelo del Derecho como mero conjunto de normas). Finalmente, el epígrafe quinto tratará de indagar la posibilidad de superar las tres limitaciones señaladas, abandonando, en su caso, el referido modelo del Derecho como sistema.

2. El Derecho como sistema: ¿en qué sentido, con qué límites?

Para cualquier jurista contemporáneo de cultura europeo-continental, que el Derecho es un sistema es menos una tesis a demostrar que un presupuesto indiscutible: presupuesto incorporado ya a los mismos usos lingüísticos, en los cuales, como es sabido, «sistema jurídico» y «ordenamiento jurídico» se han vuelto los sinónimos más comunes de «Derecho» en sentido objetivo. Parece entonces que quien se atreva a problematizar este presupuesto se encontrará en la embarazosa situación -aunque bastante normal cuando se hace filosofía[1]- de tener que luchar contra el propio uso habitual del lenguaje. Aquí, a continuación, por lo demás, nos limitaremos a recordar algunos de los principales sentidos en los que se habla de «sistema jurídico», y a ilustrar las tres limitaciones mencionadas de la asunción de la sistematicidad del Derecho.

El *primer* sentido -en orden cronológico de aparición- en el que se habla de «sistema jurídico» es el típico del iusracionalismo del siglo XVII: «sistema» significa aquí una *sistematización extrínseca* del Derecho obtenida reconduciendo las normas a principios muy generales[2]. Naturalmente, se han dado sistematizaciones anteriores a éstas, a partir de las primeras *dispositiones* del material jurídico realizadas por los juristas romanos; sin embargo, es discutible que en tales casos pudiera hablarse ya de sistema jurídico, visto que en la lengua y en la cultura romanas, a diferencia de la griega, falta el término «sistema» y el concepto mismo de sistema[3]. Igualmente resulta discutible, por razones análogas, que pueda hablarse de sistema en el caso del *common law*; aunque en éste se ha convertido en algo común hacerlo[4].

---

[1] Cfr. L. Wittgenstein, Vermischte Bemerkungen (póstumo, 1977), trad. it. *Pensieri diversi*, Adelphi, Milano, 1977, p. 32: «Nosotros combatimos el lenguaje. Estamos en lucha contra el lenguaje (193l)».

[2] Cfr., p.e., la misma caracterización de los sistemas iusracionalistas del s. XVII llevada a cabo en C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative systems*, Springer, Wien, 1971 (de ahora en adelante NS), pp. 50ss.

[3] El término «sistema» falta en el latín clásico, en el cual, por lo demás, ni el griego «systema» ni términos como «constructio», «compago», «ordo» y similares, tendrían usos jurídicos: cfr. al menos R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, Bologna, 1987, especialmente pp. 133-134.

[4] Cfr. al menos P. Stein, *Legal Institutions* (1984), trad. it. con el título *I fondamenti del diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 1987, especialmente p. 159.

El *segundo* sentido en el que se habla de «sistema jurídico» es en el de la civilística alemana del siglo XIX, al menos a partir de Savigny. Aquí «sistema» indica el único *orden intrínseco* al Derecho, del cual las muchas sistemáticas doctrinales hacen otras tantas versiones diferentes. Es preciso subrayar que Savigny es, quizá, el primer autor que habló de sistema refiriéndose al Derecho mismo, y no sólo a las diversas sistematizaciones extrínsecas, si bien es sólo después, a través de una labor de sistematización realizada por el estudioso, cuando puede aprehenderse el sistema[5]. También es necesario advertir que en Savigny el sistema pone en conexión no tanto las normas como los institutos jurídicos, surgidos del comportamiento social mismo[6]; si bien los civilistas posteriores y, más aún, la *Allgemeine Rechtslehre*, reconfiguraron el sistema como formado exclusivamente por normas.

El *tercer* sentido en el que se habla de «sistema jurídico» es en el de la teoría institucionalista, y en particular en la de Santi Romano. Aquí «sistema» indica un *ordenamiento jurídico*, es decir, una organización institucional que se sirve de normas, pero que no se reduce a ellas[7]. En polémica con los civilistas y con los teóricos generales precedentes, pero recuperando argumentos savignyanos, Romano insiste en que el Derecho no es «un conjunto o complejo de normas» o «una suma aritmética de normas», ni siquiera «una suma de varias partes», sino más bien «una unidad en sí misma [...], alguna cosa distinta de cada uno de los elementos materiales que lo componen»[8]. Es precisamente para esta entidad holística para la cual Romano introduce la expresión «ordenamiento jurídico», todavía hoy traducible a otras lenguas casi exclusivamente recurriendo al alemán «Rechtsordnung».

---

[5] En este sentido, no es cierto, como frecuentemente se dice, que «el derecho ha sido siempre concebido como dotado de algún tipo de orden sistemático» (NS, p. 3). Sobre la distinción entre sistema externo e interno, cfr. al menos M. G. Losano, *Sistema estruttura nel diritto*, Giappichelli, Torino, 1968, especialmente pp. 115-116; acerca del papel de Savigny en el «descubrimiento» del sistema interno -papel infravalorado por Losano- cfr. P. Cappellini, *Systema Juris*, Giuffrè, Milano, vol. I, 1985, p. 11 y F. Viola, *Autorità e ordine nel diritto*, Giappichelli, Torino, 1987, p. 259.

[6] Cfr. F. C. Savigny, *Systems des heutigen römischen Reclits* (1840-1849), trad. it. *Sistema del diritto romano attuale*, UTET, Torino, 1886, vol. I p. 38: «la regla de derecho [...] tiene su fundamento más profundo en la intuición del *instituto jurídico*; y la naturaleza orgánica de éste se manifiesta también ella, tanto en la viva correlación de sus partes constitutivas, como en su progresivo desarrollo».

[7] Cabe añadir, como hace notar Riccardo Guastini, que del ordenamiento jurídico se habla como de un sistema hoy, mientras que para Romano «ordenamiento (institucional)» indicaba algo irreductible a «sistema (normativo)»: cfr., desde el título mismo, L. M. Bentivoglio, *Ordinamento giuridico o sistema di diritto?*, en la «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1976, pp. 876-905.

[8] Cfr. S. Romano, *L'ordinamento giuridico* (1971), Sansoni, Firenze, 1977, pp. 11 - 12.

El *cuarto* sentido en el que se habla de «sistema jurídico» es el de la teoría general del Derecho de Kelsen. Aquí «sistema» indica un *ordenamiento dinámico*, caracterizado por «el hecho de autorregular su propia producción y aplicación» a través de una serie de delegaciones del poder de producir normas[9]. Es precisamente este elemento el que distingue el sistema Kelseniano del de los civilistas y del de los teóricos generales del siglo XIX, con los cuales, por lo demás, comparte el carácter *intrínseco* y el *normativo*. En polémica con la sociología del Derecho, Kelsen insiste sobre todo en el carácter normativo del sistema; carácter que terminará por conservarse también en las teorías analíticas postkelsenianas, las cuales -al menos des de este punto de vista- se limitan a reconfigurar las normas como mensajes lingüísticos prescriptivos.

El *quinto* sentido en el que se ha hablado de «sistema jurídico» es el de la sociología del Derecho, en el cual «sistema» indica un *(sub)sistema social*. En el último epígrafe volveremos sobre esta particular acepción de «sistema»; aquí sólo se puede adelantar que esta acepción normalmente se distingue de la de los juristas y teóricos generales por el carácter *fáctico* -ni normativo ni lingüístico- atribuido al sistema jurídico. No es éste, sin embargo, el caso de todas las teorías sociológicas del sistema, como se verá: la de Niklas Lulimarin, por ejemplo, parece configurar al Derecho como un sistema de comunicaciones, en esto no demasiado diferente de un sistema normativo, distinguiéndose, por lo tanto, de las teorías de los teóricos generales sobre todo, como podremos ver, por un uso más amplio del término «Derecho».

Ciertamente, este rápido repaso no ha sido exhaustivo: en el caso de Alchourrón y Bulygin, por ejemplo, veremos cómo «sistema jurídico» es usado en un sentido todavía ulterior a los aquí enumerados, aunque similar a algunos de ellos. Incluso de esta breve enumeración aparece claro, con todo, no sólo que se habla de «sistema jurídico» desde no hace más de tres siglos, y casi exclusivamente en la cultura jurídica europeo-continental, sino también que una verdadera y propia teoría del sistema jurídico es aún más reciente. De hecho, a pesar de los antecedentes savignyanos y de sus reelaboraciones teórico- generales, es, quizás, sólo a partir de los teóricos institucionalistas cuando se estudia el sistema jurídico en cuanto tal; todavía en 1960, como veremos en breve, Bobbio podía aún negar la existencia de un tratamiento específico del tema.

Ya estas circunstancias sugieren, tal vez, la *primera* limitación a la aceptación común de que el Derecho es un sistema: es decir que, lejos de ser un

[9] Así H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, p. 87.

carácter del Derecho mismo, la sistematicidad parece ser solamente un *modelo* del Derecho. También el término «modelo», como es sabido, tiene muchos significados, a veces conectados con los de «sistema»; aquí, no obstante, se empleará «modelo» en el sentido de *modelo teórico*, como representación de un objeto *simplificada*, *funcional para ciertos fines* y por con siguiente (no exclusiva, sino) alternativa respecto de otras[10]. La teoría, o mejor, las diversas teorías del sistema jurídico, representan al «Derecho» de un modo simplificado, para ciertos fines y, sobre todo, no de forma exclusiva: el Derecho, después de todo, puede también *no* ser representado como sistema.

Que «sistema jurídico» designa un simple modelo resulta bastante obvio, con tal de que reflexionemos en que «Derecho» -por usar una distinción tomada de la teoría general de los sistemas- no designa un sistema *real*, como un organismo biológico, sino un sistema *conceptual*: un conjunto de objetos y de relaciones delimitado sólo conceptualmente respecto al ambiente[11]. Como ha escrito Giovanni Tarello, «No es el Derecho en sí el que es un sistema, sino que es el Derecho *en cuanto observado* como conjunto de normas relacionadas [...] lo que aparece como un sistema»[12]. En efecto, es frecuentemente reconocido por los teóricos del Derecho que el sistema es una representación simplificada del Derecho: sin embargo, no siempre están de acuerdo acerca de los fines que cumple tal representación y sobre su no exclusividad respecto de otras.

Podría plantearse la hipótesis de que sobreponer al Derecho el modelo del sistema -como ha sostenido el mismo Tarello, refiriéndose específicamente a las teorías de Kelsen, Romano y Bobbio- no sirve sólo para delimitarlo respecto del ambiente, sino también para atribuirle caracteres como la unidad, la coherencia y la plenitud: finalidad a su vez no meramente descriptiva,

---

[10] Cfr. M. Black, *Models and Metaphory. Studies in Language and Philosophy* (1962), trad. it. parcial *Modelli archètipi metaphore*, Pratiche, Parma, 1983, especialmente pp. 68 ss.; M. Hesse, *Models and Analogies in Science* (1966), trad. it. *Modelli e analogie nella scienza*, Feltrinelli, Milano, 1980, pp. 48 y 146 ss; P. Achinstein, *Theoretical Models*, en «The British Journal for the Philosophy of Science», 1965-1966, especialmente pp. 104-105, así como -con especial referencia a las ciencias sociales- *L. Collins (ed.)*, *The Use of Models in the Social Sciences*, Tavistock, London, 1976.

[11] Cfr. Lyon Bertalanfy, *General Systems Theory* (1968). trad. it. *Teoria generale dei sistemi*, Istituto Librario Internazionale, Milano, 1971, especialmente pp. 15-6 (donde, con todo, se reconoce que la distinción es mucho menos clara de lo que podría parecer).

[12] En este sentido, G. Tarello, *«Sistema giuridico»*, *«ordinamiento giuridico»*, en S. Castignone, R. Guastini, G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, E.C.I.G., Genova, 1984, p. 79; cfr. también F. Viola, *Autorità e ordine nel dirino*, cit., p. 119: «el sistema es siempre el producto de una abstracción y como tal no está nunca en las cosas sino en el pensamiento».

sino también, *lato sensu*, prescriptiva[13]. También se puede sostener, pues, que no sólo versiones particulares de la teoría del sistema, sino también la teoría del sistema en cuanto tal, puede ser considerada un modelo prescriptivo del Derecho. Ricardo Caracciolo, por ejemplo, ha observado que el modelo del sistema tiende a ser mantenido también cuando resulta falsificado en la confrontación con el original: lo cual constituye un buen indicio de su carácter prescriptivo[14].

Más aún: usando una de las posibles distinciones entre modelos descriptivos y modelos prescriptivos[15], se podría sostener que el carácter prescriptivo del modelo se demuestra a partir de la misma difundida opinión de que constituye una representación *exclusiva* del Derecho: es decir, de la pretensión de que no se puede conocer el Derecho sino como sistema. Por poner un solo ejemplo, se trata de la pretensión implícita en la teoría kelseniana de la norma fundamental: según Kelsen, como es sabido, sólo se podría conocer el Derecho -o mejor conocerlo *jurídicamente*- postulando la *Grundnorm* y todo el modelo que se deriva de ella. Tomando la definición del «modelo» recogida más arriba, la teoría kelseniana niega que el sistema sea un modelo: en efecto, por definición, un modelo no puede ser exclusivo.

La *segunda* limitación a la aceptación común de que el Derecho es un sistema está ligada a la anterior: si para la primera el sistema es genéricamente un modelo, para la segunda, más específicamente, se trata de un modelo elaborado (no sobre el Derecho en sí, sino) sobre las representaciones aportadas por la ciencia jurídica. En otros términos, entre el modelo de los teóricos generales y el Derecho objetivo hay una representación intermedia, la de la sistemática jurídica; ésta última, al menos por el carácter de alter natividad atribuida por el mismo Savigny[16], podría a su vez ser caracterizada

[13] Cfr. G. Tarello, *Prospetto per la voce «ordinamento giuridico» diun enciclopedia* (1975), ahora con el título *«Ordinamento giuridico»*, en Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 173-204.

[14] Cfr. R. A. Caracciolo, *Sistema jurídico. Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, especialmente pp. 20-22 -donde se reconoce en términos inequívocos el carácter de modelo del sistema- y p. 24: «una manera de saber si un pretendido modelo teórico [...] cumple, en definitiva, funciones normativas, consiste en constatar que el modelo se mantiene a pesar de una sistemática agregación de pruebas en contra».

[15] Cfr. p. e. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 365: «mientras que dos modelos descriptivos de un mismo fenómeno, distintos entre sí, pueden ser ambos usa dos [...] y, más aún, el empleo sucesivo de más modelos aumenta el conocimiento del fenómeno real, en cambio, cuando un modelo se asume como preceptivo, dicho modelo se vuelve incompatible con otros (distintos) modelos del mismo fenómeno, que sean a su vez asumidos como preceptivos».

[16] Cfr. de nuevo F. C. von Savigny, *System*, cit., vol. I, pp. 21-22: «El orden exterior de un trabajo sistemático está naturalmente determinado por aquella íntima conexión [el sistema] que en tal debe reflejarse [...] Aquí es necesaria una cierta tolerancia: incluso conviene dejar una cierta libertad a la inclinación subjetiva de la mente del escritor, que quizás le empuja a preferir

como modelo; de modo que el modelo teórico-general se revelaría como un metamodelo. Entre el modelo teórico-general -el sistema- y el de la dogmática -la sistemática- se dan relaciones muy estrechas.

Entre los dos modelos se dan en primer lugar relaciones genéticas. El modelo teórico-general (el sistema) nace, evidentemente, del dogmático (la sistemática): ello lo sugieren tanto la observación de que Savigny, el inventor mismo del concepto de sistema intrínseco, usa el mismo término *(«System»)* para ambos, como la constatación de que la caracterización del Derecho como sistema es típica de la cultura jurídica continental que es precisamente donde se ha desarrollado una dogmática jurídica. Cierto es que la caracterización del Derecho como sistema ha sido posteriormente afirmada también en la cultura del *common law*, donde la dogmática jurídica siempre ha tenido funciones cual itativamente diferentes y cuantitativamente menores; pero se ha afirmado importando el término «sistema» de la teoría continental o, más frecuentemente, de las ciencias sociales.

Pero, sobre todo, el modelo teórico-general toma prestado del modelo dogmático algunos de sus rasgos característicos. Como se ha señalado, las concepciones del sistema de los sociólogos normalmente son fácticas, mientras que las de los teóricos generales -igual que las de los juristas en general- son normativas. Desde este punto de vista, el sociólogo del Derecho Luhmann, que sostiene una concepción no fáctica de sistema, y el teórico general Romano, que sostiene una concepción no normativista, constituyen dos excepciones. La misma teoría kelseniana, además de tomar prestado de la dogmática jurídica el carácter normativo del sistema, muestra el nexo entre éste último y la sistemática de los juristas cuando asume que es el propio jurista -y no otros operadores jurídicos- quien debe postular la *Grundnorm*, y con ella el resto del sistema.

La *tercera* limitación a la común aceptación de que el Derecho es un sis tema se refiere a un rasgo típico del modelo teórico-general, aunque no necesariamente está presente en él: el hecho de que éste tienda a configurar al Derecho (no como sistema en sentido estricto, sino) como un mero conjunto de normas. Como veremos mejor más adelante, «conjunto» y «sistema» no siempre son usados en sentido estricto, empleando el segundo con el significado de conjunto *ordenado* (organizado, estructurado); al contrario, más frecuentemente, "sistema" es usado también cuando, en rigor, debería hablarse simplemente de conjunto (no ordenado, organizado o estructurado). Cuando esto sucede, hablar de sistema jurídico equivale, en realidad, a atribuir

un determinado modo de tratamiento, que él es capaz de hacer más fecundo en comparación con los otros". La alternatividad de las sistemáticas está todavía más explícita en Puchta.

al Derecho características no diferentes de las que se predican de un simple conjunto[17].

Se trata, ciertamente, de la limitación de la que, por diversas razones, los teóricos del Derecho contemporáneos parecen ser menos conscientes, en caso de que sea cierto, como veremos más adelante (cfr. epígrafe 4), que ellos emplean «sistema» en un sentido amplio o amplísimo; y no es poco el mérito de Bulygin, como podremos ver en ese lugar, cuando recoge esta ambigüedad en la propia teoría, permitiendo la crítica. Se trata también, aparentemente, de la limitación menos importante; después de todo, también en un conjunto puramente casual de elementos puede detectarse algún orden (un orden casual, precisamente): la distinción entre sistema y conjunto parecería, por lo tanto, desaparecer, autorizándonos a usar «conjunto de normas» o «sistema» indistintamente.

En realidad, donde se use «sistema» en el sentido de simple conjunto -por ejemplo, en el sentido de una mera pluralidad de normas- se obtiene un modelo de Derecho difícilmente falsable (¿qué Derecho no puede ser representado como una pluralidad de normas?)[18], pero, por eso mismo, con poco o ningún valor explicativo: como ha sostenido sobre todo Karl Popper, en efecto, las hipótesis teóricas mejores, o sea, las cognoscitivamente más fecundas, son precisamente las más exigentes y por eso mismo también más susceptibles de falsación. Ciertamente, configurar el Derecho como sistema usando «sistema» en el sentido de simple conjunto, ayuda a alimentar la extendida opinión de que el Derecho es sistemático, pero añade poco o nada a nuestro conocimiento del fenómeno.

Frente a la alternativa entre un modelo de Derecho como sistema en sentido estricto, que corre el riesgo de resultar inmediatamente implausible, y un modelo de Derecho como simple conjunto de normas, ciertamente más plausible, pero mucho menos informativo, los teóricos del Derecho escogen normalmente una solución intermedia. Por ejemplo, toda la evolución de la *Reine Rechtslehre* kelseniana, desde la adopción de la nomodinámica en los años veinte hasta el giro antilogicista de los años sesenta, podría ser vista como un proceso de progresivo debilitamiento de los requisitos del sistema:

[17] Cfr. de nuevo R. A. Caracciolo, *Sistema jurídico*, cit., p. 12, donde se distingue entre la «afirmación débil» de que el Derecho es «un conjunto de normas» y el «presupuesto fuerte» de que el Derecho es un sistema: o que «es preciso definir una relación o relaciones entre los miembros del conjunto, esto es, definir una cierta estructura».

[18] Cristina Redondo, en el curso del debate, ha planteado la duda de que en rigor sólo las teorías, y no también los modelos, sean susceptibles de falsación. En la teoría del Derecho, en efecto, es difícil configurar teorías en el sentido estricto de leyes, científicas, y como tales falsables; se puede por lo demás sostener que, en ámbitos disciplinarios como éste, los modelos teóricos hacen la función de teorías, y que puede por lo tanto hablarse de falsación -como, por otra parte, hace Caracciolo en el pasaje citado en la nota anterior (l4)- en el sentido más amplio de pérdida de plausibilidad o de verosimilitud del modelo respecto al original.

partiendo de un sistema estático, unitario y coherente, Kelsen llega a un sistema dinámico en el cual el requisito de la unidad sólo se salva a costa del de la coherencia[19].

3. La teoría de Alchourrón y Bulygin

Todavía en 1960, presentando su *Teoría dell'ordinamento giuridico*, Norberto Bobbio podía escribir que «el estudio en profundidad del ordenamiento jurídico es relativamente reciente [...] Mientras que existen muchos estudios particulares sobre la naturaleza de la norma jurídica, no existe hasta hoy, si no estamos equivocados, ni un solo tratamiento completo y orgánico acerca de todos los problemas que conlleva la existencia de un ordenamiento jurídico»[20]. Que luego, en los mismos años saliera a la luz la segunda *Reine Rechtslehre* (1960) de Kelsen y *The Concept of Law* (196 1) de Herbert Hart, y algunos años después *The Concept of a Legal System* (1970) de Joseph Raz, confirma que, precisamente en este período -marcado por las contribuciones hechas a la teoría del Derecho por la filosofía analítica-, se formó la actual *received view* sistemática.

Los trabajos citados parten, en lo fundamental, de la teoría de Kelsen: por poner un solo ejemplo, los tres tipos de norma secundaria teorizados por Hart responden cada uno a un específico problema Kelseniano[21]. Más en general, la teoría del sistema jurídico de los años sesenta todavía parece, en muchos aspectos, una extensión de las precedentes teorías de la norma, orientada básicamente a la solución del viejo problema de la definición de Derecho. Como es sabido, el paso de la teoría de la norma a la del sistema jurídico se ha visto favorecido precisamente por esta circunstancia: los problemas planteados por la definición de Derecho como norma con sanción podían ser resueltos redefiniendo el Derecho en términos de sistema que prevé sanciones, y considerando jurídicas las normas que pertenecen a tal sistema[22].

---

[19] La mejor reconstrucción de esta evolución quizás se encuentra en E. Bulygin, *Validez y positivismo* (1987), ahora en C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Una trad. italiana de este trabajo, con el título *Validità e positivismo. Un'antinomia nella dottrina pura del diritto*, se encuentra en E. Bulygin, *Norme*, *validità*, *sistemi normativi*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 189-211.

[20] N. Bobbio, *Teoria dell'ordinaniento giuridico* (1960), ahora en Id. *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 160.

[21] Cfr. M. Barberis, *Introduzione allo studio della filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1993, pp. 161 ss.

[22] Observa R. Guastini, voz *Ordinaniento giuridico*, en *Digesto IV*, vol, X Pubblico, p. 21, nota 73 de la separata, que tal solución, frecuentemente atribuida a Hart, se encontraba ya en Bobbio; cfr. sin embargo ya S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 23. Alchourrón y Bulygin, de todas formas, se adhieren a esta definición del Derecho en la versión castellana de NS: cfr. su *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974, pp. 106.

Precisamente, la publicación de NS constituyó el punto de inflexión, y en cierta manera también el salto cualitativo, del debate acerca del sistema jurídico. Si se trata de un salto cualitativo por el refinamiento de los instrumentos lógicos empleados, es un punto de inflexión porque orienta las reflexiones acerca del sistema jurídico hacia una dirección distinta de la señalada por Kelsen. Mientras que este último, en los escritos acerca del Derecho y la lógica, abandonaba el ya tradicional modelo estático-deductivo de sistema, Alchourrón y Bulygin han tratado de recuperarlo y de emplear lo en el análisis de la actividad de sistematización concreta desarrollada por los juristas, indicandole así a la teoría del Derecho posterior el camino del análisis del razonamiento jurídico.

Hablar de forma satisfactoria sobre esta obra, al tiempo simple y compleja, requeriría otro libro, y una competencia en lógica que no posee quien aquí escribe. Por lo tanto, a continuación, se insistirá sobre todo en la redefinición de «sistema» avanzada en 1971, teniendo en cuenta las precisiones y las adiciones introducidas en trabajos posteriores, hayan sido éstos firmados por ambos autores, como *Sobre el concepto de orden jurídico* (1976), o hayan sido firmados sólo por Bulygin, como *Legal Dogmatics and the Systematization of Law* (1983) y *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos* (1991). En cambio, sólo se podrá hacer una breve alusión a la recepción, por parte de la teoría, de las contribuciones de otros autores, contribuciones que han terminado por configurarla como una suerte de empresa colectiva.

Desde el primer párrafo, NS delinea la operación a realizar en términos de la «construction of a model which is intended to reproduce -in a slightly simplified and hence more abstract form [-] a real problem taken from Civil Law» [construcción de un modelo destinado a reproducir -aunque en forma algo simplificada, es decir más abstracta- un problema "real" tomado del Derecho Civil» (N. del T.)] (NS, p. 8)[23]. Es decir, Alchourrón y Bulygin no sólo caracterizan explícitamente su teoría en términos de modelo, si no que aclaran que el modelo no busca representar al Derecho en cuanto tal -cualquier cosa que sea lo que signifique «Derecho»- sino sólo dar cuenta de un particular problema que se le presenta a un particular operador jurídico, característico de la cultura continental: el jurista dogmático, o científico del Derecho. Pronto veremos cómo dicho problema es el de la sistematización del Derecho.

[23] Como ha observado José Juan Moreso en el curso del debate, en este pasaje «Civil Law» designa al Derecho civil y no ciertamente al sistema o familia de *civil law* (como podría hacer pensar la mayúscula). E. Bulygin, *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, en «Doxa», 1991, p. 257, observa que NS intenta construir «un modelo analítico de sistema, como instrumento conceptual operativo para dar cuenta de algunos aspectos de la ciencia jurídica».

Sea como fuere, a juzgar ya por estas observaciones, Alchourrón y Bulygin parecerían adoptar las dos primeras de las tres limitaciones a la asunción de la sistematicidad del Derecho antes indicadas. Así, parecen hacer suya la *primera*, relativa al carácter de modelo del sistema; en concreto, ellos afirman querer «sketch a simplified *model* of a legal system in order to show how the concept of normative completeness [...] actually operates in legal science» [«esbozar un modelo simplificado de un sistema jurídico, a fin de mostrar el funcionamiento del concepto completitud normativa en la ciencia del Derecho [...]» (N. del T.)] (NS, pp. 3-4). El modelo está explícitamente asimilado *(ibidem)* a una reconstrucción racional en el sentido de Rudolph Carnap[24]; si bien las referencias a Alfred Tarski, inventor de la teoría matemática de los modelos, podrían hacer pensar en la acepción lógico-matemática de «modelo» como interpretación de una teoría.

Pero Alchourrón y Bulygin parecen hacer propia también la *segunda* limitación a la asunción de la sistematicidad del Derecho: la relativa al carácter específicamente *dogmático* del modelo sistemático. En honor a la verdad, hay que decir que faltan declaraciones explícitas en tal sentido; pero ya parece bastante significativo el hecho de que en NS la cuestión del sistema sea abordada, casi exclusivamente, desde el punto de vista de la sistematización llevada a cabo por los juristas. A menudo la reconstrucción racional o modelización realizada por Alchourrón y Bulygin se resuelve precisamente en esto: el uso riguroso de términos como «sistema», «sistematización», «ordenamiento», y similares, redefinido por Alchourrón y Bulygin, se confronta con el uso no riguroso hecho por los juristas; esto es, el primero sirve de modelo al segundo.

Desde este punto de vista, tampoco es una casualidad que Alchourrón y Bulygin recurran a la noción de sistema deductivo elaborada por Tarski: de hecho, esta última se dirige precisamente a dilucidar los problemas de sistematización de las ciencias modernas[25]. Tarski, como es sabido, define «sistema deductivo» como todo conjunto de enunciados que contiene todas las consecuencias de éstos; Alchourrón y Bulygin, siguiendo sus pasos, definen primero «conjunto normativo» como todo conjunto de enunciados tal que entre las consecuencias de éstos haya por lo menos algunas normas (o sea, enunciados que conectan casos con soluciones); a continuación, definen

[24] Cfr. R. Carnap, *Logical Foundations of Probability*, (1950), Routledge & Kegan Paul, London-New York, 1962, pp. 576-577.

[25] Cfr. A. Tarski, *Fundamentale Begriffe der Methodologie der deduktiven Wissenschaften* (1930), trad. inglesa *Fundamental Concepts of the Methodology of Deductive Sciences*, en Id., *Logics, Semantics, Metamathematics. Papers from 1923 to 1928*, Clarendon, Oxford, 1956, pp. 69-70: «Every set of sentences which contains all its consequences is called a *deductive system*» [«Llamamos *sistema deductivo* a todo conjunto de enunciados que contiene todas sus consecuencias» (N. del T.)].

«sistema normativo» como todo conjunto normativo que contenga todas las consecuencias de los enunciados que lo componen[26].

Basándose en esta estipulación, por «sistema jurídico» se entiende cualquier conjunto de enunciados jurídicos -más el conjunto de sus consecuencias lógicas- que sea de hecho preseleccionado por el jurista a fin de proceder a la sistematización: podría tratarse tanto de unos pocos enunciados relativos a un instituto como de un completo (sector del Derecho), pero en ambos casos tendremos un sistema. Tal sistema, además, será identificado tan solo por los enunciados llamados a formar parte de él: su *identidad* cambiará -viniendo a configurarlo como otro sistema- al cambiar aunque sea uno solo de estos enunciados. Conviene detenerse un momento sobre este punto, lo que enseguida permitirá poner de manifiesto en qué sentido ésta puede aparecer como una definición de «sistema» muy débil, cuando no una definición de «sistema» como mero conjunto de normas.

Alchourrón y Bulygin han insistido con frecuencia en que cuando el sistema jurídico es concebido como un conjunto de normas, su identidad depende de las normas que lo componen: «cada vez que se crea una nueva norma o se deroga una norma perteneciente al orden obtenemos un nuevo conjunto, distinto del conjunto originario. *La identidad del conjunto está dada, precisamente, por la identidad de sus elementos*»[27]. Veremos más adelante qué problemas suscita esta definición de «sistema», en caso de que ésta se emplee no para la «sistemática» de los juristas de Derecho positivo, sino para el «sistema» de los teóricos generales; aun cuando nunca hay que olvidar que el modelo de sistema elaborado en NS es presentado casi exclusivamente como funcional para el análisis de la sistemática.

Que se trata de modelo de sistema totalmente orientado a dar cuenta de la sistemática doctrinal, más que del sistema teórico-general, también resulta claro a la luz de la reducción de este último a un caso particular, o caso-límite, de sistemática doctrinal[28]: los juristas, afirman Alchourrón y

[26] Cfr. NS, p. 54: «According to Tarski a deductive system is a set of sentences which contains all its consequences»; y, más adelante, «A normative set is a set of sentences such that among its consequences there are some sentences which correlate cases with solutions. Every normative set which contains all its consequences will accordingly be called a *normative system*».

[27] En este sentido C. E. Alchorurrón, E. Bulygin, *Sobre el concepto de orden jurídico* (1976), ahora en Id., *Análisis lógico y derecho*, cit., p. 396 (cursivas añadidas), El pasaje está formulado en términos de «orden», término que por lo demás parece todavía usado como sinónimo de «sistema».

[28] Cfr. NS, p. 4: «in order to give an account of the activity of lawyers and jurists a more general concept of nomative system is required; the notion of a legal order is merely a special case of this» [«para dar cuenta de la actividad de los abogados y de los juristas se requiere un concepto más general de sistema normativo; la noción de orden jurídico es tan solo un caso especial de aquél» (N. del T.)]. De caso límite habla también E. Bulygin, Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicas, cit., p. 233.

Bulygin, sistematizan siempre partes más o menos limitadas del material normativo, siendo la sistematización de un Derecho objetivo en su totalidad «a Cyclopean task» [«una tarea ciclópea»] (NS, p. 75). Queda claro, por tanto, que el problema teórico general del sistema es tendencialmente reducido por Alchourrón y Bulygin -al menos en NS- al problema dogmático de la sistemática y/o de la sistematización: en esto consiste, por lo demás, la mayor novedad de su enfoque.

Como se ha dicho, será por el camino abierto por NS por el que se introducirá, en los años setenta, el análisis del razonamiento jurídico, realizando una análoga conversión de la precedente teoría del sistema -entendida como reflexión sobre un *objeto* abstracto llamado «sistema jurídico»- en el análisis de la concreta *actividad* de sistematización realizada por los juristas. Dado que, por otro lado, Alchourrón y Bulygin han vuelto posteriormente a ocuparse también del problema teórico-general del sistema, y ya que es de todos modos oportuno no confundir las dos cuestiones, se dará cuenta por separado de las soluciones dadas a ambas; y ya que el tema de la sistemática parece abordado sobre todo en NS, y el del sistema sobre todo en trabajos posteriores, los consideraré en ese mismo orden.

A) En cuanto al problema de la sistemática, NS no se ocupa de todas las actividades desarrolladas por la dogmática jurídica bajo esta rúbrica, sino sólo de las que en el libro son expresamente calificadas como sistematización. Como Bulygin ha aclarado después, de hecho, la dogmática jurídica desarrolla al menos tres actividades indistinguibles en la práctica aun cuando han de ser distinguidas en teoría: la *identificación o interpretación* de los enunciados jurídicos, la *sistematización* de las normas obtenidas de la mencionada interpretación y, por último, una serie de diferentes actividades que, a diferencia de la sistematización, comportarían la *modificación* o transformación del sistema así obtenido[29]. Es importante tener en mente esta tripartición para evitar muchas de las incomprensiones en las cuales han incurrido los críticos de NS.

La actividad de sistematización -en cuanto se entienda como actividad distinta de la interpretación y de la transformación del Derecho- comporta dos (sub)actividades principales: *la solución de los casos genéricos*, obtenida deduciendo las consecuencias de los enunciados interpretados y, sobre todo, la *reformulación* del sistema. Esta segunda actividad se caracteriza, antes que nada, por la elección de la *base axiomática*, o sea, del conjunto de los enunciados llamados a constituir el sistema, prescindiendo de sus consecuencias lógicas. Los juristas, obviamente, también pueden construir sistemas

[29] En este sentido, E. Bulygin, *Legal Dogmatics and the Systematization of Law* (1986), trad. castellana *Dogmática jurídica y sistematización del Derecho*, en C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, cit., especialmente pp. 465-466.

completamente distintos, a partir de diferentes conjuntos de enuncia dos; hay reformulación, en cambio, sólo cuando reconstruyen de forma diferente un mismo conjunto de enunciados (o mejor, conjuntos normativamente equivalentes).

En efecto, cuando los juristas tratan de sistematizar un mismo conjunto de enunciados jurídicos, sucede normalmente que suministran diversas formulaciones, haciendo surgir diversos enunciados (entre los que en todo caso son componentes del sistema) como la base axiomática del mismo. La reformulación del sistema viene caracterizada precisamente como «the replacement of the [old] basis by a new one, that is less extensive, more general and normatively equivalent» [«la sustitución de la [vieja] base del sistema por otra base nueva -más reducida y general-, pero normativamente equivalente a la base primera» (N. del T.)] (NS, p. 79). Toda nueva reformulación del sistema se presenta tanto mejor que la anterior -en base a un principio de economía originariamente formulado por Rudolph von Jhering- cuanto regule más casos usando menos normas (manteniéndose constantes las consecuencias normativas de las anteriores formulaciones).

Alchourrón y Bulygin subrayan que, precisamente, el aspecto más creativo del trabajo del jurista consistiría en la actividad de reconstruir el sistema de forma diferente a partir del mismo conjunto de enunciados, reconduciéndolo a bases axiomáticas cada vez más generales y restringidas. Se trata de un aspecto creativo, entiéndase bien, sólo en el sentido genérico de no mecánico, y no en el específicamente jurídico de productivo de normas (cfr. NS, pp. 84-85). En efecto, si consideramos sólo lo que dicen de la sistematización -que por lo demás es el único argumento por ellos tratado *ex professo*-, Alchourrón y Bulygin parecen prohibir al jurista no sólo producir normas, competencia reservada al legislador, sino también eliminar lagunas y antinomias (o al menos eliminarlas en tanto en cuanto quieran seguir atribuyéndose el título de científicos)[30].

De hecho, sucede a menudo que afirmaciones de este género, vertidas en NS solamente a propósito de la sistematización, han sido interpretadas como tesis relativas a la ciencia jurídica en general, obligando a Alchourrón y Bulygin a algunas importantes precisiones. En particular, respondiendo a

[30] Cfr. NS, P. 80 («The modification of law [...] is outside the province of legal theorists, since it is properly the concern of legislators» [«La modificación del Derecho está fuera del ámbito de actividades de los teóricos del Derecho, es tarea propia del legislador» (N. del T.)]) y p. 79: «If we believe (as most dogmatic jurists do) that a scientist must not modify a system imposed by a legislator, we must hold that he cannot eliminate gaps and inconsistencies» [«Si creemos (como cree la mayoría de juristas dogmáticos) que un científico no debe modificar un sistema impuesto por un legislador, debemos sostener que tal científico no puede eliminar lagunas ni inconsistencias» (N. del T.)].

las críticas de Aulis Aarnio e IllKa Niiniluoto[31], Bulygin ha admitido sin más que la dogmática jurídica, de hecho, modifica el Derecho vigente, por ejemplo llenando lagunas y resolviendo antinomias. Por otro lado, estas últimas funciones -si bien que *en la realidad* conectadas con la de sistematización- deberían ser consideradas como rigurosamente distintas en el modelo, limitando el uso de «sistematización» solamente a las actividades no productoras de Derecho así calificadas en NS, y en particular a la reformulación[32].

B) En cuanto al problema del sistema en sentido tradicional, Alchourrón y Bulygin parecen haber vuelto a ocuparse de él sobre todo, como se ha dicho, en trabajos posteriores a NS. A este respecto, como es sabido, la mayor innovación introducida por ellos ha sido la integración de su anterior teoría del sistema jurídico -reconocida como meramente estática, en el sentido kelseniano[33] en una teoría dinámica del ordenamiento jurídico. En efecto, desde el ensayo *Sobre el concepto de orden jurídico*, de 1976, Alchourrón y Bulygin, han distinguido entre «sistema jurídico» y «ordenamiento jurídico» del modo siguiente: «utilizaremos el término "sistema" para referirnos a conjuntos de normas, y "orden" en el sentido de secuencia de conjuntos de normas»[34].

Los dos teóricos adoptan esta distinción -que precisa la que hace Raz entre sistemas momentáneos y sistemas *tout court*[35]- con el fin de remediar

[31] Cfr. I. Niiniluoto, *On truth and Argumentation in Legal Dogmatics*, in «Rechtstheorie», B. 2, 1991; Id., *On the Truth of Norm-Propositions*, in «Rechtstheoric», B. 3, 198 1; A. Aarnio, *On Changes in the Systematics of Law*, in «Rechtstheorie», B. 10, 1986, especialmente p. 164: en NS «the only task left to the legal dogmaties (as a scientific approach) is to find out what is hidden in the legal system» [«la única tarea dejada en manos de los dogmáticos del Derecho (en tanto que análisis científico) es la de encontrar lo que se encuentra oculto en los sistemas jurídicos» (N. del T.)].

[32] En este sentido E. Bulygin, Legal Dogmatics and the Sistematization of Law, trad. castellana cit., p. 477: «Pero es importante tener presente que tales modificaciones son *cambios*, es decir, sustituciones de un sistema por otro nuevo, y como tales deben ser distinguidos tajantemente de la operación que hemos llamado sistematización, que no tiene por objeto transformar un sistema en otro». Cfr. también C. E. Alchourrón, *Systematization and Change in the Science of Law*, en «Rechtstheorie», B. 10, 1986, pp. 171-184.

[33] E. Bulygin, *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, cit., p. 258: «en este sentido, el concepto de sistema elaborado en *Normative Systems* es *estático*» (cursiva del autor).

[34] C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Sobre el concepto de orden jurídico*, cit., p. 397.

[35] Cfr. J. Raz, *The Concept of a Legal System* (1970), trad. it. II concetto di sistema giuridico, II Mulino, Bologna, 1977, pp. 72-73, y NS, p. 89: «French law is not a momentary order, i. e. one that bilingües to a given temporal moment, in contradistinction to our concept of legal order which is momentary in the sense that it is a legal system containing all legal sentences that are valid at a certain moment» [«El Derecho francés no es un ordenamiento momentáneo, esto es, referido a un momento temporal dado, por contraposición con nuestro concepto de ordenamiento jurídico, que es momentáneo en el sentido de que es un sistema jurídico que contiene todos los enunciados jurídicos que son válidos en un determinado momento» (N. del T.)].

el principal defecto presentado por su definición originaria de «sistema»; defecto que presenta, entiéndase bien, una vez que se aplica (no al problema dogmático de la sistemática, sino) al problema teórico-general del sistema. En efecto, según la definición antes considerada de «sistema» como conjunto de normas, el sistema *cambia* su identidad cada vez que el legislador introduce o deroga aunque sea una sola norma; por lo tanto, para dar cuenta de la *continuidad* en el tiempo de un Derecho objetivo es preciso utilizar un concepto distinto, que Alchourrón y Bulygin especifican mediante la noción de ordenamiento jurídico *(orden jurídico)*.

«Ordenamiento jurídico» viene pues redefinido como el conjunto (la familia, o mejor, la secuencia) de varios sistemas jurídicos que se suceden en el tiempo: varios sistemas formarían un mismo ordenamiento, identificado por un primer sistema llamado, kelsenianamente, la primera constitución del ordenamiento; varios ordenamientos, originados por cambios revolucionarios de la primera constitución, parecerían formar un mismo Derecho objetivo[36]. De este modo, no sólo se da cuenta de la continuidad de un Derecho positivo (los sistemas cambian, el ordenamiento y, tal vez también, el Derecho positivo permanecen), sino que además se recuperan varios elementos de la anterior teoría del sistema y/o del ordenamiento jurídico.

No es éste el lugar para entrar en detalle en todas las aportaciones enriquecedoras que la teoría de Alchourrón y Bulygin ha recibido en el debate posterior. Para nuestros fines, bastará añadir que el sistema jurídico continúa siendo definido como un conjunto de normas, que pueden pertenecer a él por tres razones distintas: bien porque constituyen la base axiomática del sistema (en cuyo caso se hablará de normas independientes); bien porque son deducibles de las anteriores, en base a un criterio de deducibilidad análogo al que opera en la nomostática kelseniana; o bien porque han sido producidas por una autoridad delegada para hacerlo, en base a un criterio de legalidad análogo al operante en la nomodinámica kelseniana (en cuyo caso se hablará de normas dependientes)[37].

Pero vale la pena hacer notar una circunstancia que será objeto de estudio en el próximo epígrafe: la definición de «sistema jurídico» originariamente ofrecida por Alchourrón y Bulygin choca con el uso jurídico ordinario de la expresión, tanto en el caso de la sistematización como en el caso

[36] Para esta terminología, introducida por Caracciolo pero adoptada por Bulygin, cfr. R. A. Caracciolo, Sistema jurídico, cit., pp. 19-20, así como E. Bulygin, Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos, cit., p. 266.

[37] Cfr. una vez más R. A. Caracciolo, *Sistema jurídico*, cit., p. 31, y E. Bulygin, *Algunas consideraciones*, cit., p. 236. En relación con estos aspectos, y para desarrollos posteriores de la teoría, cfr. al menos J. J. Moreso, P. E. Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

del sistema. En el primer caso, según la definición ofrecida en NS, hay un *mismo* sistema incluso cuando un mismo conjunto de enunciados viene sistematizado de forma diferente, mientras que normalmente los juristas dicen que se trata de sistemas (o sistemáticas) diferentes. En el segundo caso, y siempre en base a la misma definición, hay sistemas diferentes cuando el legislador cambia aunque sea un sólo enunciado, mientras que normalmente los juristas dicen que el sistema continúa siendo el mismo, aunque cambien sus normas[38].

Naturalmente, no está escrito que el uso ordinario de los juristas, por el solo hecho de ser tal, sea mejor que el propuesto por Alchourrón y Bulygin; en este caso, sin embargo, parece que, verdaderamente, la redefinición de «sistema jurídico» propuesta por los dos teóricos argentinos es defectuosa, si bien es cierto que después han intentado remediar sus defectos. El segundo defecto lo han remediado en parte distinguiendo, como se ha visto, entre «sistema» y «ordenamiento jurídico», de tal modo que, cambiando el sistema, el ordenamiento jurídico permanece igual. En el próximo epígrafe veremos cómo Alchourrón y Bulygin tratan de remediar también el primer defecto; mas cómo, al hacerlo, terminan por cuestionar la definición de «sistema» ofrecida en NS.

4. Una ambigüedad simétrica

Después de haber visto, en el epígrafe anterior, cómo en la teoría de Alchourrón y Bulygin se entrevén las dos primeras limitaciones al presupuesto de que el Derecho es un sistema, en este epígrafe nos ocuparemos específicamente de la tercera, según la cual el modelo teórico-general configura al Derecho (no como sistema en sentido estricto, sino) como simple conjunto de normas. Los términos «conjunto» y «sistema», como se ha anticipado, padecen una ambigüedad simétrica. En sentido estricto, «conjunto» indica una simple pluralidad; en sentido amplio, una pluralidad ordenada. Simétricamente, en sentido estricto «sistema» indica una pluralidad ordenada; en sentido amplio, una simple pluralidad. Tomando ambas expresiones en sentido estricto, la diferencia está constituida por el *orden* o *estructura* del sistema; este último es un conjunto *ordenado* o *estructurado.*

Como también se ha anticipado, raramente los teóricos del Derecho se muestran conscientes de esta diferencia. Hart, por ejemplo, considera al Derecho moderno o contemporáneo -caso paradigmático de Derecho- como un sistema jurídico complejo, constituido por una unión de normas primarias (que imponen obligaciones) y de normas secundarias (que confieren

[38] De las diferencias entre su modelo y los usos efectivos de los juristas Alchourrón y Bulygin dan cuenta sistemáticamente en *Sobre el concepto de orden jurídico,* cit., pp. 395 ss.

poderes); considera, en cambio, al Derecho primitivo -caso tal vez anómalo de Derecho, pero no por ello excluido de tal concepto- como formado sólo por normas primarias. Ahora bien, también a propósito del Derecho primitivo Hart habla de sistema *(system)*, usando evidentemente el término en sentido amplio: sin dejar de reconocer que las reglas del Derecho primitivo «no forman un sistema, sino que establecen una serie de criterios de conducta separados»[39].

También Raz, por poner otro ejemplo, usa «sistema» *(system)* en el sentido de mero conjunto de normas, mientras que para indicar el carácter ordenado de éste usa el término «estructura» *(structure)*. Puesto que, por otro lado, él sostiene el llamado principio de independencia, es decir, «que no existe alguna estructura o contenido comunes a todos los sistemas jurídicos»[40], el Derecho es calificado como sistema en sentido amplio, sin dejar de negar que tenga siempre una estructura, es decir, que sea sistema en sentido estricto. Lo mismo sucede con las teorías del sistema examinadas por Raz; por ejemplo, él dedica un capítulo entero a la «teoría del sistema jurídico de Austin» para descubrir al final que «Austin tiene muy poco que decir acerca de la estructura de un sistema jurídico», o que «Austin no tiene ninguna teoría del sistema jurídico en sentido estricto»[41].

También Alchourrón y Bulygin han elaborado un modelo del Derecho que, en un análisis atento, lo configura más bien como conjunto que como sistema de normas en sentido estricto. No nos lleve a engaño la circunstancia de que algunos pasajes de NS parecen marcar distancias respecto de la definición del Derecho como mero conjunto de normas *(set of norms)*, tal cual es mantenida, por ejemplo, por Kelsen: en realidad, en pasajes como éstos se critica que el Derecho sea considerado como un conjunto *de normas* (más que de enunciados, no todos necesariamente normativos), y no que el Derecho sea considerado un *conjunto* de normas[42]. En realidad, el modelo de sistema de Alchourrón y Bulygin tiende a caracterizar al Derecho precisamente como simple conjunto; algo de lo que después tanto Alchourrón como Bulygin han acabado por darse cuenta.

No hay demasiadas dudas de que el término «conjunto» *(set)*, utilizado por Alchourrón y Bulygin, es usado en el sentido estricto de mera pluralidad,

---

[39] Cfr. H. L. A. Hari, *The Concept of Law*, (1961), trad. it. *Il concetto di diritto,* Einaudi, Torino, 1965, pp. 110 y 117.

[40] Cfr. J. Raz, *The Concept of Legal System* (1970), trad. it. *Il concetto di sistema giuridi*co, Il Mulino, Bologna, 1977, p. 32.

[41] *Ivi*, pp. 57-60: «la teoría de Austin está [...] basada sobre el principio de independencia», por el cual «no hay ninguna necesidad lógica que exija que un sistema jurídico tenga una estructura interna» (esto es, que sea sistemático en sentido estricto). A propósito de Austin, cfr. también R. A. Caracciolo, *Sistema jurídico,* cit., p. 28.

[42] Cfr. NS, respectivamente pp. 4 y 58.

suma o colección de enunciados y/o de normas. En efecto, como ha observado Caracciolo, de los enunciados que constituyen la base axiomática del sistema sólo se puede dar una definición extensional (por enumeración), en cuanto que éstos pueden no presentar algún rasgo común[43]: se trata, aquí, de conjunto en sentido estricto. Por lo tanto, al menos por lo que se refiere a la base axiomática, el modelo de Alchourrón y Bulygin es análogo al sistema simple de Hart como «serie de criterios de conducta separados», y vale para él el principio de independencia de Raz, por el cual sus constituyentes también pueden estar no relacionados, no conectados sistemáticamente mediante alguna estructura.

Por otro lado, conviene no olvidar que «sistema jurídico» en NS viene definido no como mero conjunto de normas, sino como conjunto *que comprende las consecuencias lógicas de éstas:* la base axiomática constituye un mero conjunto, la base más las consecuencias forma un sistema en sentido estricto. Aun si entre los diversos enunciados que componen la base axiomática no se diese relación sistemática alguna, ciertamente no cabría decir lo mismo de la relación entre los enunciados singulares de la base axiomática y sus consecuencias respectivas. Entre ellos existe en todo caso esa relación estrechísima que es la relación de inferencia lógica; más aún, es precisamente esto -y quizás *sólo* esto- lo que autoriza a hablar de la base axiomática *más* las consecuencias lógicas de ésta como de un sistema en sentido estricto.

Ciertamente, por tanto, no puede negarse que *formalmente* el modelo elaborado en NS se configura como sistema en sentido estricto: al fin y al cabo, desde las sistematizaciones iusracionalistas en adelante, ha sido precisamente por cosas de este tipo por lo que siempre se ha hablado de «sistema jurídico»[44]. Obsérvese, sin embargo, que las sistematizaciones iusracionalistas partían de principios metapositivos, considerados autoevidentes y coherentes entre sí, en cuanto fundados en la razón humana; características que desaparecen en la concepción del sistema jurídico que se impone a partir de s. XIX, y también en el modelo de Alchourrón y Bulygin. Los enunciados de la base axiomática bien pueden ser incoherentes, estar privados de evidencia racional y haber sido escogidos *ad libitum* por los juristas (si bien sólo entre las normas pertenecientes a un Derecho positivo)[45].

---

[43] Cfr. R. A. Caracciolo, *Sistema jurídico,* cit., p. 32, y E, Bulygin, *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos,* cit., p. 263.

[44] Debo esta observación a Paolo Comanducci.

[45] Cfr. NS, respectivamente p. 48 («an inconsistent system is still a system» [«un sistema inconsistente sigue siendo un sistema» (N. del T.)]) y pp. 51-52 (acerca del abandono del postulado de la evidencia y de la concepción metapositiva de los principios a partir del positivismo jurídico del s. XIX).

Sustantivamente -o sea, más allá de la definición de «sistema jurídico» expresamente suministrada- nos hallamos pues frente a una concepción muy débil de sistema, más próxima a un simple conjunto que a un sistema en sentido estricto. Desde este punto de vista, podría trazarse un paralelismo con la teoría del sistema jurídico del último Kelsen, que no obstante se distingue netamente de la de Alchourrón y Bulygin por el abandono de la concepción estática del sistema expresamente recuperada por éstos. Ahora bien, igual que la teoría del sistema de Kelsen evita la falsación abandonando requisitos como el de la coherencia, del mismo modo la teoría de Alchourrón y Bulygin debilita tanto los requisitos del sistema como para hacer dudar de que se pueda todavía hablar de sistema en sentido estricto.

Ciertamente, es preciso tener siempre en mente que nos encontramos frente a un modelo (no tanto del sistema teórico-general, cuanto) de la sistematización y/o de las sistemáticas de los juristas; y que quizás un modelo más fuerte, sea del sistema, sea de la sistemática, resultaría implausible. Hay sin embargo al menos otro aspecto del modelo que los mismos Alchourrón y Bulygin parecen considerar un defecto: el hecho de que el modelo obligue a considerar como un *mismo* sistema los resultados de *diversas* sistematizaciones.

Ciertamente, tal aspecto podría también ser aceptado como un alejamiento del modelo respecto del original; pero son los mismos Alchourrón y Bulygin quienes no quieren aceptarlo, hasta el punto de poner en duda la definición de «sistema» originariamente ofrecida en NS.

En un importante trabajo, Alchourrón y David Makinson han mostrado cómo poner en orden jerárquico (*ordering,* ordenación) un conjunto de normas tiene, respecto de las normas colocadas en los niveles inferiores, consecuencias equivalentes a la derogación[46]. En estos términos, al menos, Bulygin retorna los resultados de esos dos autores, observando que «imponer un orden sobre un sistema [...] es equivalente a la derogación de ciertas normas (esto es, de aquellas normas que resultan descartadas como inferiores o menos importantes)»[47]. Tal conclusión lleva al mismo Bulygin, en la parte del ensayo *Legal Dogmaties and the Systematization of Law* expresamente dedicada a las modificaciones del sistema, a hacer dos importantes admisiones.

En primer lugar, él admite que un mismo conjunto de normas, ordenado de diversas formas en el sentido arriba indicado de «ordenación», puede dar lugar a diversos sistemas; admisión que remedia, al menos en parte, uno de los principales alejamientos de la definición de «sistema jurídico» ofrecida

[46] Se trata de C. E. Alchourrón, D. Makinson, *Hierarchies of Regulations and their Logic,* in R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deonfic Logic,* Reidel, Dordrecht, 1981, pp. 125-148.

[47] Cfr. E, Bulygin, *Legal Dogmatics and the Systematization of Law,* trad. castellana cit., p.479.

en NS respecto del uso ordinario de tal expresión. En segundo lugar, sin embargo, Bulygin parece poner de nuevo en discusión la definición misma de «sistema jurídico» ofrecida en NS, reconociendo explícitamente que se trata de una definición de «sistema» como mero conjunto de normas. Que a toda ordenación corresponda una derogación, en efecto, mostraría «que un sistema normativo no es tan sólo un conjunto de normas (clausurado bajo la deducción) -tal como fue definido en NS- sino un conjunto *ordenado* de normas»[48].

Prosigue Bulygin: «Todo cambio de la ordenación da lugar a un nuevo sistema, aun cuando los elementos (las normas) del sistema permanezcan idénticos, porque las correlaciones de casos con soluciones son diferentes. Como el status normativo de una acción puede cambiar como resultado de una ordenación diferente del mismo conjunto de normas, el mismo conjunto puede dar lugar a sistemas diferentes, si ha sido ordenado en forma distinta»[49]. Hay por tanto al menos un caso -el de la ordenación jerárquica de las normas- en el que un mismo conjunto de normas da lugar a sistemas diferentes; sin embargo, vale la pena preguntarse en qué relación está este caso con el otro -el de la reformulación- del que se ha hablado en el epígrafe anterior.

Que en el modelo de Bulygin se trata de *otro* caso, resulta bastante claro del hecho de que él los trata en dos secciones distintas de *Legal Dogmatics and the Systematization of Law:* de la reformulación se ocupa en la sección dedicada a la sistematización (que, por definición, se refiere siempre al mismo sistema); de la ordenación se ocupa en la sección dedicada a la modificación (que, por definición, se refiere a sistemas diferentes). Pero ¿se trata verdaderamente de dos casos distintos? En concreto, ¿no es la ordenación jerárquica precisamente uno de los casos más típicos de esa actividad que Alchourrón y Bulygin hasta ahora habían llamado reformulación? Procedería preguntar: ¿a qué se reduce la reformulación, una vez que se le quite la ordenación jerárquica?

Ciertamente, también en el caso de los conceptos de ordenación jerárquica y de reformulación nos encontramos ante un simple modelo, que siempre es considerado distinto de lo que sucede en la realidad; por tanto, también de la distinción entre ordenación y reformulación podría decirse lo que Bulygin dice de la distinción entre modificación y sistematización: o sea, que se trata de una distinción «puramente conceptual»[50]. Aquí, sin embargo, el problema concierne precisamente a la configuración del modelo:

---

[48] *Ibidem* (cursiva en el texto).

[49] *Ibidem*.

[50] En el sentido de que «en la práctica las tres tareas son a menudo realizadas al mismo tiempo, de manera que resulta extremadamente difícil separarlas»: cfr. *ivi*, p. 480.

en efecto, una vez que la ordenación jerárquica se ha emancipado de la reformulación, esta última parece resultar una clase meramente residual. Las actividades de sistematización más importantes e interesantes quedan bajo la rúbrica de la ordenación jerárquica, y devienen -y esto es lo más importante- productoras de Derecho nuevo.

La objeción interna avanzada al analizar la teoría de Alchourrón y Bulygin es precisamente ésta: la introducción del concepto de ordenación jerárquica suscita al menos problemas de coordinación con el concepto de reformulación, y obliga a rehacer las cuentas con la definición de «sistema jurídico» dada en NS. El mismo Bulygin, de hecho, observa poco después: «Por consiguiente, el término "sistema jurídico" es ambiguo: esta ambigüedad hace posible que los dogmáticos aleguen que ellos no cambian el sistema mientras no cambien las normas, aun cuando cambie el orden jerárquico de estas normas». La ambigüedad consiste, precisamente, en el hecho de que el significado de «sistema jurídico» «cambia de "conjunto ordenado de normas" a "conjunto de normas" (con independencia de su ordenación)»[51].

La coordinación entre reformulación y ordenación jerárquica aparece tanto más problemática en cuanto que los dos conceptos parecen relativos al sistema en dos sentidos diferentes del término: en el sentido amplio de conjunto de normas, y en el sentido estricto de conjunto ordenado de normas. Donde «sistema» significa mero conjunto, un mismo conjunto de normas permanece como tal incluso si es estructurado de forma diferente; donde «sistema» significa conjunto ordenado, el mismo conjunto de normas, estructurado de forma diferente, configura dos sistemas distintos. Así pues, las *mismas* operaciones pueden configurarse como modificación o no del sistema según la definición de «sistema» adoptada; lo cual obliga a elegir entre la definición y el modelo de sistema como mero conjunto, y la definición y el modelo de sistema como sistema en sentido estricto.

Como quiera que sean las cosas -es decir, que se trate simplemente de hacer un sitio a la ordenación jerárquica en el seno del viejo modelo de sistema en sentido amplio, como Bulygin parece pensar, o que ello requiera la adopción de un modelo de sistema en sentido estricto, como se podría hipotetizar-, al menos una conclusión ya puede sacarse. Bulygin ha reconocido que, al menos en un sentido importante, el modelo construido junto con Alchourrón en NS configura el sistema jurídico como simple conjunto de normas. Si la finalidad del presente trabajo fuera la -puramente negativa de mostrar que incluso la más actualizada teoría del sistema jurídico termina por suscribir las tres limitaciones a la asunción de que el Derecho es un sistema, podríamos damos por satisfechos.

[51] *Ivi*, pp. 479-480.

La teoría del sistema jurídico de Alchourrón y Bulygin no sólo se presenta como un simple modelo del Derecho; tal modelo no sólo está expresamente elaborado sobre los procedimientos de sistematización empleados por la dogmática jurídica: además, dicho modelo, bajo un perfil importante, parece configurar al Derecho (no como sistema, sino) como simple conjunto de normas. Resulta pues sostenible, entre otras cosas, que concebir el Derecho como sistemático puede ser *útil* para ciertos fines -por ejemplo, para comprender cómo opera la ciencia jurídica-, pero no es en absoluto *necesario*. Es posible concebir el Derecho también como simple conjunto de materiales normativos a emplear en la solución de problemas: de forma tampoco demasiado distinta, por lo demás, a como se hace en NS.

Por otro lado, estas conclusiones pueden parecer meramente negativas: por así decir, pueden aparecer como una suerte de prolegómenos a cualquier teoría futura que quiera hablar del Derecho como sistema. Para escapar a esta impresión, se intentará ofrecer una contribución teórica en positivo, indagando cómo, en qué direcciones, las tres limitaciones mencionadas pueden ser superadas. Por otro lado, tratar de superar tales limitaciones comporta consecuencias bastante radicales: el actual modelo de sistema parece consustancial a la tradición disciplinar en la que está inmerso -la teoría general- no en el sentido de que los teóricos generales no puedan superarlas de algún modo, sino en el sentido de que superándolas terminan por cultivar un género de investigación sensiblemente distinto al que cultivaban antes.

5. ¿El Derecho sin sistema?

En este epígrafe reconsideraremos las tres limitaciones a la asunción de que el Derecho es un sistema, y la dirección en la que cada una de ellas puede ser superada; partiremos de la última (la más superable) para llegar a la primera (que lo es mucho menos). En concreto: a) el modelo *atomista* del Derecho como conjunto de normas puede ser sustituido por un modelo *sistemista*, que represente al Derecho como sistema en sentido estricto; b) el modelo *normativista* del Derecho, típico de las teorías teórico-generales, puede ser sustituido por un modelo *factual*, típico de las ciencias sociales, representando *al Derecho mismo* (y no sólo a sus representaciones doctrinales) como sistema; c) el mismo modelo del sistema como representación *estructural* del Derecho puede ser sustituido por algunos modelos *funcionales* o *evolutivos*.

a) Como se pone también de manifiesto en los últimos desarrollos de la teoría de Alchourrón y Bulygin, el modelo débil de sistema jurídico como simple conjunto de normas podría ser sustituido por modelos más fuertes, que configuren al Derecho como sistema en sentido estricto. En particular, de un modelo *atomista*, tal cual es, en ciertos aspectos, el ofrecido en NS, se

podría pasar a modelos *sistemistas* del sistema como conjunto ordenado o estructurado, en la misma dirección, por lo demás, en la que parece evolucionar ya la misma teoría de Alchourrón y Bulygin. En cambio, no parece indispensable, y ni siquiera recomendable, proceder hacia modelos *holísticos* del sistema jurídico como totalidad orgánica como los que se encuentran en Savigny, en Santi Romano y en algunos sociólogos del Derecho[52].

La superación de la concepción atomista del sistema jurídico, radicada en una tradición de pensamiento que va al menos de Austin a Alchourrón y Bulygin, podría parecer la solución más simple para remediar los defectos del modelo teórico-general del sistema. De hecho se trataría de una solución, por así decir, «interna» a la tradición teórico-general; tal solución, además, se presenta tanto más atractiva en cuanto escapa a la alternativa pura y dura -típica de la teoría general a caballo entre los dos siglos, pero muy lejos de haber sido superada por la contemporánea- entre atomismo y holismo; alternativa que obligaba a escoger entre el sistema como mero conjunto de normas de los normativistas, y el sistema como totalidad orgánica de los institucionalistas.

Una teoría sistemista del sistema jurídico, como la que parece emerger también en Alchourrón y Bulygin, daría por ejemplo cuenta del hecho de que la identidad del sistema jurídico no cambia con el cambio de sus componentes, como sucedería en cambio si se concibiera como simple conjunto: la identidad de un sistema en sentido estricto es de algún modo independiente de la de sus partes singulares. Por otro lado, no es fácil decir cómo podrían configurarse concretamente teorías del sistema jurídico más fuertes que la sostenida en NS; y tampoco está claro si un modelo de sistema jurídico como sistema en sentido estricto no resultaría implausible al compararlo con el original; al menos cuando se lo compara con el Derecho en cuanto tal, y no con sus representaciones doctrinales.

Probablemente, mientras «Derecho» venga empleado en su tradicional acepción normativista, para designar al conjunto de las normas producidas, por ejemplo, por el legislador italiano, resulta arduo hablar de él como sistema en sentido estricto. No es por casualidad, desde este punto de vista, que los primeros teóricos del ordenamiento jurídico, como Santi Romano, refutaran la concepción normativista del Derecho, sin perjuicio de llegar a un institucionalismo que tenía el defecto contrario al atomismo, o sea, el holismo.

[52] Para esta distinción entre «atomism», «systemism» y «holism» a propósito de las diversas concepciones posibles de las totalidades *(wholes),* cfr, M. Bunge, *Treatise on Basic Philosophy*, vol. IV, *A World of Systems*, Reidel, Dordrecht, 1979, pp. 39-43. De «atomismo normativo» y de «holismo normativo» hablan en cambio, en otros sentidos, M. Atienza, *La filosofía del Derecho argentina actual,* De Palma, Buenos Aires, 1984, p. 143 nota 33 y R. A. Caracciolo, *Sistema jurídico,* cit., p. 12.

Quizás, si de verdad se quiere concebir al Derecho como sistema, se debe abandonar el modelo normativista de sistema típico de la teoría general y/o de la filosofía analítica, demasiado dependiente de las representaciones dogmáticas del Derecho, para adoptar un modelo factual y/o sociológico.

b) El modelo normativista de sistema jurídico, tomado prestado de las representaciones dogmáticas del Derecho y típico de la teoría general y/o de la filosofía analítica, podría por tanto ser sustituido por un modelo factual, obtenido de las representaciones que del Derecho proporcionan las ciencias sociales y, en primer lugar, la sociología del Derecho. Se podría entonces concebir *al Derecho mismo* como sistema -ya no de normas, sino- de hechos, de comportamientos sociales; en particular, de aquellos comportamientos sociales que consisten en producir y en conocer normas[53]. En esta concepción (no normativista, sino) factual del sistema jurídico se podría de todos modos prestar una atención *explícita* al papel jugado por los juristas *dentro* del sistema, diferente de la atención *implícita* prestada por teóricos generales como Kelsen o Hart.

No pasará inadvertida la diferencia que existe entre semejante modelo factual y/o sociológico de sistema jurídico y el modelo normativista y/o teórico general considerado hasta aquí. También los juristas y teóricos generales, de Savigny a Kelsen, siempre han *dicho* que conciben al Derecho mismo como sistema; aun cuando después acaben por hacer pasar por representación objetiva y «científica» del Derecho la representación subjetiva y en algún sentido «ideológica» que del Derecho elabora profesionalmente un operador jurídico particular, el jurista. En el modelo sociológico-factual, en cambio, se tendría una representación del Derecho externa, en cuanto que realizada desde el punto de vista de las ciencias sociales, pero no necesariamente extrínseca, porque es capaz de dar cuenta del papel de los juristas[54].

Por otro lado, tal modelo de sistema jurídico sería muy diferente de los típicos de los teóricos generales y/o de los filósofos analíticos del Derecho. Basta pensar en la circunstancia de que una teoría no normativista sino factual del Derecho -precisamente por el hecho de ocuparse no sólo de normas sino también de hechos- obligaría a abandonar esa tácita limitación del campo de

[53] Naturalmente, aquí cambia el significado mismo de la palabra «derecho»: de Derecho en sentido objetivo a (sub)sistema social, o -como se decía en un trabajo anterior- ámbito específico de la experiencia social; cfr. M, Barberis, *Il diritto come discorvo e come comportamento,* Giappichelli, Torino, 1990, p. 42.

[54] Con esta precisión, un modelo de este tipo podría satisfacer al menos algunas de las exigencias hechas valer por diversos teóricos del Derecho en términos de *hermeneutic point of view* o de perspectiva del participante: cfr. respectivamente N. D. MacCormick, *H. L. A. Hart*, Arnold, London, 1981, especialmente p. 37, y J. C. Bayón, *Participantes, observadores e identificación del Derecho,* trad. it. *Partecipanti, osservatori e identificazione del diritto* en P. Comanducci, R. Guastini (a cargo de), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici,* Giappichelli, Torino, 1996, pp. 47-63.

investigación del filósofo a los conceptos y/o al lenguaje que es típica de la filosofía analítica en general, y de su versión wittgensteiniana en particular[55]. Por otra parte, en absoluto se está diciendo que las teorías del sistema jurídico de los sociólogos sean normalmente mejores que las de los teóricos generales-, es más, en algunos casos ni siquiera se puede decir que las primeras sean verdaderamente distintas (por ejemplo: más factuales) de las segundas.

En este lugar sólo es posible poner dos ejemplos, capaces de ilustrar los méritos y los límites contrapuestos de los modelos sociológicos corrientes. El *primer* ejemplo está representado por Lawrence M. Friedman y por su célebre manual *The Legal System. A Social Science Perspective* (1975), en el cual «sistema» viene definido como cualquier unidad conceptualmente delimitada respecto a un ambiente, del cual recibe *inputs* (demandas de soluciones) y al cual devuelve *outputs* (soluciones a tales demandas)[56]. Concepciones de este tipo han sido siempre criticadas, también en sus usos extrajurídicos, por el hecho de reducir el sistema a una caja negra *(black box),* de la que se conocen sus interacciones con el ambiente, pero de la que se ignora su estructura interna; ignorancia aparentemente muy grave para sistemas como el Derecho[57].

El *segundo* ejemplo, que merece alguna consideración más, está representado por el modelo o, mejor, por los modelos de sistema jurídico elaborados por Luhmann en textos como *Rechtssozologie* (1972), *Ausdifferenzierung des Rechts* (1981), o *Soziale Systeme* (1984). En todos estos textos, más allá de sus diferencias, la sociedad y el Derecho han sido caracterizados por Luhmann como sistemas (no de comportamientos, sino) de comunicaciones, capaces de seleccionar las posibilidades que se les presentan a los actores sociales, reduciendo la complejidad y la contingencia. Las normas jurídicas, desde este punto de vista, se configuran como «expectativas de comportamiento estabilizadas», o mantenidas firmes -a diferencia de las expectativas meramente cognoscitivas- incluso en caso de frustración[58].

---

[55] Aquí hay que remitir a M. Barberis, *Wingenstein e i concetti*, en P. Comanducci. R. Guastini (a cargo de), *Analisi e diritto* 1996, Giappichelli, Torino, 1996.

[56] Cfr. L. M. Friedman, *The Legal System*. A *Social Science Perspective* (1975), trad. it. con el título *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali,* Il Mulino, Bologna, 1978, p. 41. Obviamente, tratándose, como ya se ha dicho, de un sistema (no *real,* sino) *conceptual*, los confines del sistema variarán según la definición ofrecida; en efecto, Friedman examina diversas definiciones, sin por otro lado escoger ninguna (*ivi*, p. 49).

[57] Así, casi literalmente, M. Bunge, *A World of Systems,* cit., pp. 15-16. Friedman, además de hablar él mismo del sistema como de una «caja negra», de hecho escribe: «es el mundo externo, el mundo social, el que da vida y realidad al sistema jurídico-, éste no está aislado y separado, sino que, al contrario, es completamente dependiente de los *inputs,* de los mensajes que provienen del exterior. Sin litigantes, no existirían tribunales; sin demandas [...] no habría pleitos» (L. M. Friedman, *The Legal System,* cit. respectivamente, pp. 53 y 55).

[58] N. Luhmann, *Rechtssoziologie* (1972), trad. it. *Sociologia del diritto,* Laterza, RomaBari, 1977, p. 54

Ya en su versión originaria el modelo luhmanniano podría hacer pensar en una transcripción en términos sociologizantes de teorías teórico-generales; después de la conversión (hace ya una década) de Luhmann a la teoría de los sistemas llamados autopoiéticos, propuesta por los epistemólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela, este mismo modelo parece constituir sobre todo una generalización y radicalización en sentido holístico de la tesis kelseniana según la cual el Derecho regula su propia producción y aplicación[59]. El sistema jurídico, en el modelo autopoiético, acaba no sólo por aparecer como fuertemente autónomo respecto del ambiente, sino también por culminar en esa suerte de autorreflexión del sistema sobre sí mismo que sería la dogmática jurídica[60].

Como es sabido, a esta concepción del sistema se le han dirigido muchas objeciones[61]; lo que, por otro lado, puede decirse en este lugar es que toda la teoría de Luhmann, antes y después del giro autopoiético, parece presentar el defecto inverso de la teoría de Friedman, Mientras que Friedman elabora un modelo factual pero extrínseco de sistema jurídico (una suerte de *sociología del Derecho sin Derecho,* por decirlo en términos luhmannianos)[62], Luhmann elabora un modelo no sólo no factual, sino hasta demasiado intrínseco, construido sobre algunas creencias típicas de los juristas. En efecto, bajo el manto de una teoría sociológica del Derecho, autores como Luhmann o como Gunther Teubner parecen a veces ofrecer simplemente otro modelo teórico-general, sólo que formulado en lenguaje sociológico[63].

Naturalmente, se pueden construir modelos sociológicos de sistema jurídico que no presenten los defectos presentados por los que han sido considerados aquí. En este punto, sin embargo, viene de suyo plantearse un interrogante más radical: ¿por qué es necesario concebir, forzosamente, al Derecho como sistema? Si todas las concepciones del sistema que hemos considerado -sean las teórico-generales, sean las sociológicas- constituyen

---

[59] Por lo demás, también G. Teubner, *Recht als autopoietisches System* (1989), trad. it. *Il diritto come sistema autopoietico*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 57-58, se compara de cerca con la teoría hartiana del Derecho como unión de normas primarias y secundarias.

[60] Es ésta la famosa teoría luhmanniana de la autorreferencialidad *(Selbsreferenz)* del sistema autopoiético; para una posición análoga, cfr. de nuevo G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, cit., especialmente p. 59.

[61] Cfr. al menos D. Zolo, *The Epistemological Status of the Theory and Its Applications to the Social Sciences*, en G. Teubner, A. Fehbrajo (eds.), *State, and Economy as Autopoietic Systems*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 67-124.

[62] Cfr, N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts* (1981), trad. it. *La differenziazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 36; pero cfr, ya id., *Rechtssoziologie*, cit., p. 9: «a tales investigaciones les falta el Derecho».

[63] En el mismo sentido, cfr. D. Zolo, *The Epistemological Status of the Theory of Autopoiesis*, cit., p. 117.

otros tantos modelos del Derecho, ¿por qué no abandonar todos estos modelos y estudiar directamente el fenómeno jurídico, saltando todas las mediaciones teóricas? Después de todo, usando modelos se está de todos modos obligado a revisar los resultados sobre el original; y también en este sentido, como ha escrito Richard Braithwaite, los modelos requieren «eterna vigilancia»[64].

c) El problema más grande parece constituido, precisamente, por el carácter de modelo del sistema jurídico. Cuando se aplica un modelo a la realidad se termina por ver sobre todo lo que aquél nos muestra: con el peligro siempre acechante -además del de cambiar la realidad por el modelo de tener, no una representación simplificada de la realidad, sino una representación por lo menos tan compleja como el original. Muchas teorías del sistema jurídico, entre ellas las elaboradas por los filósofos analíticos en general y por Alchourrón y Bulygin en particular, dan a veces la siguiente impresión: un enorme despliegue de trabajo teórico para solucionar problemas que luego se revelan todos ellos internos al modelo; un derroche de inteligencia para resolver *puzzles* que son los mismos teóricos quienes los han inventado.

Las sistemáticas de los juristas ya constituyen modelos del Derecho; los sistemas de los teóricos generales, a su vez, constituyen un modelo de tales modelos; algunos sistemas de los sociólogos del Derecho -como el de Luhmann, que pretende dar cuenta de la teoría del Derecho misma[65]- constituyen pues, meta-meta-modelos del Derecho. Esto es, los modelos proliferan autónomamente, y se persiguen independientemente del original, terminando por convertirse en otro fenómeno a explicar, a menudo más incomprensible que aquéllos de los que se había partido. El lenguaje del modelo tiende naturalmente a degenerar en jerga; de hecho, en el caso del último Luhmann, o de la teoría de la autopoiesis en general, cuesta mucho más trabajo entender el modelo que el original[66].

Por tanto, inmediatamente pensamos en desembarazamos del modelo y en volver a abordar directamente el original, saltando toda mediación teórica. En realidad, esta siempre recurrente pretensión de mirar «a las cosas mismas» es ilusoria: toda observación está «cargada de teoría» y no hay lugar

[64] R. B. Braithwaite, *Scientific Explanation* (1953), trad. it. *La spiegazione scientifca*, Feltrinelli, Milano, 1966, p. 90.

[65] Cfr. N. Luhmann, *Ausdifferenzierierung des Rechts* cit., p, 32: «La intención es [..] la de presentar una teoría sociológica que incluya la posibilidad de analizar la teoría del Derecho».

[66] En Italia, para facilitar la lectura de Luhmann, se ha publicado recientemente un diccionario de los principales términos teóricos luhamannianos: cfr. C. Baraldi, G. Corsi, E. Esposito (a cargo de), *Luhmann in Glossario. I concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*, Angeli, Milano, 1996.

para miradas vírgenes de presupuestos teóricos. Por lo tanto, no podemos prescindir de los modelos; pero tampoco estamos obligados a servimos de alguno de ellos. Por definición, ningún modelo es exclusivo: ni siquiera el del sistema. La impresión contraria deriva -además de la ya señalada vaguedad de términos como «orden» y «estructura», que aparecen en muchas definiciones tanto de «modelo» como de «sistema»- del hecho de que, a veces, el primer término viene definido recurriendo al segundo[67].

Vuelve a ser útil, para este propósito, la distinción entre problema dogmático de la sistemática, o de la sistematización, y problema teórico-general del sistema, distinción ya empleada en el análisis de la teoría de Alchourrón y Bulygin. En el caso de la teoría de la sistemática, parece difícil prescindir del modelo del sistema, por lo menos mientras exista una disciplina intelectual como la dogmática jurídica; y parece difícil, de entrada, porque son los mismos actores sociales de cuya conducta un modelo de la sistemática debe dar cuenta -los juristas- los que razonan en términos sistemáticos. Por tanto, desde este específico punto de vista, el modelo sistemático no ha perdido en modo alguno su actualidad; el modelo sistemático elaborado por Alchourrón y Bulygin desde NS, resueltos sus problemas internos, podrá, en suma, sernos todavía muy útil.

En cambio, parece difícil sostener lo mismo respecto a esa representación de las representaciones de los juristas, esa especie de pleonasmo de la sistemática, que es el sistema de los teóricos generales. Aquí verdaderamente podemos preguntamos: ¿por qué debemos seguir hablando de «sistema jurídico», aun cuando esta expresión se revela como un mero sinónimo de «Derecho»[68]? ¿Por qué debemos seguir calificando a un Derecho de sistemático, por ejemplo, aun cuando sabemos que no es ni unitario, ni coherente, ni completo, o, a lo mejor, cuando ni siquiera sus cultivadores han soñado jamás calificarlo así? Más en general: ¿por qué debemos sentirnos vinculados

[67] Cfr. p.e. B. Walliser, *Sistèmes et modèles. Introduction critique à l'ánalyse des systèmes,* Seuil, París, 1977, p. 120: «Un modèle apparaît donc conune un système omomorphe a un système donné mettant en évidence certaines de ses caractéristiques» [«De este modo, un modelo se presenta como un sistema isomorfo a un determinado sistema, poniendo de manifiesto algunas de sus características» (N. del T.)]. Muchos teóricos generales de los sistemas, en efecto, usan «sistema» en un sentido tan amplio que hace casi inútil al concepto relativo; como observa M. Bunge, *A World of Systems*, cit., p. 8, en la cita utilizada como cabecera de este trabajo.

[68] Una de las razones para el uso de tales sinónimos es que «Derecho» en sentido objetivo, en idiomas cómo el italiano, tiende a tener un plural defectuoso, en cuanto que «Derechos» suena como el plural de «derecho» en sentido subjetivo; y entonces se habla de «sistemas jurídicos» en lugar de «Derechos» en sentido objetivo. En otros idiomas, como es sabido, no surge este problema: en inglés, por ejemplo, «law» es distinto de «right». También en italiano, no obstante, se puede reaccionar contra esta tendencia, como se ha hecho, sin demasiadas dificultades, en el texto de este trabajo.

al -a algún- modelo sistemático, y no sentirnos autorizados a emplear otros, complementarios o alternativos a él?

Gran parte de los problemas sólo aparentemente resueltos, o dejados sin solucionar, o quizás ni siquiera sospechados, aplicando al Derecho los modelos sistemáticos corrientes, pueden ser afrontados utilizando otros modelos: por ejemplo, los modelos -no estructurales, sino funcionales- proporcionados por la teoría de la evolución. Obviamente, se podría discutir si estos dos géneros de modelística se excluyen mutuamente, o bien si -utilizados ambos en versiones rigurosamente cognoscitivas- se revelan compatibles: al fin y al cabo, la dinámica no excluye a la estática, sino que es sólo una perspectiva ulterior. Sea como fuere, precisamente teorías como la nomodinámica kelseniana o como la doctrina hartiana del paso de los sistemas simples a los complejos, por no hablar de la teoría de los sistemas autopoiéticos[69], parecen moverse ya en esta dirección.

(Trad. de Victoria Roca)

[69] Cfr. respectivamente, N. Luhmann, *Evolution des Rechts* (1970), trad. it. *L'evoluzione del diritto,* ahora en Id., *Ausdifferenzierung des Rechts,* cit., y todo el cuarto capítulo de G. Teubner, *Recht als autopoietisches System,* cit., pp. 69-91, titulado «El Derecho y su evolución». Ya el «primer» Luhmann, por lo demás, definía las estructuras como funciones «relativamente duraderas»: cfr. Id., *Soziologische Aufklärung I* (1970), trad. it. *Illuminismo sociologico*, Il Saggiatore, Milano, 1983, p. 31.

NOTAS PARA UN ANÁLISIS SILOGÍSTICO DEL DISCURSO JUDICIAL*

1. Introducción

Este trabajo tiene como punto de partida dos tesis que, en relación al razonamiento judicial, han sido formuladas por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin en algunos ensayos escritos entre 1989 y 1991[1].

La primera tesis sostiene que el razonamiento mediante el cual los jueces motivan («justifican») sus decisiones, puede reconstruirse como un razonamiento silogístico:

> «El razonamiento jurídico que pretende mostrar que una decisión o una pretensión están justificadas de acuerdo al derecho vigente es esencialmente deductivo o, por lo menos, puede ser reconstruido como una inferencia lógica en la que, sobre la base de dos tipos de premisas, normativas y fácticas, se llega a una conclusión que afirma que ciertas consecuencias jurídicas son aplicables a un caso particular»[2].

La segunda tesis sostiene que los únicos «enunciados interpretativos» *(asserti interpretativi, interpretative statements)* utilizados por los jueces para justificar sus decisiones son enunciados analíticos:

---

* Deseo expresar mi gratitud a los participantes del II Seminario amero-ibero-italiano, llevado a cabo en la Residencia La Cristalera, los días 28-30 de octubre de 1996, por sus observaciones a una versión previa de este trabajo. Un agradecimiento especial merece el prof. Ricardo Caracciolo, sin cuyos comentarios, formulados en ocasión de una breve estancia genovesa, este trabajo sería sin duda peor (de lo que ya es).

[1] C.E. Alchourrón y E. Bulygin, «Limits of Logic and Legal Reasoning» (1989), in A. Martino (ed.), *Expert Systems in Law,* Amsterdam/London/New York/Tokyo, North-Holland, 1992, pp. 9-26, tr. cast., «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», in C.E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, C.E.C., 1991, pp. 303-328; E. Bulygin, «On legal Interpretation» (199 l), *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie,* Beiheft 53, 1994, pp. 11-22; E. Bulygin, «Cognition and Interpretation in Law» (1991), in L. Gianformaggio y S. L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law,* Torino, Giappichelli, 1995, pp. 11-35.

[2] C.E. Alchourrón y E. Bulygin, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», cit., p.303.

«If the judge stipulates that the extension of the predicate P […] is included in the extension of the predicate Q [...], then the statement of the language of the form (x) (Px ÷ Qx) [...] is analytic, for its truth depends on the meaning of these predicates and not on (empirical) facts. This analytic statement that the judge uses in order to justify his rejection of [a] claim may conveniently be called *interpretative statement*. Such interpretative statements are based on metalinguistic rules of designation. The judge either discovers an existent semantie rule or it is he who stipulates it. In both cases he uses a true but vacuous sentence of the language; it is analytically true, but vacuous in the sonse that it does not say anything about the world. The decision of the judge to stipulate a certain semantie rule is often based on evaluations, but the interpretative sentence he uses for the justification of his veredict is not a value judgment, but an analytie statement whose truth depends on the meaning of the relevant terms alone»[3].

En relación a la primera tesis, me propongo confirmarla de manera experimental (*in corpore vili,* tal como se verá), mostrando de qué manera el contenido de una sentencia -al menos, las sentencias pronunciadas por los jueces civiles italianos- puede ser reconstruido mediante una serie de silogismos. En efecto, un único silogismo, contrariamente a lo que sostienen ciertas teorías de la aplicación del derecho, no es normalmente suficiente para reproducir la complejidad del razonamiento justificatorio judicial.

En relación a la segunda tesis, me propongo argumentar: a) que, desde la perspectiva de una reconstrucción silogística del contenido de las sentencias lo más completa posible, los jueces, al justificar sus decisiones, utilizan no sólo enunciados interpretativos «analíticos» que expresan «proposiciones analíticas», como sostienen Alchourrón y Bulygin, sino enunciados interpretativos de otro tipo que expresan significados interpretativos de otro tipo; b) que, desde la perspectiva de una reconstrucción silogística lo más completa posible del contenido de una sentencia, no hay duda de que los jueces usan enunciados «analíticos».

Los dos apartados siguientes estarán dedicados a tratar los enunciados interpretativos (ap. 2) y los silogismos judiciales (ap. 3), con objetivos esencialmente constructivos. Se suele pensar que la crítica es el mejor modo de honrar a un estudioso. Pero una forma distinta de homenaje consiste en utilizar las teorías como base para ulteriores investigaciones. Las notas que siguen pretenden ofrecer un tributo de este último tipo al ingenio teórico de Carlos Alchourrón y de Eugenio Bulygin.

2. Enunciados interpretativos: una tipología empírica

¿Qué es un enunciado interpretativo? ¿Cuántos enunciados interpretativos y de qué tipo aparecen en los discursos jurídicos (en un trabajo doctrinal, en la motivación de una sentencia, etc.)? ¿Cuál es su *«forma standard»*?

[3] E. Bulygin, «On legal Interpretation», cit., pp. 16-17; análogas consideraciones en C.E. Alchourrón y E. Bulygin, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», cit., p. 306-307.

2.1. Definiciones y tesis

Para evitar posibles equívocos, ilustraré brevemente las tesis y nociones de las que me he servido al elaborar la presente tipología.

1) *«Enunciado»*. Un «enunciado» es una expresión lingüística gramaticalmente completa. Un mismo enunciado puede ser considerado en abstracto, es decir, haciendo abstracción de sus particulares y concretas utilizaciones, en cuyo caso es un «enunciado-tipo» o «enunciado-en-abstracto» *(«type-sentence»)*; o tomarlo en consideración tal como es utilizado en un particular contexto comunicativo, en cuyo caso es un «enunciado-en-uso» o «enunciación» *(«token-sentence»)*. En lo que sigue me ocuparé tan sólo de los enunciados-en-uso.

2) *«Significado» de un enunciado*. Por «significado» de un enunciado se pueden entender al menos dos cosas distintas. Por un lado, el significado (aunque podría ser perfectamente más de uno) de un enunciado en cuanto enunciado-tipo, o «significado enunciativo», o «significado acontextual»: el significado que el enunciado expresa sobre la única base de las palabras que en él aparecen y de la sintaxis. Por otro lado, el significado del enunciado en cuanto enunciado-en-uso, o «significado contextual»: la comunicación que el enunciado expresa, realiza o transmite en un particular contexto lingüístico y extralingüístico de uso, según la perspectiva de los intérpretes (destinatarios, usuarios, etc.) del propio enunciado. Asumo, al respecto, que el significado contextual (todo significado contextual) es escindible, con fines analíticos, en dos dimensiones o elementos: el elemento «referencial» y el elemento «pragmático». El elemento referencial consiste en la referencia a cosas o situaciones; el elemento pragmático refleja lo que el enunciado es -o hace, o sirve para hacer- dentro del discurso del emisor, según la perspectiva del intérprete.

3) *Variedad de significados contextuales*. Asumo que un mismo enunciado-tipo, según el uso particular, puede expresar (o mejor: puede entenderse que expresa) alternativamente una pluralidad de significados contextuales distintos: aserciones, constataciones, previsiones, juicios de valor, contenidos de decisiones, reglas de conducta, sugerencias, etc.

4) *«Enunciados jurídicos» / «Enunciados normativos» / «Documentos normativos»*. Por «enunciados jurídicos» entiendo, genéricamente, los enunciados formulados por los juristas en las obras doctrinales, por los teóricos del derecho en sus ensayos teórico-generales, por los abogados en los actos procesales, por los jueces en las sentencias, por los legisladores en las leyes, por los agentes privados en contratos y testamentos, etc. Por «enunciados normativos» (o brevemente: «disposiciones») entiendo la subclase de los enunciados jurídicos que, en un contexto espacio-temporal determinado,

han sido formulados por autoridades normativas: por órganos competentes para producir normas, o reglas, jurídicas. Por «documento normativo» entiendo, por último, cualquier documento que contenga al menos un enunciado normativo: al menos una disposición.

5) *Factores relevantes a la hora de atribuir significado a los enunciados normativos*. Asumo que en la atribución de significado a los enunciados normativos pueden influir al menos cuatro factores.

El primer factor son las cogniciones, orientaciones teóricas, ideologías, exigencias prácticas y preferencias irracionales (sentimientos, pasiones, emociones) que, combinadas de manera distinta, constituyen lo que podría denominarse, por brevedad, la «perspectiva de los intérpretes».

El segundo factor es la posición institucional de quien ha formulado el enunciado normativo objeto de interpretación: órgano que detenta la función legislativa, gobierno, primer ministro, tribunal supremo, gobernador civil, alcalde, etc.

El tercer factor es la relevancia institucional del documento normativo dentro del cual ha sido formulado el enunciado objeto de interpretación.

El cuarto factor es la presencia o ausencia, en el discurso de las fuentes del derecho en sentido formal (constitución, legislación, reglamentos, etc.), de enunciados que versan sobre la interpretación: por ejemplo, la presencia o ausencia de enunciados como el art. 3.1 del código civil español, o el art. 12.l. de las disposiciones preliminares del código civil italiano.

De estos cuatro factores, el primero ejerce, paradójicamente, una influencia preponderante: es el factor, de contenidos contingentes y sociológicamente condicionados, a través del cual los otros factores asumen a su vez alguna relevancia interpretativa. Por ejemplo: si entre los juristas y los operadores jurídicos en general se ha extendido la opinión de que la interpretación es una actividad «lógica» (y no «jurídica»), así como la ideología de que el legislador no es competente para regular la interpretación de los documentos normativos (ya que, pongamos por caso, se considera que *no puede* hacerlo), la presencia de enunciados legislativos que versen sobre la interpretación de la ley normalmente carecerá de influencia. En efecto, cualquier intérprete que opere en aquel contexto cultural sostendrá: o que tales disposiciones, si bien se mira, no expresan ninguna regla jurídica; o que expresan preceptos jurídicos del todo inaplicables. En cambio, este tipo de disposiciones legislativas adquieren relevancia allí donde está extendida la opinión de que la interpretación es una actividad «jurídica» (y no meramente «lógica») y en presencia de ideologías prescriptivistas del discurso legislativo, para las que *todos* los enunciados formulados por el legislador deben ser considerados idóneos para expresar (directa o indirectamente) reglas jurídicas.

2.2. «Enunciado interpretativo»

¿Cuántos enunciados interpretativos y de qué tipo se encuentran en los discursos jurídicos y, en particular, en las sentencias?

1) La locución «enunciado interpretativo» -al igual que las correspondientes expresiones de otros lenguajes naturales: *énoncé interprétatif, interpretative sentence, enunciato interpretativo,* etc.- no pertenece al léxico cotidiano de los prácticos del derecho. Una locución de este tipo no posee, por tanto, un uso ordinario, susceptible de comprobación empírica.

2) Ello obviamente no implica que, si se pregunta a un juez, a un abogado o a un funcionario qué se entiende por «enunciado interpretativo», no estén en condiciones de ofrecer una respuesta. Combinando algunos de los significados de los dos vocablos que componen la locución (el sustantivo «enunciado» y el adjetivo «interpretativo»), cualquiera podría responder, por ejemplo, que «enunciado interpretativo» denota cualquier expresión lingüística gramaticalmente completa, cuyo significado tenga que ver con la interpretación de un documento normativo; o bien, de forma menos genérica, pero también circular, que «enunciado interpretativo» denota cualquier expresión lingüística gramaticalmente completa, *que interprete* un documento normativo.

3) La locución «enunciado interpretativo» pertenece, en cambio, al léxico de (algunos) estudiosos del derecho, que la utilizan sobre la base de estipulaciones expresas o tácitas acerca del uso que de esta locución hay que hacer, o es oportuno que se haga, en determinados contextos: por ejemplo, en virtud de una más clara comprensión del fenómeno interpretativo jurídico.

4) Por consiguiente, los enunciados interpretativos son expresiones lingüísticas gramaticalmente completas, cuya identificación dentro de los discursos jurídicos depende en gran medida de las opciones, teóricas o prácticas, de los estudiosos.

Dicho lo anterior, a los fines de la presente investigación, utilizaré una noción de «enunciado interpretativo» bastante amplia, para así evitar prejuzgar en favor de alguna meta preconstituida. Por tanto, en lo que sigue entenderé por «enunciado interpretativo» (en sentido amplio y genérico) *cualquier expresión lingüística gramaticalmente completa que exprese una comunicación -aserción, constatación, previsión, juicio de valor regla de conducta, sugerimiento, decisión, etc.- relativa a la interpretación-actividad, o a la interpretación-producto, de enunciados normativos, o de particulares vocablos o locuciones dentro de ellos.*

La definición utiliza la distinción, trazada por Giovanni Tarello, entre «interpretación -actividad» e «interpretación-producto»: entre la actividad consistente en atribuir significado a un enunciado normativo, actividad intelectual,

in mente judicis, causidici, prudentis, etc., por una parte; y el resultado o producto de tal actividad, constituido por un enunciado del que se asume que tiene el mismo significado que el enunciado objeto de la interpretación, por otra[4].

2.3. Las formas *standard de. los enunciados interpretativos y de sus significados contextuales típicos*

Las formas *standard de los enunciados interpretativos* -en lo que sigue, por brevedad: «formas-enunciado»- reproducen la estructura típica de los enunciados interpretativos presentes en los discursos jurídicos, sustituyendo sus contenidos concretos -referencias a artículos, códigos, normas, principios, etc.- por las variables simbolizadas por letras del alfabeto. Por ejemplo (otros ejemplos, en el ap. 2A):

«La disposición "D" significa N»
«La disposición "D" significa N1, N2 y N3»
«La disposición "D" significa N1 o N2 o N3»
«La disposición "D" no significa N1, sino N2»
«De la combinación de "D1","D2", ... "Dn" se obtiene N3»
«De la combinación de "D1" "D2", ... "Dn" se deduce N3»
«La disposición "D" debe ser interpretada de la forma F», etc.[5]

Observaciones.

1) Los enunciados interpretativos representados mediante las formas-enunciado no son enunciados *interpretados.* Tales formas, en efecto, no reproducen el significado de los enunciados interpretativos, sino que sirven para presentar los enunciados mismos de manera esquemática. Por ejemplo,

«La disposición "D" significa N»

es la forma-enunciado de enunciados, interpretativos, utilizados por operadores jurídicos particulares, en contextos particulares, como:

«La disposición "el domicilio es inviolable" ("D") significa que nadie puede acceder a la vivienda de otro sin su consentimiento (N)».

Por su parte,

«La disposición "D" debe ser interpretada del modo F»

es (en este caso) la forma-enunciado de enunciados interpretativos deónticos, tales como:

«La disposición "el domicilio es inviolable" ("D") debe ser interpretada extensivamente».

[4] G. Tarello, *L'interpretazione della legge,* Milano, Giuffrè, 1980, cap. II.

[5] Riccardo Guastini llama «forma standard» de los enunciados del discurso del intérprete a la fórmula siguiente: «"T" significa S», donde «T» representa cualquier enunciado del discurso de las fuentes -por ejemplo: un enunciado legislativo- y «S» representa el contenido de significado de aquel enunciado (según la opinión del intérprete). Cfr. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme,* Torino, Giappichelli, 1992, cap. 1.

2) Las formas-enunciado de los enunciados interpretativos son ambiguas: conservan, por definición, la ambigüedad pragmática de los enunciados representados. Un enunciado del tipo «La disposición "D" significa N» -por ejemplo: «La disposición "el domicilio es inviolable" ("D") significa que nadie puede acceder a la vivienda de otro sin su consentimiento (N)»- puede expresar, atendiendo a los contextos concretos de uso, una constatación, una valoración, una regla, etc. Pero la forma-enunciado no deja entrever nada de todo eso.

Las *formas standard* de los significados contextuales de los enunciados interpretativos -en lo que sigue, por brevedad: «formas-significado»- a diferencia de las formas-enunciado, reproducen la estructura típica de enunciados interpretativos interpretados. Sirven para mostrar el significado que tales enunciados expresan -o mejor: que los intérpretes asumen que expresan- en contextos concretos de uso: reglas, constataciones, juicios de valor, previsiones, decisiones, etc. Por ejemplo:

«La disposición "D" debe interpretarse que expresa N (en el contexto Q»

«La disposición "D" ha sido interpretada (por a, b, c,... n) expresando N (en el contexto C)»

«Es justo atribuir a la disposición "D" el significado N»

«Es previsible que a la disposición "D" se le atribuya el significado N»

Nótese que, desde la perspectiva de las presentes estipulaciones, cada una de las formas - significado reproduce una posible interpretación de un enunciado-en-uso interpretativo, cuya forma-enunciado sería: «La disposición "D" significa N». No es raro, en efecto, que los enunciados-en-uso interpretativos sean elípticos y, en cuanto tales, aptos para generar confusión y opiniones encontradas sobre su significado contextual.

2.4. Una tipología empírica

Partiendo de la distinción de Tarello, entre enunciados interpretativos que expresan, respectivamente, constataciones, decisiones, previsiones y propuestas[6]; y entendiendo por «enunciado interpretativo», según lo estipulado con anterioridad, toda expresión lingüística gramaticalmente completa que expresa una comunicación -aserción, constatación, previsión, juicio de valor, valoración técnica, regla de conducta, sugerimiento, decisión, etc.- relativa a la interpretación-actividad o a la interpretación-producto de disposiciones, es posible distinguir, dentro de los discursos jurídicos, diversos tipos de enunciados interpretativos. A continuación examinaré sólo algunos de ellos. Con una precisión. La siguiente tipología es «empírica» en al menos

[6] G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., cap. II.

tres sentidos distintos. En primer lugar, se fundamenta en constataciones o en generalizaciones de constataciones, de datos de la experiencia. En segundo lugar, pretende ser un instrumento analítico de los discursos interpretativos en experiencias jurídicas particulares. En tercer lugar, es el resultado de un enfoque «empírico», de bajo contenido de reelaboración teórica.

(1) *Enunciados que regulan interpretaciones-actividad.* Un primer tipo de enunciado interpretativo está formado por aquellos enunciados que expresan reglas jurídicas acerca de qué procedimiento interpretativo debe seguirse por parte de ciertos sujetos en relación a enunciados normativos individuales o a clases de enunciados normativos. Por ejemplo, «Al aplicar la ley no se le puede atribuir otro sentido que el que surge del significado propio de las palabras»; «Las leyes de excepción deben interpretarse de manera restrictiva»; «Si hay dudas, los contratos a título oneroso deben ser interpretados dando un tratamiento equitativo a la exigencia de las partes»; «La disposición "Los ciudadanos tienen derecho a reunirse pacíficamente y sin armas" debe ser interpretada según el principio de *favor libertatis*», etc.

La forma-significado de enunciados regulativos que versan sobre clases de enunciados normativos, o de enunciados individuales en cuanto pertenecen a tales clases (artículos, cláusulas contractuales, codicilos, etc.), es:

«Toda D debe interpretarse de la forma F (en C)».

Por su parte, la forma-significado de enunciados regulativos que versan sobre enunciados normativos individuales (o acerca de locuciones dentro de enunciados: en lo que sigue no repetiré esta precisión, dándola por implícita) es:

«La disposición "D" debe interpretarse de la forma F (en C)».

Observaciones

a) En ocasiones aparecen enunciados regulativos en el lenguaje legislativo -al menos en el de aquellos legisladores que cuentan entre sus tareas con la de regular la interpretación-actividad: este es el caso, por ejemplo, del legislador argentino, italiano y español.

b) También aparecen enunciados regulativos en el discurso judicial, cuando se trata de jueces competentes para producir reglas generales que otros sujetos -los mismos jueces o jueces inferiores en decisiones sucesivas, funcionarios, ciudadanos- deben seguir.

c) En ocasiones, los juristas en sus discursos formulan enunciados deónticos del tipo: «La ley penal debe ser interpretada de forma extensiva»; o «La disposición "Todos los ciudadanos son iguales ante la ley" debe ser interpretada de forma restrictiva». Sin embargo, discursos doctrinales cuya forma-enunciado sea, por ejemplo, «La disposición "D" debe interpretarse de la forma F (en C)» son ambiguos: no expresan necesariamente reglas interpretativas, sino que, según las características de la experiencia jurídica en

la que el enunciado ha sido formulado y según la perspectiva de quien lo interpreta (cfr. ap. 2.1.), pueden entenderse, por ejemplo, como enunciados que expresan valoraciones prudenciales («enunciados estimativos»), juicios de valor («enunciados valorativos»), previsiones («enunciados predictivos»), propuestas («enunciados propositivos»), constataciones («enunciados constatativos»), etc. Por ejemplo, un enunciado interpretativo cuya forma-enunciado sea:

«La disposición "D" debe interpretarse de la forma F (en C)»,

si lo ha formulado un jurista que opera en un ordenamiento moderno del tipo europeo-continental, podría expresar (entenderse que expresa) elípticamente una constatación, según la cual, en cierto contexto (C), es vigente la regla de que se debe interpretar cierta disposición ("D") según cierto procedimiento (F). En tal caso, la forma-significado sería:

«En C, es vigente la regla según la cual la disposición "D" debe ser interpretada de la forma F».

O bien, un enunciado doctrinal de este tipo podría también (entenderse que) expresa una propuesta regulativa *de lege lata*: la propuesta de adoptar una cierta regla interpretativa, formulada por el jurista mediante un enunciado deóntico (por dárselas de nomoteta, o por intentar suscitar en los destinatarios una postura similar a la que adoptarían frente a un idéntico mensaje proviniente, pongamos por caso, del legislador), en cuyo caso la forma-significado del enunciado sería:

«Se propone, al interpretar la disposición "D", que se adopte la regla según la cual "D" debe interpretarse de la forma F (en C)».

d) ¿Cómo entender los enunciados interpretativos deónticos -«La ley debe interpretarse según el sentido propio de las palabras», «El art. 1593 del Código Civil debe interpretarse de forma sistemática», etc.- usados en una sentencia por un juez que no tenga la competencia para producir reglas jurídicas vinculantes *erga omnes*? La respuesta requiere ulteriores precisiones y depende, en buena medida, de la perspectiva teórica adoptada[7].

Al respecto, sin embargo, cabe sostener que este tipo de enunciados expresan, según los casos, al menos tres distintas proposiciones interpretativas (uso «proposición», genéricamente, como sinónimo de significado de un enunciado y no como significado verdadero o falso).

En algunos casos, un enunciado judicial cuya forma-enunciado es:

«La disposición "D" debe ser interpretada de la forma F (en C)»

podría expresar (o entenderse que expresa) un «precepto derivado» del tipo «meramente reiterado», o sea, estipulativamente, un precepto: a) no

[7] Sobre este punto, E. Bulygin, «Sentencia judicial y creación de derecho» (1966), in C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho,* cit., pp. 355-369.

producido originaria y libremente por el juez, sino obtenido de una preexistente disposición; b) que constituye la pura y simple reiteración del texto de la disposición (o la simple paráfrasis de su significado más inmediato). En tales situaciones, la forma-significado del enunciado interpretativo es la siguiente:

«Conforme a lo prescrito por D1, la disposición 'D' debe interpretarse de la forma F (en C)».

En otros casos, un enunciado judicial cuya forma-enunciado es:

«La disposición "D" debe ser interpretada de la forma F (en C)»

podría expresar (o entenderse que expresa) un «precepto derivado» del tipo «no meramente reiterativo», es decir, estipulativamente, un precepto: a) no producido originaria y libremente por el juez, sino obtenido de una base enunciativa que puede incluir también una pluralidad de disposiciones recortadas y combinadas de forma variada; b) que constituye el resultado de operaciones interpretativas más o menos complejas: desde la «concreción» de cláusulas generales hasta la identificación de principios generales implícitos en el discurso de las fuentes, y si se da el caso, con el auxilio de precedentes interpretaciones-producto con autoridad, sea de origen doctrinal o judicial. En tales situaciones, la forma-significado del enunciado interpretativo es la siguiente:

«Conforme a lo prescrito por la base enunciativa relevante BE (vistos los criterios hermenéuticos R1 ... Rn y de las técnicas hermenéuticas T1 ... Tn), la disposición "D" debe interpretarse de la forma F (en C)».

En ocasiones, en relación a este último tipo de preceptos derivados, se suele hablar de «normas producidas por los jueces». No obstante, la principal (e inmediata) función de tales «normas», al menos por lo que hace a las organizaciones de tipo europeo-continental, no es la de guiar el comportamiento de clases de destinatarios indeterminados (en los que, normalmente, subsiste un deber jurídico de obediencia), sino hacer las veces de *rationes decidendi* (o de *regulae decidendi*) para un caso determinado. Tales *rationes decidendi* pueden también aplicarse de nuevo en sucesivas decisiones: su «vigencia» respecto a clases de destinatarios indeterminados sigue siendo, a pesar de todo, una vigencia meramente factual; y la observancia de las mismas, por parte de los asociados, se debe a consideraciones esencialmente prudenciales y no a consideraciones *lato sensu* morales[8].

[8] De «preceptos reiterados» habla Uberto Scarpelli, «Le "proposizioni giuridiche" come precetti reiterati», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 44, 1967, pp. 465-482, para denominar en general lo que en el texto he llamado «preceptos derivados». Además de lo dicho por Scarpelli, estas breves consideraciones son deudoras, bajo el perfil de las relaciones entre *regula decidendi* y discurso de las fuentes, de J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law,* Dordrech/Boston/London, Kluwer, 1992, pp. 242-250, el cual utiliza la expresión «rule of decision».

Por último, en otros casos, un enunciado judicial cuya forma-enunciado sea:

«La disposición "D" debe interpretarse de la forma F (in C)»

podría expresar un precepto derivado -meramente reiterado o no- pero, por ejemplo, una valoración prudencial (un juicio estimativo), de tal modo que su forma-significado no sería:

«La disposición "D" debe interpretarse de la forma F (in C)»,

sino:

«Es correcto interpretar la disposición "D" de la forma F (en C)».

(2) *Enunciados que regulan interpretaciones-producto.* Un segundo tipo de enunciado interpretativo está formado por aquellos enunciados que expresan reglas acerca de qué significado debe atribuirse a enunciados normativos específicamente delimitados. Por ejemplo, «La disposición "La correspondencia es inviolable" debe interpretarse que expresa la norma según la cual las comunicaciones epistolares (pero no las telefónicas) quedan sustraídas al control preventivo de la policía».

La forma-significado de este tipo de enunciados es:

«La disposición "D" debe interpretarse que expresa N (en C)».

Observaciones.

a) Con notable frecuencia aparecen enunciados regulativos de interpretaciones-producto en el discurso legislativo. Se trata de los enunciados que expresan las llamadas «normas interpretativas» o «normas de interpretación auténtica» de otros enunciados normativos.

b) En presencia de determinadas condiciones estructurales, aparecen este tipo de enunciados regulativos también en el discurso judicial. En Italia, por ejemplo, la Corte de casación, cuando anula una sentencia pronunciada en apelación o en única instancia por «violación o falsa aplicación de normas jurídicas», debe formular el «principio de derecho» con el que el juez de reenvío deberá decidir el fondo de la controversia. Pues bien, en muchos casos, la casación dirige al juez de reenvío reglas del tipo: «La disposición "D" debe interpretarse que expresa N (en C)».

c) En relación a los discursos de los juristas y de los jueces no competentes para formular reglas vinculantes *erga onmes,* valen aquí las mismas consideraciones desarrolladas en relación a los enunciados regulativos de interpretaciones-actividad.

(3) *Enunciados valorativos de interpretaciones y actividad.* Un tercer tipo de enunciado interpretativo está formado por los enunciados que expresan juicios de valor -morales, políticos, religiosos, etc.- acerca de la interpretación-actividad de enunciados normativos individuales o de clases de enunciados normativos. Por ejemplo, «Es bueno que las leyes de excepción sean interpretadas restrictivamente»; «Hay que abstenerse de interpretar extensivamente

las leyes penales»; «Es justo que la disposición "Los ciudadanos tienen derecho a reunirse pacíficamente y sin armas" se interprete según el principio de *favor libertatis*», etc.

La forma-significado de este tipo de enunciados que versan sobre clases de enunciados normativos es:

«Es justo que toda D se interprete de la forma F (en C)».

Por su parte, la forma-significado de este tipo de enunciados que versan sobre enunciados normativos individuales es:

«Es justo que la disposición "D" se interprete de la forma F (en C)».

Observaciones.

a) Usualmente, los enunciados valorativos no aparecen en el discurso legislativo -al menos no lo hacen en la cultura continental moderna, al asumirse que el legislador debe únicamente prescribir: no debe ni persuadir, ni informar, ni expresar juicios de valor.

b) En cambio, aparecen enunciados valorativos típicamente en los discursos de los juristas y, en cierta medida, en el de los jueces, en cuanto estos últimos, en un determinado contexto cultural-organizativo, consideren que pueden formular verdaderos y propios juicios de valor en las sentencias, sin que ello suscite reacciones críticas por parte de la opinión pública ni censuras por parte de los garantes de la deontología judicial.

(4) *Enunciados valorativos de interpretaciones-producto.* Un cuarto tipo de enunciado interpretativo está formado por los enunciados que expresan juicios de valor-morales, políticos, religiosos, etc- acerca de la interpretación-producto de enunciados normativos específicamente determinados. Por ejemplo: «Existe el deber inexcusable de entender por "sociedad de auxilio mutuo" toda forma de agregación humana inspirada en los principios del panglosianismo culinario».

La forma-significado de este tipo de enunciados es:

«Es justo que "D" se interprete que expresa N en C».

Observaciones.

a) Este tipo de enunciados normalmente tampoco aparecen -o se espera que no aparezcan- en el discurso legislativo.

b) En cambio, están presentes, si bien a menudo de manera disimulada, en los discursos de los juristas.

c) Pueden estar presentes, bajo determinadas circunstancias culturales-organizativas, en los discursos de los jueces.

(5) *Enunciados estimativos de interpretaciones-actividad.* Un quinto tipo de enunciado interpretativo está formado por aquellos enunciados que expresan valoraciones técnicas o prudenciales, sobre la interpretación-actividad de enunciados normativos individuales o de clases de enunciados normativos. Por ejemplo: «Es oportuno interpretar las leyes penales de forma

extensiva (si se quiere contrarrestar eficazmente la criminalidad)»; «Conviene interpretar los contratos literalmente (si se quiere evitar sustituir la voluntad de las partes por la del juez)»; «Es oportuno interpretar el art. 1 de la ley sobre vacaciones perpetuas de forma restrictiva (si se quiere dar una lectura conforme a los principios del derecho, o a la eficiencia)», etc.

La forma-significado de este tipo de enunciados que versan sobre clases de enunciados normativos es:

«Es oportuno que toda D se interprete de la forma F (dado el objetivo T)».

Por su parte, la forma-significado de este tipo de enunciados que versan sobre enunciados normativos individuales es:

«Es oportuno que "D" se interprete de la forma F (dado el objetivo T)».

Observaciones.

a) En cuanto a la presencia de este tipo de enunciados en los discursos jurídicos, valen las mismas consideraciones que respecto a los enunciados que expresan juicios de valor relativos a interpretaciones-actividad. Con una precisión. Las valoraciones estimativas representan -de maneras normalmente más complejas que las que aquí se han ejemplificado- el producto típico de una doctrina jurídica tecnológica *de jure conditio* y *de sentencia ferenda*: de una doctrina interesada en dirigir a los jueces propuestas operativas, en función de los fines predeterminados que se asume hay que perseguir.

b) Las valoraciones prudenciales, por tanto, son susceptibles de un control de racionalidad instrumental: basado en la subsistencia o no de un nexo de medio a fin entre la solución interpretativa propuesta como oportuna, por un lado, y el fin o valor en función del cual aquélla sería oportuna, por otro. Como es obvio, este tipo de control no prejuzga la justificación de la elección de ciertos fines, o de ciertos valores, como objetivos que merezcan ser perseguidos.

c) Las valoraciones estimativas representan un tipo de juicio que los jueces -en cuanto intérpretes y aplicadores de un derecho (que se asume) en gran parte preconstituido (al menos bajo la forma de enunciados del discurso de las fuentes)- formulan usualmente para justificar sus decisiones interpretativas.

(6) *Enunciados estimativos de interpretaciones-producto.* Un sexto tipo de enunciado interpretativo está formado por aquellos enunciados que expresan valoraciones técnicas, o prudenciales, sobre la interpretación-producto de enunciados normativos específicamente individualizados. Por ejemplo, «(Si se quiere contrarrestar eficazmente la criminalidad) se debe interpretar la disposición "Los condenados a reclusión pueden disfrutar de la libertad condicional" en el sentido de que sólo los condenados no peligrosos socialmente pueden beneficiarse de la libertad condicional».

La forma-significado de este tipo de enunciados es:

«Es oportuno que "D" se interprete que expresa N (dado el objetivo T)».

En cuanto a la presencia de este tipo de enunciado valen las consideraciones hechas acerca de los enunciados estimativos de interpretaciones-actividad.

(7) *Enunciados que expresan previsiones relativas a interpretaciones-actividad.* Un séptimo tipo de enunciado interpretativo está formado por aquellos enunciados que expresan previsiones, por parte de los emisores, acerca de la interpretación-actividad de enunciados normativos individuales o de clases de enunciados normativos, por parte de determinados intérpretes. Por ejemplo: «Las organizaciones patronales interpretarán la ley de las vacaciones perpetuas de forma restrictiva»; «Es probable que los jueces interpreten las disposiciones tributarias en base al principio del *favor Aerarii*», «Muy probablemente, la locución "gato de lujo" será interpretada de forma extensiva (por el administrador de finanzas)», etc.

La forma-significado de este tipo de enunciados que versan sobre clases de enunciados normativos es:

«Es previsible que toda D sea interpretada de la forma F (en C)».

Por su parte, la forma-significado de este tipo de enunciados que versan sobre enunciados normativos es:

«Es previsible que la disposición "D" sea interpretada de la forma F (en C)».

Observaciones.

a) Los enunciados predictivos -las presentes consideraciones valen también para los enunciados predictivos relativos a interpretaciones-producto, que veremos a continuación- aparecen típicamente en los discursos de los juristas y los abogados.

b) Son normalmente extraños -al menos en la cultura jurídica occidental- en el discurso legislativo.

c) Son normalmente extraños -al menos en la cultura jurídica occidental- en el discurso judicial. Con las precisiones siguientes. Enunciados *prima facie* predictivos -reproducibles mediante formas-enunciado predictivas- pueden aparecer en las sentencias. Sin embargo, cabe la duda de que sean entendidos (por los intérpretes) como enunciados efectivamente predictivos. Si un tribunal supremo afirma: «Siempre que un caso análogo al presente se presente dentro de un año a la consideración de este tribunal, la disposición "D" será interpretada de la forma F», la forma-significado correspondiente no será, probablemente:

«(Siempre que un caso análogo al presente se presente dentro de un año a la consideración de este tribunal) Es previsible que la disposición "D" sea interpretada de la forma F (en C1)»,

sino, por ejemplo:

«(Siempre que un caso análogo al presente se presente dentro de un año a la consideración de este tribunal) Se decide que la disposición "D" sea interpretada de la forma F (en C1)».

(8) *Enunciados que expresan previsiones relativas a interpretaciones-producto*. Un octavo tipo de enunciado interpretativo está formado por aquellos enunciados que expresan previsiones, por parte de los emisores, acerca de la interpretación-producto de enunciados normativos específicamente individualizados, por parte de determinados intérpretes. Por ejemplo, «Muy probablemente, las organizaciones patronales entenderán por "vacaciones perpetuas", las vacaciones que se disfrutan en conexión a la irreversible cesación de las funciones cerebrales del prestador de trabajo»; «La locución "gato de lujo" será interpretada (por el administrador de finanzas) como todo felino doméstico inapetente», etc.

La forma-significado de este tipo de enunciados es:

«Es previsible que "D" sea interpretada expresando N (en C)».

(9) *Enunciados que expresan constataciones relativas a interpretaciones-actividad*. Un noveno tipo de enunciado interpretativo está formado por aquellos enunciados que expresan constataciones, por parte de los emisores, de la interpretación-actividad de enunciados normativos individuales, o clases de enunciados normativos, por parte de determinados intérpretes. Por ejemplo, «La mayoría de los iusprivatistas interpreta las disposiciones sobre la interrupción de la prescripción de manera restrictiva»; «Los jueces se apartan del significado literal de las palabras, siempre que aquél les conduzca a consecuencias absurdas»; «En Rongovia, no hay jurista que atribuya peso alguno a la intención del legislador», etc.

La forma-significado de este tipo de enunciados que versan sobre clases de enunciados normativos es:

«Se puede constatar (se constata, es constatable, etc.) que toda D ha sido interpretada de la forma F (en C)».

Por su parte, la forma-significado de este tipo de enunciados que versan sobre enunciados normativos individuales es:

«Se puede constatar (se constata, es constatable, etc.) que "D" ha sido interpretada de la forma F (en C)».

Observaciones.

a) Las constataciones de interpretaciones-actividad -al igual que las relativas a las interpretaciones-producto- no pertenecen, usualmente, al discurso legislativo.

b) En cambio, son un componente esencial de los discursos de *jure conditio* -o *de lege lata*- de los juristas.

c) Aparecen en el discurso judicial únicamente en presencia de circunstancias culturales y organizativas totalmente contingentes. Por ejemplo, la Corte de casación italiana, al motivar, formula a menudo constataciones interpretativas; en cambio, la Corte de casación francesa, que motiva según la técnica de la *«phrase-unique»*, las evita totalmente.

(10) *Enunciados que expresan constataciones relativas a interpretaciones-producto*. Un décimo tipo de enunciado interpretativo está formado por aquellos enunciados que expresan la constatación, por parte del emisor, de la interpretación-producto de enunciados normativos específicamente individualizados, por parte de determinados intérpretes. Por ejemplo, «Para el Tribunal secreto del imperio, hasta 1989, «buena fe» era sinónimo de cándida ingenuidad bucólica».

La forma-significado de este tipo de enunciados es:

«Se puede constatar (se constata, es constatable, etc.) que "D" ha sido interpretada expresando N (en C)».

Los dos tipos de enunciados constatativos, o asertivos, que se acaban de mencionar deben ser distinguidos de aquellos enunciados constatativos que versan no ya sobre hábitos o comportamientos interpretativos (más o menos extendidos), sino sobre otros enunciados interpretativos (prescriptivos, valorativos, estimativos, predictivos, etc.).

(11) *Enunciados que expresan propuestas relativas a interpretaciones-actividad.* Un undécimo tipo de enunciado interpretativo está formado por los enunciados que expresan la propuesta, o la sugerencia, por parte del emisor, de interpretar un cierto enunciado normativo, o una cierta clase de enunciados normativos, utilizando un determinado procedimiento hermenéutico. Por ejemplo: «Sería bueno interpretar las leyes penales de forma extensiva»; «Se debe interpretar "ciudadanos" a la luz de los principios del comunitarismo tribal», etc.

La forma-significado de este tipo de enunciados que versan sobre clases de enunciados normativos es:

«Se propone interpretar toda D de la forma F (en C)».

Por su parte, la forma-significado de este tipo de enunciados que versan sobre enunciados normativos individuales es, por ejemplo:

«Se propone interpretar "D" de la forma F (en C)».

(12) *Enunciados que expresan propuestas relativas a interpretaciones-producto.* Un duodécimo tipo de enunciado interpretativo está formado por los enunciados que expresan la propuesta, o la sugerencia, por parte del emisor, de atribuir a un enunciado normativo, o a un vocablo o locución internos, un cierto significado. Por ejemplo: «Sería bueno interpretar "ciudadano" como todo aquel individuo residente, con sólida fe zoroastriana».

La forma-significado de este tipo de enunciados es:

«Se propone interpretar "D" expresando N (en C)».

Observaciones.

a) Los enunciados que expresan propuestas -relativas tanto a interpretaciones-actividad, como a interpretaciones-producto- no aparecen, normalmente, en el discurso legislativo.

b) Aparecen típicamente, en cambio, en los discursos de los juristas, como corolario de argumentaciones en las que aquéllos formulan juicios interpretativos, valorativos o prudenciales, y asumen decisiones interpretativas. Tales discursos serían, por lo demás, del todo vanos, si no se acompañaran de la propuesta de que las soluciones adoptadas sean recogidas por los otros juristas y por los jueces.

c) Sólo en presencia de determinadas condiciones culturales y organizativas este tipo de enunciados encuentran lugar en el discurso judicial. En la cultura y organización jurídica italiana actual, por ejemplo, los enunciados interpretativos (que se consideran) típicamente formulados en la motivación de las sentencias son aquellos que expresan constataciones, juicios estimativos (de interpretaciones-actividad, de interpretaciones-producto, sobre el contenido de decisiones interpretativas, etc.), y reglas interpretativas derivadas (en el sentido dado en el n. l), o son enunciados mediante los cuales los jueces manifiestan una decisión sobre cuestiones interpretativas promovidas por las partes.

(13) *Enunciados que expresan decisiones relativas a una interpretación-actividad.* Un decimotercer tipo de enunciado interpretativo está formado por aquellos enunciados mediante los cuales el emisor formula una decisión relativa a una interpretación-actividad. Por ejemplo: «Este tribunal interpreta la ley sobre las vacaciones perpetuas de modo restrictivo», «El vocablo "ciudadanos" no puede interpretarse de manera extensiva», etc.

La forma-significado de este tipo de enunciados que versan sobre clases de enunciados normativos es:

«Se decide interpretar toda D de la forma F (en C)».

Por su parte, la forma-significado de este tipo de enunciados que versan sobre enunciados normativos individuales es, por ejemplo:

«Se decide interpretar "D" de la forma F (en C)».

(14) *Enunciados que expresan decisiones relativas a una interpretación-producto.* Un decimocuarto tipo de enunciado interpretativo, finalmente, está formado por aquellos enunciados mediante los cuales el emisor formula una decisión relativa a una interpretación-producto de un enunciado normativo. Por ejemplo: «Este tribunal interpreta «domicilio» como todo lugar de disposición exclusiva de un sujeto privado», etc.

La forma-significado de este tipo de enunciados es:

«Se decide que "D" signifique N (en C)».

Observaciones.

a) Los enunciados decisorios relativos a interpretaciones -producto son los únicos enunciados mediante los cuales los intérpretes, manifestando la decisión de atribuir un cierto significado a un documento jurídico, lo interpretan.

b) Tales enunciados tienen a menudo la forma-enunciado: «La disposición "D" significa N».

c) Todos los demás tipos de enunciado interpretativos que hemos visto son, en cambio, enunciados mediante los cuales los intérpretes cumplen actividades distintas a la de interpretar, si bien estrechamente relacionadas con ella: se trata, en suma, de prescribir cómo se debe interpretar, de formular un precepto interpretativo derivado con fines justificatorios, de constatar cómo se ha interpretado, de sugerir cómo se puede interpretar, de prever cómo se interpretará, de justificar una interpretación-actividad o una interpretación-producto respecto a un determinado fin, de justificar una interpretación-actividad o una interpretación-producto a la vista de determinados valores morales o políticos, y así sucesivamente.

d) Como se ha dicho, el inventario es incompleto. No se han incluido, por ejemplo, los enunciados interpretativos que versan sobre reglas interpretativas: que constatan la vigencia de un determinado criterio hermenéutico relativo a interpretaciones-actividad o a interpretaciones-producto.

e) Por último, el inventario debería ampliarse si se adoptara una noción más extensa de «interpretación», que denotara no sólo la atribución de significado a disposiciones, sino también las operaciones que consisten en «colmar» las lagunas y en resolver las antinomias.

2.5. Dos tipologías comparadas

2.5. 1. Enunciados interpretativos «analíticos» y discurso judicial

Alchourrón y Bulygin, en los escritos mencionados en la introducción, distinguen tres tipos de enunciado interpretativo: los enunciados descriptivos, los enunciados estipulativos y los enunciados analíticos[9].

Los enunciados descriptivos corresponden, aparentemente, a una subclase de los enunciados constatativos de interpretaciones-producto (ap. 2.4., n. 12), teniendo como objeto no ya el significado de enunciados normativos, sino de cada «signo descriptivo» dentro de ellos. En efecto, ¿qué significa «describir las reglas semánticas» que de hecho presiden el uso de un cierto vocablo, si no es el hecho de dar cuenta de los resultados de constataciones

[9] C.E. Alchourrón y E. Bulygin, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», cit., p.324.

acerca del significado con el cual aquel vocablo es usado en una determinada comunidad lingüística?

Los enunciados estipulativos corresponden, aparentemente, a una subclase de los enunciados decisorios relativos a interpretaciones-producto (ap. 2A., n. 16), teniendo como objeto no ya el significado de enunciados normativos, sino de cada signo descriptivo dentro de ellos. En efecto, ¿qué significa «estipular las reglas semánticas» que de hecho presiden el uso de un cierto vocablo, si no es el hecho de decidir cuál sea su significado en relación a un determinado contexto de uso? Los enunciados analíticos, en cambio, no corresponden a ninguno de los enunciados interpretativos inventariados anteriormente. Al respecto, pueden avanzarse al menos tres diversas hipótesis. Primera hipótesis: el inventario de enunciados interpretativos del apartado 2A., por un lado, y la tipología de Alchourrón y Bulygin, por otro, pertenecen a perspectivas y a universos de discurso heterogéneos, de tal modo que las dos tipologías no son comparables entre sí (salvo las correspondencias que se acaban de mostrar). Segunda hipótesis: el inventario que he delineado presenta una grave laguna, que deberá ser llenada, y allí donde no sea posible a la vista del aparato conceptual utilizado para redactarlo, habrá que modificarlo oportunamente. Tercera hipótesis: el inventario no contiene «enunciados interpretativos» analíticos, porque parece teóricamente poco oportuno incluirlos bajo tal denominación.

Formularé a continuación algunas razones en favor de esta última hipótesis -razones posteriormente corroboradas, creo, por lo que procuraré mostrar en el párrafo siguiente.

1) Del elenco de los enunciados interpretativos, aquellos que tienen que ver con la interpretación -producto de específicas expresiones lingüísticas (enunciados, o locuciones o vocablos internos)- o sea, aquellos que, en el léxico de Alchourrón y Bulygin, tienen que ver con la «especificación» del significado de particulares signos descriptivos- son todos susceptibles de ser representa os mediante formas-significado en las que la expresión del significado que se trate está simbolizada por una variable entrecomillada («D») (ap., 2.4., nn. 2, 4, 6, 8, 10, 12, 14).

2) Los enunciados interpretativos descriptivos o estipulativos de los que hablan Alchourrón y Bulygin son igualmente susceptibles de ser representados mediante tal simbología. En particular, la constatación o la estipulación según la cual un predicado está incluido en otro predicado -que Alchourrón y Bulygin representan mediante la fórmula lógica «F < G»- pueden ser representadas, respectivamente, mediante las dos formas-significado siguientes:

«Se constata que la expresión «G» ha sido interpretada denotando F (en G)»,

o:

«Se decide que la expresión "G" denote F (en C)».

Se trata, en efecto, de enunciados metalingüísticos, en los cuales las expresiones pertenecientes al lenguaje objeto no son usadas, sino definidas.

3) Por definición, en cambio, los enunciados interpretativos «analíticos» no pueden ser representados mediante formas-significado que contengan símbolos entrecomillados: si no es al precio de perder su carácter analítico.

Considérese el siguiente ejemplo. Dado el enunciado «interpretativo»:

«Los contratos celebrados los domingos (CCD) son contratos sacrílegos (CS)»,

su forma-enunciado es:

«Todos los CCD son CS»

y su forma lógica, como se recordará, es:

(x) (CCDx ÿ CSx).

No es posible, en cambio, representar tal enunciado mediante la siguiente forma-enunciado:

«La expresión «CS» denota (también) CCD»

Esta forma reproduce esquemáticamente un enunciado del siguiente tenor:

«La expresión "contrato sacrílego" ("CS") denota (también) todo contrato celebrado en domingo (CCD)».

Un enunciado de este tipo, empero, no es un enunciado analítico: no usa la expresión «contrato sacrílego», sino que la *menciona* con el fin de especificar su significado.

4) Alchourrón y Bulygin, por tanto, utilizan tácitamente una noción de enunciado interpretativo que, al menos bajo un aspecto, es aún más amplia que la que se halla en la base de la presente tipología. Desde la perspectiva de los dos estudiosos, «enunciado interpretativo» denota no sólo los enunciados que tienen que ver con la atribución de significado a una expresión lingüística, sino también los enunciados que son el resultado de la aplicación de ciertas reglas semánticas, constatadas o estipuladas por los intérpretes. Los «enunciados interpretativos» analíticos, sin embargo: a) son enunciados que pueden formarse y usarse sólo *después* de que la actividad interpretativa, aun entendida de manera lata, haya concluido; b) por definición, no ofrecen ninguna información, prescripción, etc. sobre interpretaciones-actividad o sobre interpretaciones-producto de disposiciones; c) por el contrario, sólo *después* de haber recogido informaciones sobre prácticas y/o decisiones interpretativas se puede identificarlos (*rectius*: interpretarlos), dentro de un discurso judicial determinado, como enunciados analíticos.

Las anteriores constituyen una serie de razones, al menos desde el punto de vista de estas notas, para no incluir enunciados analíticos de este tipo en la clase de los enunciados interpretativos, aunque se entiendan de manera lata. En efecto, aquéllos no son «interpretativos», y, además, resultan ser heterogéneos respecto a las otras dos clases de enunciados «interpretativos» identificados por Alchourrón y Bulygin.

5) Enunciados como «Los contratos celebrados los domingos son contratos sacrílegos» presentan una fatal ambigüedad[10].

Para Alchourrón y Bulygin estos enunciados expresarían, en el discurso judicial (o en todo caso en su reconstrucción lógica), proposiciones analíticas: verdaderas debido a las definiciones presupuestas de los términos que en ella se emplean.

Tales enunciados, no obstante, pueden expresar al menos otro tipo de significado: una proposición calificativa, clasificatoria o subsuntiva.

Si se entiende que expresa una proposición analítica, el enunciado

«Los contratos celebrados los domingos son contratos sacrílegos»

no versa, por definición, sobre el mundo, sino que constituye simplemente el resultado de la aplicación de reglas semánticas presupuestas, constatadas o estipuladas.

En cambio, si se entiende como enunciado que expresa una proposición calificativa de una clase de individuos mediante un cierto predicado, el enunciado «Los contratos celebrados los domingos son contratos sacrílegos» es un enunciado sintético: en el sentido que sirve para decir, o hacer, algo en *un* mundo posible. Y será, según los contextos (y los puntos de vista):empíricamente verdadero o falso, jurídicamente correcto o incorrecto, legalmente fundado o infundado, etc. Nótese que, entendidos estos enunciados de este modo, se diluye la distinción cualitativa trazada por Alchourrón y Bulygin entre «subsunción individual» y «subsunción genérica»[11].Entre los dos tipos de subsunción sólo persiste una diferencia cuantitativa, ya que en ambos casos el enunciado subsuntivo expresa una proposición sintética. Se puede distinguir, por tanto, entre dos tipos de«subsunción genérica»: un primer tipo, tomado en consideración por Alchourrón y Bulygin, consiste en subsumir un predicado en otro predicado, más amplio que el primero, sobre la base de reglas semánticas preconstituidas y presupuestas; un segundo tipo de subsunción consiste, en cambio, en subsumir un conjunto dado de individuos en un predicado, sobre la base de reglas semánticas

[10] Cfr. J. Hospers, An Introduction to Philosophical Analysis, Englewood Cliffs, N.J., Pentice-Hall, II ed., 1967, pp. 160-169.

[11] C.E. Alchourrón y E. Bulygin, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», cit., pp. 304-309.

preconstituidas y presupuestas, y de pertinentes investigaciones empíricas.

Cuando los jueces, a la hora de motivar una sentencia, utilizan un enunciado del tipo «Los contratos celebrados los domingos son contratos sacrílegos», ¿simplemente están formulando una verdad analítica o, al menos en algunos casos, es presumible que estén haciendo, y diciendo, alguna otra cosa? Cuando, en sede de reconstrucción silogística del contenido de una sentencia, se introduce entre las premisas y las conclusiones de un silogismo un enunciado de este tipo, ¿tal enunciado expresa necesariamente una verdad analítica o puede también asumir un significado distinto, no analítico sino sintético? Estas preguntas sirven de introducción a ulteriores consideraciones.

2.5.2. Enunciados interpretativos «analíticos» y justificación de las decisiones judiciales

Según Alchourrón y Bulygin, en algunos casos la verdad de los enunciados interpretativos analíticos se fundamenta en enunciados descriptivos. Dado el enunciado metalingüístico según el cual «En el uso ordinario, la locución "contratos sacrílegos" denota (también) los contratos celebrados en domingo», sería analíticamente verdadero, por razones semánticas, el enunciado «Los contratos celebrados en domingo son sacrílegos».

Esto sin duda es correcto. Sin embargo, es dudoso que una conclusión como ésta tenga relevancia para la *justificación* de las decisiones judiciales. Así, una decisión puede llamarse justificada si se satisfacen al menos las siguientes condiciones: a) que el contenido de la decisión sea configurable como la conclusión de una inferencia a partir de una premisa mayor normativa y de una premisa menor factual (condición expresamente indicada por Alchourrón y Bulygin); b) que cada una de las premisas utilizadas sea a su vez configurable: o como la conclusión de una inferencia, o como una aserción analíticamente verdadera ala vista de una definición (lexicográfica o estipulativa) jurídicamente justificada. Se sigue de ello que una constatación lexicográfica (y de forma más precisa: una definición lexicográfica parcial), aisladamente considerada, no puede justificar lógica y jurídicamente la aserción según la cual «Los contratos celebrados en domingo son sacrílegos», a menos que se introduzca, o se explicite, una premisa ulterior a partir de la cual sea posible construir un razonamiento deductivo. Es preciso introducir, por ejemplo, una premisa del tipo: «Debe entenderse que los signos descriptivos usados por el legislador en las disposiciones denotan lo que ellos denotan en el lenguaje ordinario». De tal premisa normativa, y de la ulterior premisa, factual, según la cual «El signo descriptivo "contrato sacrílego", usado por el legislador en la disposición D, en el uso ordinario denota

también los contratos celebrados en domingo», se sigue lógicamente la conclusión: «Debe entenderse que el signo descriptivo «contratos sacrílegos», usado por el legislador en la disposición D, denota también los contratos celebrados en domingo». Sobre la base de tal razonamiento deductivo, el enunciado «Los contratos celebrados en domingo son sacrílegos» aparece no sólo como analíticamente verdadero (si se quiere entender como enunciado analítico), sino también jurídicamente justificado (aunque sea de un modo indirecto).

Ello muestra que es preciso distinguir la verdad del enunciado analítico de su justificación en el ámbito del discurso jurídico. La verdad del enunciado puede depender simplemente de una constatación lexicográfica. Su (indirecta) justificación lógica y jurídica, sin embargo, requiere que se introduzcan -y se seleccionen e individualicen previamente- ulteriores premisas, Desde un punto de vista lógico, en efecto, el enunciado interpretativo analítico no es configurable como el resultado de una inferencia a partir del enunciado constatativo. Desde un punto de vista jurídico, una simple constatación no es idónea para justificar nada, ya que, como sugieren los propios Alchourrón y Bulygin, la justificación jurídica debe fundamentarse también en alguna premisa normativa.

Nótese que, asumiendo que nos hallamos ante un sistema jurídico de tipo europeo continental, la premisa mayor del silogismo es un enunciado que expresa un precepto interpretativo derivado: específicamente, el precepto según el cual se debe atribuir a los signos descriptivos usados por el legislador la misma denotación que tienen -tal como es constatable- en el uso ordinario. La premisa menor es un enunciado factual. La conclusión es un enunciado que expresa una regla interpretativa, que tiene que ver con la interpretación-producto de una determinada disposición legislativa (que contenga la locución «contratos sacrílegos»), cuyo contenido es el resultado de una inferencia a partir del precepto derivado y de la premisa factual.

Las mismas consideraciones valen para la tesis de que, en algunos casos, la verdad de los enunciados interpretativos analíticos se fundamenta en enunciados metalingüísticos estipulativos. Dado el enunciado metalingüístico «Por estipulación, el signo descriptivo "contratos sacrílegos" denota también los contratos celebrados en domingo», sería analíticamente verdadero, por razones semánticas, el enunciado «Los contratos celebrados en domingo son sacrílegos».

Esto es sin duda correcto. Sin embargo, es dudoso que una conclusión como ésta tenga relevancia para la justificación de las decisiones judiciales. En efecto, ¿cómo es posible que una estipulación lexicográfica, aisladamente considerada, pueda *justificar* lógica y jurídicamente la aserción «Los contratos celebrados en domingo son sacrílegos»? No puede hacerlo, salvo

que se introduzca, o se explicite, una ulterior premisa sobre la cual sea posible construir un razonamiento deductivo. Por ejemplo, una premisa del tipo: «Deben entenderse que los signos descriptivos utilizados por el legislador en las disposiciones denotan lo que ellos denotan según la (prudente) estipulación de los órganos de aplicación». De tal premisa normativa, y de la ulterior premisa, estipulativa, según la cual «Por (prudente) estipulación, el signo descriptivo "contrato sacrílego" usado por el legislador en el uso ordinario denota también los contratos celebrados en domingo» se sigue lógicamente la conclusión: «Debe entenderse que el signo descriptivo "contratos sacrílegos", usado por el legislador, denota también los contratos celebrados en domingo». También en este caso el razonamiento que justifica, indirectamente, el enunciado analítico está formado por un silogismo, cuya premisa mayor es un enunciado que expresa un precepto interpretativo derivado; cuya premisa menor es un enunciado que expresa una estipulación; y cuya conclusión es un enunciado regulativo de la interpretación-producto de una determinada disposición (que contiene la locución «contratos sacrílegos»).

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, es dudoso que un juez, para justificar una decisión, pueda limitarse a usar enunciados interpretativos analíticos. Estos enunciados deben a su vez estar justificados, y la justificación, desde un punto de vista lógico y jurídico, sólo pueden ofrecerla enunciados interpretativos constatativos o estipulativos (o «decisorios»), unidos a enunciados que expresen preceptos interpretativos derivados.

3. La estructura silogística del razonamiento judicial

En la cultura jurídica (occidental) moderna, los estudiosos que se han ocupado de la aplicación judicial del derecho suelen utilizar con cierta frecuencia expresiones tales como: «silogismo», «silogismo práctico», «silogismo jurídico», «silogismo judicial», «silogismos judiciales», y similares. Buena parte de los discursos sobre el tema, además, afronta problemas del siguiente tipo: si la aplicación judicial del derecho consiste (o no) en un silogismo; si la sentencia es (o no) un silogismo; si el juez llega a la decisión mediante un silogismo, o no, etc. Al respecto, es oportuno distinguir al menos cinco tipos de discurso:

1) teorías silogísticas del razonamiento decisorio;
2) doctrinas silogísticas del razonamiento decisorio;
3) teorías silogísticas del razonamiento justificatorio;
4) doctrinas silogísticas del razonamiento justificatorio;
5) metodologías silogísticas de análisis de las sentencias.

1) *Teorías silogísticas del razonamiento decisorio.* Según estas teorías, el razonamiento decisorio (o razonamiento *in mente judicis*), a través del

cual el juez llega a la decisión de la controversia, es *de hecho* un razonamiento silogístico: el juez, basándose en una actividad puramente cognoscitiva, comprueba la norma aplicable al caso (premisa mayor) y el hecho (premisa menor). Una vez hecho lo anterior, el contenido de la decisión adoptada en la sentencia se seguiría lógicamente de las dos premisas. Este modo de ver las cosas, puede atribuirse, por ejemplo, al jurista italiano Alfredo Rocco (1875-1935)[12]:

> «La operación a través de la cual, dada una norma general, se determina cuál es la conducta que debe seguir en el caso concreto el individuo sujeto a la norma, es una pura operación lógica; es -como suele decirse- un silogismo, en el que una vez asumida como premisa mayor la norma general, como menor el hecho concreto, se deduce la norma de conducta que debe seguirse en el caso individual».

Las teorías silogísticas del razonamiento decisorio hace tiempo que están desacreditadas, al menos a los ojos de los juristas más avezados, que las consideran, según los casos: teorías falsas -o, al menos, excesivamente simples- de la aplicación judicial del derecho; o ideologías camufladas de los discursos prescriptivos, presentadas como fieles descripciones de fenómenos de aplicación, pero que en realidad pretenden dar crédito al mito del juez mecánico aplicador de la ley e inmune a la responsabilidad moral o política[13].

2) *Doctrinas silogísticas del razonamiento decisorio.* La tesis central de este tipo de discursos, de naturaleza prescriptiva, puede resumirse así: el razonamiento decisorio de los jueces *debe* consistir, en la medida de lo posible, en un razonamiento de tipo silogístico. Se trata de un objetivo ideal, no completamente realizable, cuyo seguimiento concienzudo puede dar resultados apreciables para quien se adhiera a la implícita ideología jurídica liberal. En efecto, tales doctrinas requieren: a) que, en la medida de lo posible, las leyes estén formuladas de manera cuidadosa, con claridad y precisión; b) que, en la medida de lo posible, se trace una clara línea de demarcación entre lo que está regulado y lo que es jurídicamente irrelevante; c) que la interpretación judicial sea, en la medida de lo posible, literal. El más ilustre representante de esta doctrina del razonamiento judicial -en relación al derecho y al proceso penal- ha sido Cesare Beccaria, el cual, en un famosísimo pasaje de *Del delitti e delle pene* (1764, ed. 1766), afirma:

> «En todo delito debe establecer el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor corresponde a la ley general, la menor a la acción conforme o no con la ley, la conclusión a la libertad o a la pena. Cuando el juez, por fuerza o por

[12] A. Rocco, *La sentenza civile*. Studi, Torino, Bocca, 1906, p. 34.

[13] Cfr. últimamente T. Mazzarese, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali,* Torino, Giappichelli, 1996, cap. 1.

voluntad, quiere efectuar más de un silogismo, abre las puertas a la incertidumbre».

3-4) *Teorías y doctrinas silogísticas del razonamiento justificatorio.* Un rasgo común a estos tipos de discurso es la idea de que hay que entender el razonamiento judicial formulado en las sentencias no como la exteriorización del razonamiento decisorio, sino como un razonamiento justificatorio: como el conjunto de las razones jurídicas en favor de una decisión que podría haber sido tomada perfectamente por otras «reales» razones. Con este presupuesto, las teorías silogísticas del razonamiento justificatorio sostienen que el razonamiento formulado por los jueces en las sentencias *debe ser* un razonamiento deductivo silogístico: esto constituiría, en efecto, uno de los requisitos para cumplir correctamente la obligación de motivar las decisiones judiciales.

5) *Metodologías silogísticas de análisis de las sentencias.* Este último tipo de discursos combina contenidos teóricos con contenidos de metodología prescriptiva.

Desde el punto de vista teórico, las metodologías silogísticas no sostienen que el razonamiento decisorio o el razonamiento justificatorio sean, de hecho, razonamientos de tipo silogístico. Se limitan, más bien, a sostener las siguientes tesis, bastante más cautas:

a) el contenido de las sentencias, al menos en ciertos casos, puede ser *reconstruido como un razonamiento de tipo silogístico* (cfr. ap. l.);

b) tal reconstrucción, normalmente, se compone no ya de un silogismo, sino de un conjunto de silogismos -un complejo de «numerosos silogismos concatenados» (Calamandrei); un «sorites» (Taruffo); «una cadena de silogismos» (Comanducci)[14];

c) las actividades documentales de las sentencias no tienen carácter exclusivamente lógico-cognoscitivo, ni la aplicación judicial del derecho es perfectamente reducible a la formulación de un razonamiento silogístico, ya que: en primer lugar, las premisas del razonamiento judicial no son un dato de hecho que el juez se limita a constatar; en segundo lugar, y consecuentemente, la formulación de las premisas y de las conclusiones es bastante a menudo, si no siempre, fruto de opciones de diverso tipo por parte de los jueces.

[14] Cfr., por ejemplo, J. Wróblewski, «Legal Syllogisni and Rationality of Judicial Decision», *Rechtstheorie*, 5, 1974, pp. 34-46; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale,* Bari, Laterza, 1989, pp. 38-41 (en relación a las sentencias penales); E. Bulygin, «Ort Legal Interpretation», cit.; P. Comanducci, *Assagi di metaetica,* Torino, Giappichello, 1992, cap. 3; J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law,* cit., cap. *IX.* Cfr., además, P. Calamandrei, «La genesi logica della sentenza civile», *Rivista critica di scienze sociali*, 1914, p. 258; M. Taruffo, «Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche», *Rivista di diritto processuale*, 1967.

Desde el punto de vista prescriptivo, las metodologías silogísticas de análisis de las sentencias se caracterizan por la idea de que la reconstrucción silogística del contenido de las sentencias es algo útil, en cuanto permite a los intérpretes captar con claridad:

a) cuáles son las premisas, explícitas o implícitas, de las decisiones judiciales;

b) si las conclusiones -o sea, las resoluciones concretamente adoptadas- se siguen lógicamente de tales premisas;

c) si la motivación explícita presenta o no saltos lógicos -sintomáticos en algunos casos de la utilización de premisas implícitas o de verdaderos vicios de la sentencia;

d) qué argumentos se han adoptado para sostener cada una de las premisas.

El método de la reconstrucción silogística constituiría, por tanto, un instrumento valioso a disposición de los intérpretes de las sentencias, ya que les permitiría examinar y valorar las decisiones jurisdiccionales, bajo el perfil del carácter completo de los argumentos y de la coherencia lógica de sus motivaciones. A la hora de diferenciar distintos tipos de silogismos judiciales y de mostrar las relaciones que pueden darse entre ellos adoptaré, como previsible, esta última cautela prospectiva.

Teniendo en cuenta los contenidos usuales de las sentencias civiles de los jueces italianos, es posible distinguir al menos cinco distintos tipos de silogismo judicial:

1) silogismos normativos;

2) silogismos interpretativos;

3) silogismos calificativos, o de subsunción;

4) silogismos de enlace;

5) silogismos probatorios.

Seguidamente ilustraré brevemente en qué consisten los tres primeros tipos de silogismos judiciales[15]. Dos precisiones. En primer lugar, llamo a estos silogismos «silogismos judiciales» no ya porque se trate de silogismos de hecho construidos y usados por los jueces en las sentencias, sino en cuanto son silogismos útiles para reconstruir de manera lógico-deductiva partes del contenido de las sentencias. En segundo lugar, la presente clasificación de los silogismos judiciales es sólo una clasificación entre las muchas posibles, sin pretensiones de exhaustividad. Las clases de silogismos, sin embargo, se han construido de tal forma que sean mutuamente excluyentes:

[15] Sobre silogismos «de enlace» y sobre silogismos «probatorios», cfr. P. Chiassoni, *Il diritto giurisprudenziale. L. Casi per l'analisi delle sentenze civili*, cap. 3, Milano, Giuffrè, de próxima publicación.

un silogismo no puede pertenecer al mismo tiempo a más de una clase -no puede ser, por ejemplo, a la vez normativo e interpretativo.

3. 1. Silogismos normativos

Por «silogismo normativo» entiendo, genéricamente, todo aquel silogismo judicial que, desde un punto de vista lógico: a) pertenezca a la cadena de silogismos cuya conclusión es la llamada *conclusión jurídica* o *decisión:* usualmente, la norma individual del caso; b) no sea un silogismo interpretativo, ni un silogismo de enlace.

En el ámbito de los silogismos normativos es preciso distinguir entre el silogismo de primer grado, o «silogismo decisional», por un lado, y los silogismos normativos de grado superior -de segundo, de tercer, de enésimo grado-, por otro[16].

El silogismo normativo de primer grado, o silogismo decisional, es un silogismo en el que:

1) la premisa mayor es (un enunciado que expresa) la norma jurídica, general y abstracta, en base a la cual el juez considera que la controversia (puede y) debe decidirse;

2) la premisa menor es (un enunciado que expresa) una calificación, que subsume el hecho concreto en la citada norma general: en la clase de individuos a los que la norma conecta una consecuencia jurídicamente relevante;

3) la conclusión, por último, es (un enunciado que expresa) la norma jurídica, individual y concreta, que resuelve la controversia particular (o una particular cuestión o pregunta, entre las distintas sometidas al conocimiento del juez).

El silogismo normativo de segundo grado es un silogismo en el que:

1) la premisa mayor es (un enunciado que expresa) una norma jurídica más general y/o más abstracta que la de la premisa mayor del silogismo de primer grado;

2) la premisa menor es (un enunciado que expresa) una calificación, que subsume una clase de hechos concretos en la más amplia clase contemplada por la norma que constituye la premisa mayor;

3) la conclusión, por último, es (un enunciado que expresa) una norma jurídica, general y abstracta, que coincide con la premisa mayor del silogismo normativo de primer grado. Y así sucesivamente para los silogismos normativos de grado superior.

[16] Uso «silogismo decisional» para denotar un esquema deductivo distinto al homónimo esquema -simple o complejo- del que habla J. Wróblewski, *The Judicial Application of Law,* cit., pp. 198 y ss.

Considérese, por ejemplo, la siguiente secuencia de tres silogismos normativos.

Silogismo normativo de tercer grado

Los contratos contrarios a normas imperativas son nulos (premisa normativa extraída del art. 1418 del cod. civ.)

Los contratos sacrílegos son contratos contrarios a normas imperativas

_____

Los contratos sacrílegos son nulos.

Silogismo normativo de segundo grado

Los contratos sacrílegos son nulos.

Los contratos celebrados en domingo son contratos sacrílegos.

_____

Los contratos celebrados en domingo son nulos.

Silogismo normativo de primer grado (silogismo decisional)

Los contratos celebrados en domingo son nulos.

El contrato entre Dulcinea Neri y Astianatte Bianchi es un contrato celebrado en domingo.

_____

El contrato entre Dulcinea Neri y Astianatte Bianchi es nulo.

3.2. Silogismos interpretativos

Por «silogismo interpretativo» entiendo todo aquel silogismo cuya conclusión sea un enunciado interpretativo. Como dije antes (ap. 2), dentro de las sentencias se pueden distinguir distintos tipos de enunciados interpretativos. Por ejemplo:

1) enunciados que expresan reglas interpretativas («Las leyes deben interpretarse de forma literal»; «El art. 1418, 1, c.c. debe interpretarse de forma restrictiva», etc.) (ap. 2A., nn. 1 y 2);

2) enunciados que expresan constataciones de prácticas interpretativas («La Corte de casación, en las sentencias.... ha interpretado el art. 1418. 1, c.c. de forma restrictiva»; «La doctrina interpreta el art. 1418. 1, c.c. como expresión de un principio general del derecho», etc.) (ap. 2.4., n. 1l);

3) enunciados que expresan constataciones de resultados interpretativos («Para el juez Tizio un ruido constituye intromisión de carácter tolerable» si no es audible con las ventanas cerradas»; «Para la Corte de Casación, en las sentencias.... no constituye «caso fortuito» el hurto de la cosa del vehículo que el conductor haya dejado sin vigilancia»; etc.) (ap. 2.4., n. 12);

4) enunciados que expresan juicios prudenciales acerca de prácticas interpretativas («Es oportuno privilegiar en todo caso la interpretación de adecuación»; «Es conforme a derecho interpretar «caso fortuito» de forma restrictiva»; ete) (ap. 2A., n. 5);

5)enunciados que expresan juicios prudenciales acerca de resultados interpretativos («Es absurdo que por «daño injusto» se entienda cualquier lesión en el patrimonio personal»; «Es acorde al sistema excluir de los «actos de competencia desleal» la publicidad comparativa»; etc.) (ap. 2A., n. 6);

6) enunciados que expresan el contenido de decisiones interpretativas («A los fines de la presente decisión, constituye "daño injusto" cualquier lesión en el patrimonio personal»; «A los fines de la presente decisión, "sentencia" designa cualquier resolución judicial de carácter decisorio»; etc.) (ap. 2A., nn. 13 y 14).

Se pueden reconstruir, consecuentemente, diversos tipos de silogismo interpretativo, según el tipo de enunciado interpretativo que constituya la conclusión. A continuación, en vez de caer en una (forzosamente) pesada tipología de los silogismos interpretativos, me limitaré a ejemplificar la reconstrucción silogística de un razonamiento interpretativo judicial. Se trata del razonamiento mediante el cual la Corte de Casación italiana, en la sentencia n. 10959/1996,justifica una interpretación (presentada como) extensiva de la locución «incorporaciones no separables» contenida en el art. 1593 del código civil[17].

> Brevemente, los hechos de la causa. En 1938, un local de uso comercial situado en la plaza Carlo Felice, en el centro de Turín, se había concedido en arrendamiento al titular del Bar-Confitería Talmone. Este último incorporó al inmueble elementos decorativos de gran valor artístico ya utilizados en un local anterior del siglo XIX, «para singularizar la nueva confitería». Los elementos decorativos permanecieron en el local a pesar de los sucesivos cambios de propiedad, transformándose cada vez en propiedad de los nuevos titulares. En la segunda mitad de los años setenta, el ministro de cultura declaró «de interés particularmente importante, en el sentido del art. 2 de la ley n. 1089/1939, la Confitería Roma, ya Talmone, su actual destinación de uso conjuntamente con la decoración, que constituye su imprescindible presupuesto».La resolución, impugnada en vía administrativa, fue confirmada y se convirtió en definitiva. En el mismo período de tiempo, el propietario de los locales, la sociedad Inmobiliaria Santa Costanza, obtenía la ejecución de desalojo por morosidad frente al arrendatario, Sra. Chiesa, la cual en el intervalo que duró el procedimiento de desalojo,

[17] Art. 1592. Mejoras.- «(...) el arrendatario no tiene derecho a ser indemnizado por las mejoras aportadas a la cosa arrendada. Pero si ha habido consentimiento del arrendador, éste debe pagar una indemnización correspondiente a la menor suma entre el importe del gasto y el valor del resultado útil en el momento de la devolución (...)».

Art. 1593. incorporaciones.- «El arrendatario que ha aportado las incorporaciones sobre la cosa arrendada tiene derecho a quitarlas al final del arrendamiento siempre que esto pueda suceder sin menoscabo de la cosa, salvo que el propietario prefiera conservar las incorporaciones. En tal caso, éste debe pagar al arrendatario una indemnización igual a la menor suma entre el importe del gasto y el valor de las incorporaciones en el momento de la devolución.

Si las incorporaciones no son separables sin menoscabo de la cosa y constituyen una mejora, se observarán las normas del artículo anterior».

traspasó el establecimiento a terceros. Después de estos acontecimientos la situación quedó como sigue: 1) los nuevos titulares del establecimiento -Srs. Fina y Condarcuri- se encontraron bajo la condición de propietarios de los elementos decorativos ya mencionados que, según lo dispuesto por la autoridad administrativa, no podían ser separados, pues ya no existía disponibilidad en este punto; 2) la sociedad Santa Costanza se encontraba en la condición de propietario de un inmueble ahora ya libre de personas pero en el cual, por decisión administrativa, debían permanecer aquellos elementos decorativos propiedad de terceros (específicamente: los últimos adquirentes del Bar-Confitería Talmone). Cada una de las partes solicitó a la autoridad judicial que impusiera a la otra una solución que reuniera en un mismo sujeto la titularidad del inmueble y de la decoración a él vinculada. En primera instancia, el tribunal de Turín, basándose en una interpretación extensiva del art. 1593 del código civil, atribuyó la titularidad de la decoración al propietario del inmueble. La sentencia, sin embargo, fue revocada por el tribunal de apelación, el cual estableció que la titularidad de los inmuebles y de la decoración debía permanecer separada. Esta última sentencia fue impugnada después ante la Corte suprema de casación, que la anuló en base a las consideraciones que a continuación se transcriben.

Corte de Casación, sección III, 9 diciembre 1996, n. 10959

«La sentencia (del tribunal de apelación de Turín) resulta (...) censurable cuando sostiene que el conflicto de intereses de que se trata no estaba regulado en ninguna norma y no podía ser definido a menos que se estableciera la permanencia de los respectivos originarios títulos de propiedad separada sobre los bienes unidos por el vínculo administrativo.

Debe entenderse como fundado el motivo de recurso principal que asume la atribución de los bienes muebles, transformados en inseparables del inmueble arrendado en función del vínculo impuesto al propietario del inmueble, en base a las reglas generales que regulan tales situaciones con referencia a las relaciones entre arrendador y arrendatario, solución ya asumida con suficiente motivación por el tribunal de Turín, que ha justamente equiparado la inescindibilidad jurídica a la más frecuente inescindibilidad de hecho.

La tesis del tribunal de Turín según la cual la normativa no sería aplicable, pensando que la normativa de los arts. 1592 y 1593 c.c. establece una regulación distinta en función de la obligación o no del propietario de pagar indemnización por los bienes así adquiridos, resulta infundada. (...)

Militan más razones en favor de la solución sobre la aplicabilidad de la regla establecida en los citados artículos 1592 y 1593 c.c. a los casos de incorporaciones llevadas a cabo por el arrendatario, y ya inseparables, no debido a las características físicas, sino por vínculo jurídico.

Es una regla general del ordenamiento, en las diversas situaciones en las que se da una mezcla entre bienes muebles e inmuebles, la de expandir la propiedad inmobiliaria a los bienes muebles que sean inamovibles. Nótese, al respecto, que la inamovibilidad no es nunca una realidad absoluta, sino que surge en muchas ocasiones de una valoración económica.

El hecho de que exista una distinta titularidad sobre bienes inseparables, cuando no se configura la creación de (una) comunión de derechos sobre la nueva entidad así formada, resulta una hipótesis extraña al sistema, en cuanto es por

sí misma idónea para generar conflictos de intereses e imposibilidad en la gestión del bien.

Es un principio jurídico asumido que la indivisibilidad de un bien puede depender tanto de su naturaleza como de su destino, aunque sean razones de interés público las que excluyan la división en cada uno de sus componentes. Al respecto, recuérdese, por ejemplo, que el art. 1316 c.c. confirma que el concepto de divisibilidad tiene naturaleza esencialmente jurídica, si bien no prescinde de la estructura del bien tomado en consideración. La norma citada establece, en efecto, que una cosa -o un hacer- no son susceptibles de división, ya sea por su naturaleza o por el modo en que ellos han sido considerados por las partes contratantes[18].

La equiparación entre indivisibilidad jurídica e indivisibilidad material resulta ser, por tanto, (un) dato normativo, recogido en el ordenamiento.

Así, pues, la indivisibilidad entre bienes puede legítimamente hacerse proceder de lo dispuesto en la ley o de un vínculo administrativo; la obligación del arrendatario o del que detenta el inmueble en su integridad comprende necesariamente las incorporaciones producidas en el curso de la utilización de la cosa arrendada, y que ya no son separables.

En 1938 el gestor de la confitería Talmone, arrendando el inmueble de la plaza Carlo Fenice, en su intento de reconstruir el ambiente del siglo XIX, utilizó decoración de la época.

Según el juicio de la Administración pública, aún si es falso históricamente, el ambiente creado evocaba la atmósfera del risorgimento turinés, y por tanto el conjunto así formado debía entenderse que representaba una unidad inescindible y tutelable.

La imposición del vínculo, pues, ha tenido como efecto la indivisibilidad de las pertenencias -constituidas por la decoración- respecto al inmueble en el que dicha ambientación se había realizado. Una correcta interpretación, aunque extensiva, de los arts. 1592 y 1593 c.c. permite de este modo afirmar que el propietario del inmueble tiene título para adquirir las incorporaciones realizadas, si acaso con su consentimiento, y jurídicamente indivisibles.

(...) En conclusión, por tanto, aceptando el recurso principal, debe anularse la sentencia impugnada y debe establecerse el reenvío de los autos a otra sección del tribunal de apelación de Turín, el cual, según lo dispuesto en el art. 384 c.p.c., observará el siguiente principio de derecho:

"Son aplicables las normas de los arts. 1592 y 1593 del código civil, también al caso en que las (incorporaciones) realizadas por el arrendatario, que aun siendo por su naturaleza física separables, hayan pasado a ser jurídicamente inseparables, bien sea por una disposición legislativa o por un vínculo administrativo (...)"».

Desde la perspectiva de la metodología silogística de análisis de las sentencias, el razonamiento interpretativo de la Corte de casación puede ser reconstruido mediante al menos tres distintos silogismos interpretativos.

[18] Art. 1316. *Obligaciones indivisibles*- «La obligación es indivisible, cuando la prestación tiene por objeto una cosa o un hecho que no es susceptible de división por su naturaleza o por el modo en que ha sido considerado por las partes contratantes».

Primer silogismo interpretativo

Si la solución del caso «Confitería Talmone», sobre la única base de las disposiciones legislativas entendidas de forma literal y sin recurrir a la interpretación extensiva o a la analogía, conduce a resultados «extraños al sistema», entonces el caso «Confitería Talmone» debe decidirse procediendo a la interpretación extensiva o a la analogía (premisa ex art. 12.2. disp. prel. c.c.).

La solución del caso «Confitería Talmone», sobre la única base de las disposiciones legislativas entendidas de forma literal y sin recurrir a la interpretación extensiva o a la analogía, conduce a resultados «extraños al sistema», (al «permanecer distinta titularidad sobre bienes inseparables»).

El caso «Confitería Talmone» debe decidirse acudiendo a una interpretación extensiva o a la analogía.

Segundo silogismo interpretativo

Si, a la luz del «ordenamiento», las situaciones de indivisibilidad jurídica y de indivisibilidad material entre bienes inmuebles y bienes muebles resultan equiparadas, entonces las incorporaciones inseparables por vínculo administrativo pueden «legítimamente» considerarse similares a las incorporaciones inseparables por razones materiales.

A la luz del «ordenamiento» (cfr. art. 1316 c.c. y el relativo «principio jurídico» implícito), las situaciones de indivisibilidad jurídica y de indivisibilidad material entre bienes inmuebles y bienes muebles resultan equiparadas.

Las incorporaciones inseparables por vínculo administrativo pueden «legítimamente» considerarse similares a las incorporaciones inseparables por razones materiales.

Tercer silogismo interpretativo

Si las incorporaciones inseparables por vínculo administrativo pueden «legítimamente» considerarse similares a las incorporaciones inseparables por razones materiales, entonces los arts. 1592 y 1593 c.c. deben interpretarse extensivamente, de tal modo que regulen también las incorporaciones inseparables por vínculo administrativo.

Las incorporaciones inseparables por vínculo administrativo pueden «legítimamente» considerarse similares a las incorporaciones inseparables por razones materiales.

Los arts. 1592 y 1593 c.c. deben interpretarse extensivamente, de tal modo que regulen también las incorporaciones inseparables por vínculo administrativo.

Observaciones.

1) El primer silogismo interpretativo tiene como conclusión el precepto individual, según el cual, para decidir el caso «Confitería Talmone» se debe recurrir a los instrumentos indicados en el art. 12.2. disp. prel. c.c.[19]. Tal conclusión, en el particular contexto en el que se encuentra la decisión de la Corte, no era nada pacífica. En efecto, según el Tribunal de apelación de Turín, el caso debiera haber sido regulado de otro modo, sin que existiera, en opinión de este Tribunal, ninguna laguna que legitimase el recurso a la interpretación extensiva o analógica. Para la Corte de Casación, en cambio, como se aprecia en este silogismo, la laguna existe: la solución dada por el tribunal de apelación, lejos de ser la única conforme a derecho, resulta ser «extraña al sistema». La laguna que la Corte Suprema -compartiendo la opinión del juez de primera instancia- considera que subsiste y debe ser colmada es, si nos fijamos bien, una laguna axiológica (según la conocida taxonomía de Alchourrón y Bulygin): podría también hallarse una solución jurídica sin recurrir al razonamiento analógico, pero se trataría de una solución incompatible son el «sistema» («extraña al sistema»), tal como es reconstruido por la propia Corte.

2) El tercer silogismo interpretativo tiene como conclusión un precepto interpretativo derivado que coincide, *grosso modo*, con el principio de derecho formulado por la Corte al final de la motivación, de acuerdo con el art. 384.1, c.p.c.

3) Las conclusiones del primer y tercer silogismo son prescripciones interpretativas: se podría, por tanto, hablar de silogismos interpretativos «regulativos», para después realizar distinciones entre ellos a la vista de los distintos tipos de preceptos interpretativos -preceptos no derivados, preceptos derivados, preceptos meramente reiterados, preceptos no meramente reiterativos, preceptos deducidos de un precepto derivado y de una premisa factual, etc.

4) El segundo silogismo, a diferencia de los otros dos, no es «regulativo», sino «estimativo». La conclusión esta formada, no ya por una prescripción interpretativa, sino por un juicio acerca de la similitud relevante entre las incorporaciones inseparables de un inmueble por razones jurídicas (concretamente, debido a un vínculo administrativo), por una parte, y las incorporaciones inseparables de un inmueble por razones materiales (de acuerdo a la «naturaleza del bien»), por otra. El juicio acerca de la similitud relevante de dos casos -uno de ellos explícitamente regulado por el derecho-

[19] Art. 12.2, disp. prel. cod. civ.: «Si una controversia no puede decidirse con una determinada disposición, se tendrán en cuenta las disposiciones que regulan casos, similares o materias análogas; si el caso sigue siendo dudoso, se decidirá según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado».

es un componente esencial de todo argumento tendente a acreditar la interpretación extensiva de un enunciado legislativo o la aplicación analógica de una norma. La reconstrucción silogística pone de relieve esta relación. Así, el segundo y el tercer silogismo aparecen concatenados: la conclusión del segundo silogismo es idéntica al antecedente de la premisa mayor y a la premisa menor del tercer silogismo. Además, a la luz del segundo silogismo, el carácter apodíctico de la premisa menor del tercer silogismo desaparece, encontrando en aquél su justificación.

5) Por el contrario, no hay conexión lógica entre el primer silogismo interpretativo, por un lado, y los otros dos silogismos, por otro. Este hecho podría depender de la presente reconstrucción. En todo caso, es preciso mostrar que: entre los tres silogismos subsiste al menos una conexión justificatoria, o argumentativa. Así, el primer silogismo reconstruye la justificación adoptada por la Corte en favor de la decisión de censurar la solución propuesta por el tribunal de apelación y de imponer, en consecuencia, al juez de reenvío el principio de derecho acreditado de las maneras reconstruidas por el segundo y el tercer silogismo.

6) Se podría entender el segundo silogismo como justificación de la tesis interpretativa según la cual «incorporaciones no separables» denota tanto las incorporaciones materialmente inseparables, como las jurídicamente inseparables. A la vista de todo ello, y adoptando la perspectiva de Alchourrón y Bulygin, se podría formular el enunciado interpretativo analítico: «Las incorporaciones jurídicamente inseparables son incorporaciones no separables». Un enunciado de este tipo, empero, no sería el único enunciado interpretativo usado con fines justificatorios; ni sería el más relevante desde el punto de vista del cumplimiento de la obligación de motivar.

3.3. Silogismos calificativos

Por «silogismo calificativo» entiendo, genéricamente, todo silogismo cuya conclusión sea un enunciado calificativo o clasificatorio o subsuntivo.

Los silogismos calificativos son la forma lógica de la operación intelectual conocida como subsunción. Es posible distinguir, como se ha dicho, dos tipos de subsunción: genérica e individual[20]. La subsunción genérica puede ser a su vez de dos tipos, como se ha visto (ap. 2.5. l.), según que se entienda como subsunción de un predicado en otro predicado, o como subsunción de un conjunto de individuos en un predicado. De este modo, es posible distinguir, en el ámbito de los silogismos calificativos, entre silogismos genéricos y silogismos individuales. Por ejemplo:

[20] Sobre la subsunción, además de los trabajos de Alchourrón y Bulygin citados, cfr. G. Lazzaro, «Sussunzione», *Novissimo Digesto Italiano,* vol. 18, 1971, pp. 975-977 (y las referencias bibliográficas allí indicadas).

Silogismo calificativo genérico

Los contratos contrarios a preceptos religiosos son contratos sacrílegos.

Los contratos celebrados en domingo son contratos contrarios a preceptos religiosos.

_____

Los contratos celebrados en domingo son contratos sacrílegos.

Silogismo calificativo individual

Los contratos celebrados en domingo son contratos sacrílegos.

El contrato entre Astianatte Bianchi y Dulcinea Neri es un contrato celebrado en domingo.

_____

El contrato entre Astianatte Bianchi y Dulcinea Neri es un contrato sacrílego.

Los ejemplos ponen de relieve los siguientes aspectos de los silogismos calificativos.

1) La conclusión del silogismo calificativo individual coincide con la premisa menor de un silogismo normativo de primer grado cuya premisa mayor es, por ejemplo, la regla jurídica: «Los contratos sacrílegos son nulos» (cfr. ap. 3.1.).

2) El silogismo calificativo genérico reformula (en su estructura esencial) el razonamiento que permite subsumir el hecho concreto -el contrato celebrado en domingo entre Astianatte Bianchi y Dulcinea Neri- en la norma: «Los contratos sacrílegos son nulos». Ello sucede a través del término medio «contratos contrarios a preceptos religiosos».

3) La premisa mayor del silogismo calificativo genérico presupone un precepto interpretativo del tipo: «Por "contrato sacrílego", a los fines de la aplicación del art. X del código civil, debe entenderse todo contrato contrario a preceptos religiosos». Desde un punto de vista argumentativo, por tanto, este silogismo se encuentra coordinado con al menos un silogismo interpretativo, cuya conclusión es el citado presupuesto.

4) Aunque se considere que el enunciado «Los contratos contrarios a preceptos religiosos son contratos sacrílegos» expresa una aserción analítica, no es idóneo, por sí sólo, para justificar la conclusión del silogismo subsuntivo individual; ni mucho menos para justificar la decisión de que el contrato entre Astianatte Bianchi y Dulcinea Neri es un contrato nulo.

3.4. Relaciones entre silogismos judiciales

Entre los distintos tipos de silogismo judicial se dan, según los casos, los siguientes tipos de relación:

1) relaciones de concatenación lógica;

2) relaciones de coordinación argumentativa o justificativa;

3) relaciones de coordinación praxeológica;
4) relaciones de convergencia praxeológica.

1) *Concatenación lógica.* Dos o más silogismos judiciales están «lógicamente concatenados» cuando tienen en común al menos un elemento relevante para la deducción. La concatenación lógica puede ser de dos tipos: concatenación «vertical» o concatenación «transversal» (u «horizontal» o «colateral»).

La concatenación entre silogismos es «vertical» cuando, por ejemplo, la conclusión de un silogismo coincide con la premisa mayor de otro -como puede apreciarse en las secuencias de silogismos normativos o calificativos ejemplificados anteriormente (aps. 3.1., 3.3.)[21].

En cambio, la concatenación es «transversal» cuando la conclusión de un silogismo coincide con la premisa menor de otro silogismo -como se observa en el segundo y tercer silogismo interpretativo (ap. 3.2.).

2) *Coordinación argumentativa.* Dos silogismos judiciales están coordinados entre ellos de forma argumentativa, cuando el primer silogismo acredita una conclusión que, por sí misma o junto con otros argumentos, participa en la justificación de la conclusión del segundo silogismo, aunque no forme parte de sus premisas, ni de la misma concatenación de silogismos. Como se ha visto, tiene lugar una coordinación de este tipo entre el primer silogismo interpretativo, que justifica el recurso a la interpretación extensiva o a la analogía en el caso «Confitería. Talmone», por un lado, y los otros dos silogismos interpretativos, que justifican la interpretación extensiva de los arts. 1592 y 1593 c.c. (ap. 3.2), por otro.

3) *Coordinación praxeológica.* Dos silogismos judiciales están «coordinados praxeológicamente» cuando: a) no están lógicamente concatenados: b) la cuestión resuelta de la forma indicada por un silogismo es una cuestión distinta y autónoma, desde un punto de vista lógico-jurídico o argumentativo, respecto a la cuestión sobre la que versa el otro silogismo. Están típicamente coordinados de manera praxeológica dos silogismos decisionales cuyas respectivas conclusiones constituyan la solución de distintas cuestiones planteadas en el mismo grado de juicio, entre las mismas partes. Piénsese, por ejemplo, en el silogismo decisional cuya conclusión resuelve, positivamente, una cuestión de jurisdicción (estableciendo, pongamos por caso, que «El juez civil italiano tiene jurisdicción en la controversia Schwarzkopf Travemünde A.G. c. Eleuterio Tiscornia s.a.s.») y en el silogismo decisional, reconstruible sobre la base de la misma sentencia-documento, cuya conclusión resuelve una cuestión de fondo (estableciendo, pongamos

[21] Otro caso de concatenación vertical -ejemplificado por los dos últimos silogismos interpretativos en ap. 3.2.- se da cuando la conclusión de un silogismo coincide con el antecedente de la premisa mayor hipotética de otro silogismo.

por caso, que: «Schwarzkopf Travemünde A.G. debe entregar a Eleuterio Tiscornia s.a.s. las mercancías convenidas»).

4) *Convergencia praxeológica.* Por último, dos o más silogismos normativos se relacionan por «convergencia praxeológica» si: a) no están lógicamente concatenados; b) sirven para resolver una misma cuestión, de maneras jurídicamente equivalentes, pero utilizando una premisa mayor distinta. Cuando el contenido de una sentencia permite la reconstrucción de uno o más silogismos normativos caracterizados por convergencia praxeológica, entonces se debe concluir que esa sentencia-documento presenta una «pluralidad de *rationes decidendi*», o dos o más «autónomas y concurrentes *rationes decidendi*»[22].

4. Conclusiones

Tomando como punto de partida dos tesis de Alchourrón y Bulygin, he elaborado una tipología de los enunciados interpretativos y una tipología de los silogismos judiciales, ninguna de las cuales, no está de más repetirlo, pretende ser exhaustiva, ni mucho menos excluyente.

La primera tipología querría ser una contribución metodológica, sólo en esbozo, al análisis de los discursos interpretativos, que permita captar la variedad de contenidos, frente a cualquier reduccionismo. Si en el ap. 2. he aducido argumentos en favor de una noción de «enunciado interpretativo» distinta de la usada por Alchourrón y Bulygin, lo he hecho por la propia exigencia de claridad conceptual y no para dar pie a fútiles cuestiones terminológicas.

La tipología de los silogismos judiciales responde a varios objetivos. Me limito a destacar dos, además del indicado en la «Introducción». En primer lugar, poner de relieve que, bajo ciertas condiciones, el uso de un razonamiento silogístico en el análisis del discurso judicial no implica ningún compromiso con las (hoy ya desacreditadas) teorías «mecanicistas» de la aplicación del derecho. En segundo lugar, contribuir a la elaboración de un modelo normativo de razonamiento justificatorio judicial: un modelo acerca de cómo los jueces deberían motivar las sentencias, con el fin de facilitar el control de las partes, de los jueces superiores, de los órganos legislativos y de la opinión pública sobre sus decisiones.

(Trad. J.M. Vilajosana)

[22] Cfr. M. Lupoi, «Pluralità di "rationes decidendi" e precedente giudiziale», en *Foro italiano*, Quaderni, 1967, pp. 203 ss.

SOBRE LA INADECUACIÓN DEL MODELO DEDUCTIVO PARA LA RECONSTRUCCIÓN DE LAS JUSTIFICACIONES INTERPRETATIVAS DE LOS JUECES*

1. La lógica, la retórica y las argumentaciones de los jueces

En los años sesenta y setenta las tesis de la «nueva teoría» elaboradas por Chaïm Perelman originaron un vivaz debate sobre el razonamiento jurídico. Perelman, y con él los adeptos a la «nueva retórica», sostenían que la lógica tradicional era inadecuada para dar cuenta del razonamiento práctico, en el que incluían el razonamiento jurídico, e identificaban como alternativa una serie de argumentos retóricos y de técnicas argumentativas utilizables y efectivamente utilizadas para hacer persuasivo el discurso práctico. Por otra parte, los defensores de la lógica formal destacaban que la inadecuación de los modelos clásicos de inferencia no dependía del tipo de razonamiento y de discurso, teórico o práctico, que se tomara en consideración[1].

Ese debate, que no pretendo examinar aquí, ha sido después olvidado. La mayor parte de los autores que hoy se ocupan del razonamiento jurídico se limitan a asumir, en general, que la lógica, o viceversa la retórica, ofrece los instrumentos adecuados para la reconstrucción y el análisis de ese razonamiento, sin prestar demasiada atención a las pretensiones de quien no comparte su posición.

---

* Las páginas que siguen constituyen una reelaboración de la ponencia presentada en el II Congreso Hispano-Italiano de teoría analítica del derecho: Estructura y dinámica de los sistemas jurídicos, Miraflores de la Sierra (Madrid), 28-30 de octubre de 1996. Agradezco a los organizadores del congreso y a los participantes la oportunidad de exponer y discutir mis ideas en un ambiente excepcionalmente amistoso y estimulante.

[1] Entre los defensores de la lógica formal que en esos años se enfrentaron con las tesis de la nueva retórica, deben recordarse especialmente J. Horovitz («Exposé et critique d'une illustration du caractère prétendu non-formel de la logique juridique», *Archives de philosophie du droit*, II, 1966, pp. 181-204; «La logique et le droit», en C. Perelman (ed.), *Etudes de logique juridique,* vol. 2, Bruxelles, Bruyiant, 1967, pp. 43-56) y G. Kalinowski («Y a-t-il une logique juridique?», *Logique et analyse*, 2, 1959, pp. 48-53; «De la specificité de la logique juridique», *Archives de philosophie du droit*, II, 1996, pp. 7-23; «Le raisonnement juridique et la logique juridique», *Logique et analyse,* 13, 1970, pp. 3-25).

De todos modos, a mi juicio, prevalecen los defensores de la lógica, aunque, quizás, mi impresión depende del hecho de que en esa posición se encuentran los autores que leo con mayor asiduidad. Entre ellos, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin han expresado su convicción de que la justificación ofrecida por los jueces para fundar sus decisiones judiciales puede ser adecuadamente reconstruida como un conjunto de inferencias deductivas. Así, escriben: [...] estamos de acuerdo con MacCormick que en principio no hacen falta alguna otros tipos de lógica -además de la lógica (clásica) deductiva [-] para dar cuenta del problema del «razonamiento jurídico justificatorio»[2]. E. Bulygin, en un artículo más reciente sobre la interpretación jurídica, insiste en esta idea:

> No ignoro que hay, entre los filósofos del derecho, una tendencia persistente a encontrar argumentos específicamente jurídicos que permitan justificar decisiones que no se siguen lógicamente de las premisas, pero parecen convincentes y aceptables. La idea es que la lógica deductiva es incapaz de dar cuenta de tales decisiones, especialmente en los casos «difíciles», y que, para el control racional de las mismas, son necesarias reglas más elásticas. [...] Sostengo, sin embargo, que todos estos razonamientos [esto es, los razonamientos de los jueces y de los juristas] pueden ser explicados por la lógica deductiva común, simplemente haciendo explícitas las premisas tácitas o suprimidas. Una vez que esas premisas ocultas son expresamente declaradas, el razonamiento deviene lógicamente válido[3].

La tesis que pretendo sostener contrasta tanto con la posición de Alchourrón y Bulygin como con la posición de la «nueva retórica», y puede ser articulada en los siguientes puntos: (i) la justificación de una tesis normativa o valorativa es racional si es conforme al modelo deductivo; (ii) dado que las justificaciones interpretativas ofrecidas por los jueces no son conformes al modelo deductivo, un modelo deductivo de la justificación interpretativa judicial es inadecuado para dar cuenta del contenido efectivo de estas justificaciones y es, por lo demás, inútil a los efectos de controlar la corrección de las tesis interpretativas judiciales; (iv) de ello se sigue que las justificaciones interpretativas de los jueces no son racionales y pueden, como máximo, ser consideradas «imperfectamente racionales». Mientras que el punto (iii) está en contraste

[2] C. E. Alchourrón y E. Bulygin, «Limits of Logic and Legal Reasoning», en A.A. Martino (ed.), *Proceedings of the III International Conference on Logica Informatica Diritto*, vol. 2, Firenze, 1989; trad. cast. de E. Bulygin, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico:, en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 303-328, aquí p. 325.

[3] E. Bulygin, «On Legal Interpretation», trad. it. de R. Guastini, «Sull'interpretazione giuridica», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto* 1992, Torino, Giappichelli, 1992, pp. 14-15.

con la posición de Alchourrón y Bulygin[4], los puntos (i) y (iv) están en contraste con la posición de la «nueva retórica», según la cual habría un modelo retórico de la racionalidad argumentativa alternativo al modelo lógico.

A los efectos de clarificar estos puntos, en el segundo apartado delinearé un modelo deductivo de la justificación normativa, que será considerado el modelo de la justificación normativa racional; en el tercer apartado constataré que algunas justificaciones normativas efectivamente ofrecidas por los hablantes son justificaciones «retóricas», opuestas al modelo de la justificación racional por el hecho de que no presentan necesariamente, expresa ni implícitamente, una premisa normativa; en el cuarto apartado destacaré algunos aspectos relevantes de los argumentos de la interpretación jurídica, esto es, de las razones que en una cierta comunidad jurídica pueden ser adoptadas para sostener una tesis interpretativa; en el quinto apartado explicaré las razones por las que las tesis interpretativas de los jueces son tesis normativas e individualizaré en un principio metodológico de la interpretación una necesaria premisa de la justificación racional de estas tesis; en el sexto apartado, finalmente, intentaré mostrar que las justificaciones interpretativas efectivamente ofrecidas por los jueces son justificaciones «retóricas», que no presentan, explícita ni implícitamente, la necesaria premisa normativa consistente en el principio metodológico de la interpretación, y concluiré que una reconstrucción de estas justificaciones conforme al modelo deductivo, a pesar de ser posible, es inadecuada para dar cuenta del contenido de las mismas o inútil para el control de la corrección de las tesis interpretativas y de las decisiones judiciales.

2. La justificación normativa racional

En lo que respecta a las características de la justificación racional, mi análisis será más bien escueto, ya que creo que un eventual desacuerdo con lo que diré estaría fundado en una profunda divergencia de puntos de vista sobre cuestiones fundamentales acerca de la naturaleza de la ética y de la racionalidad, esto es, sobre temas que no pueden ser seriamente afrontados en estas páginas.

[4] También el punto (ii) se opone a la reconstrucción que Bulygin ofrece del razonamiento interpretativo, ya que él no considera las aserciones interpretativas de los jueces como enunciados que expresan una tesis susceptible de justificación, sitio como aserciones analíticas, necesariamente verdaderas en base a reglas semánticas preexistentes a la actividad interpretativa o estipuladas por el juez («Sull'interpretazione giuridica», cit., p. 268). Creo que esta oposición es más aparente que real, dependiente esencialmente de una perspectiva diversa de investigación sobre la interpretación judicial; no obstante, se puede objetar a Bulygin que su reconstrucción no permite dar cuenta precisamente de la parte más relevante y conspicua del razonamiento interpretativo judicial, en la que se sostiene que debe atribuirse un determinado significado a una expresión lingüística del texto legislativo.

Se puede decir que una justificación consiste en un discurso con el que un hablante aduce una o más razones para sostener una determinada tesis, es decir, con el que cierta conclusión se obtiene a partir de premisas determinadas. Una tesis puede ser teórica o práctica. Una tesis teórica constituye una solución efectivamente o potencialmente controvertida de una cuestión teórica, esto es, de una cuestión relativa al estado de cosas del mundo; por ejemplo, son cuestiones teóricas: «¿Quién gana la batalla de Kadesh?», «¿Cómo se ha originado el universo?», «¿La política del gobierno italiano resultará adecuada para el saneamiento de las finanzas públicas?». Una tesis práctica constituye una solución efectivamente o potencialmente controvertida de una cuestión práctica, esto es, de una cuestión relativa a cómo las cosas deben o deberían ser, o, en otras palabras, al comportamiento que uno o más individuos deben o deberían tener, o que es bueno o justo que tengan; por ejemplo, son cuestiones prácticas: «¿Es justo permitir la organización de grupos nazis?», «¿Es bueno aumentar las tasas para sanear las finanzas públicas?», ¿Debo dedicar más tiempo a los estudiantes? Sosteniendo una tesis teórica, se expresa una proposición fáctica; sosteniendo una tesis práctica, se expresa una directiva o una proposición valorativa.

En función del tipo de tesis que pretenden fundar, las justificaciones pueden distinguirse en teóricas y prácticas. Puede afirmarse que una justificación teórica tiene la finalidad de mostrar que el mundo es *verdaderamente* de un modo determinado, es decir, que cierta proposición es verdadera; y, si se excluyen las justificaciones prácticas que concluyen en una proposición valorativa, las justificaciones prácticas tienen la finalidad de mostrar que uno o más individuos deben o deberían *verdaderamente* comportarse de un cierto modo, es decir, que una determinada directiva es válida[5].

[5] La idea de que con la afirmación «Es verdad que está lloviendo» no se dice nada más que lo que se dice con la afirmación «Está lloviendo», esto es, la idea de que «Es verdad que p» es equivalente a «p», está en la base de la concepción que sostiene que «verdadero» es un término redundante o lógicamente superfluo; respecto de esta concepción, vid. G. Frege, «Der Gedanke. Eine Logische Untersuchung», *Beitrage zur Philosophie des Deutschen Idealismus,* 1, 1918-19, pp. 58-77; F. P. Ramsey, «Faets and Propositions», *Proceedings of Aristotelian Society*, Supl. 7, 1927, pp. 153-170, reed. en F.P. Ramsey, *The Foundation of Mathematics and other Logical Essays,* London, Routledge & Kegan Paul, 193 1, pp. 138-151 - A.J. Ayer, *Language*, *Truth and logic*, 2 cds., London, Gollancz, 1946, pp. 87-89; P, F. Strawson, «Truth», Analysis, 9, 1949, pp. 83-97. Según la concepción de la validez que aquí adopto, el término «valido» es redundante o lógicamente superfluo, del mismo modo que el término «verdadero»; por tanto, con la afirmación de que es válida la directiva según la cual debe hacerse *X* no se dice nada que no esté dicho en la afirmación de que debe hacerse *X* (que verdaderamente debe hacerse *Y*) (al respecto, vid. B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica,* Torino, Giappichelli, 1994, pp. 108-113). En el ámbito de esta concepción, en mi opinión, puede ser adecuado retomar la clásica idea de acuerdo con la cual una directiva válida es una directiva vinculante, es decir, una directiva a la que es obligatorio obedecer; en relación a las normas jurídicas,

Dado que mediante una justificación se adoptan razones para fundar una tesis, el concepto de justificación parece reenviar directamente al concepto de discurso racional. Debe advertirse, sin embargo, que el término «justificación» tiene diversos significados, de modo que, por ejemplo, puede ser usado para indicar cualquier discurso con el que un hablante pretende aducir una razón en favor de una tesis, o bien sólo los discursos en los que algunas razones son efectivamente adoptadas para fundar una tesis[6]. Si se adopta el primer significado, una justificación puede no consistir en un discurso racional, ya que es posible que un hablante pretenda aducir razones en favor de una tesis mediante un discurso contradictorio o descabellado. Si se adopta el segundo significado, una justificación es un discurso racional, pero, como aclararé en seguida, una justificación puede ser perfecta o imperfectamente racional.

El significado de la expresión «justificación racional», como el de toda expresión de un lenguaje natural, está parcialmente indeterminado, de modo que una redefinición teórica que aspire a una suficiente precisión puede resultar controvertida. Para empezar, adopto esta primera definición de «justificación racional»: una justificación racional consiste en un discurso mediante el que una determinada conclusión, consistente en una proposición *p* o una directiva *d*, se deriva de algunas premisas consistentes en proposiciones y/o directivas que, si son verdaderas o válidas, son suficientes para garantizar que *p* es (ciertamente o probablemente) verdadera o que *d*

esta idea puede ser atribuida, entre otros, a Kelsen y a Hart (por lo que respecta a Kelsen, vid. A. Ross, «Validity and the Conflict between legal Positivism and Natural Law», *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 5, 1961, pp. 46-93; J. Raz, «Helsen's Theory of the Basic Norm», *The American Journal of Jurisprudence,* reed. en J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 122, 145; C. S. Nino, «Some Confusions Around Kelsen's Concept of Validity». *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 64, 1978, pp. 357-377; U. Scarpelli, «Validità», en *Gli strumenti del sapere contemporneo*. Vol. 2. 1 concetti, Torino, UTET, 1985, pp. 928-932; por lo que concierne a Hart, vid. J. Raz, «Legal Validity», *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 63, 1977, pp, 339-353, reed. en J. Raz, *The Authority of Oxford*, Clarendon Press, 1979, pp. 146-159; E. Bulygin, «Norms, Normative Propositions, and Legal Statements», en G. Floistad (ed.), *Contemporary Philosophy. A New Survey*: *III Philosophy of Action,* The Hague, Martinus Nijhoff, 1982, pp. 127-152, trad, casi, de E. Bulygin, «Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos», en C.E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho,* cit. pp. 169-193).

[6] Éstas no son, por otra parte, las únicas acepciones del término «justificación» que pueden ser útilmente distinguidas (por ejemplo, vid. la distinción entre tres significados, fuerte y valorativo, fuerte y descriptivo y débil y descriptivo, presentada por R. Guastini, «Produzione di norme» en L. Giaformaggio y E. Lecaldano (eds.), *Etica e diritto,* Bari, Laterza, 1986, pp. 173-201, aquí pp. 173-174); son, sin embargo, las únicas relevantes en esta sucinta caracterización de la justificación racional.

es válida[7]. El problema que surge a partir de esta definición es obviamente el de establecer qué premisas son aptas para garantizar que una conclusión es verdadera o válida.

Dirigiré aquí mi atención a las justificaciones prácticas o, más precisamente, a un cierto tipo de justificaciones prácticas que pueden denominarse justificaciones normativas. Las justificaciones prácticas que concluyen con una directiva, expresada típicamente a través de un enunciado deóntico en términos de deber (por ejemplo «Debes dedicar más tiempo a los estudiantes»), pueden, en efecto, distinguirse en normativas y prudenciales. Una justificación prudencial, a diferencia de una justificación normativa, hace depender la validez de la directiva, que constituye su conclusión, de la voluntad del sujeto de la directiva de obtener un determinado fin. Una directiva constituye así la conclusión de una justificación prudencial, en cuanto que su fundamento se encuentra en una regla técnica y en una proposición relativa al hecho de que uno o más sujetos pretenden conseguir un determinado fin («Si se quiere obtener *Y*, se debe hacer *X*; Ticio quiere obtener *Y*; entonces, Ticio debe hacer *X*»)[8]. Se puede sostener que las directivas que operan como conclusión de una justificación normativa pueden consistir en órdenes, mandatos, normas jurídicas o morales[9]; para simplificar la discusión, me ocuparé aquí únicamente de las justificaciones normativas que presentan como conclusión una norma.

---

[7] Se trata de una caracterización muy amplia de la justificación racional, adecuada para las finalidades de la presente discusión, pero que podría razonablemente hacerse más estricta añadiendo el requisito de la aceptabilidad de las premisas, de modo que una justificación sería racional si se derivara una determinada conclusión a partir de premisas aceptables para un determinado auditorio. Sobre la aceptabilidad de las premisas, puede verse J. A. Blair y R. H. Johnson, «Argumentation as Dialectical», *Argumentation*, I, 1987, pp. 27-49; sobre el concepto de auditorio, puede verse C. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, París, Presses Universitaires de France, 1958, varios párrafos de la Primera y de la Segunda Parte. Vid. una caracterización parcialmente diversa en A. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht, Reidel, 1986, pp. 185-229. Concepciones mucho más completas de la justificación como actividad argumentativa desarrollada en una comunidad del discurso racional han sido elaboradas por R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfunt am Main, Suhrkamp, 1978, pp. 221-257, y por J. Habermas, *Moralbewusstein und kommunikatives Handelm,* Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1983, trad. it. por E. Agazzi, *Etica del discorso,* Bari, Laterza 1985, aquí 92-104.

[8] Sobre el razonamiento prudencial, vid. G.H. von Wright, «Practical Inferences», *The Philosophical Review*, 72, 1963, pp. 159-179, y «On So-Called Practical Inference», *Acta Sociologica*, 15, 1972, pp. 39-53, ambos reeds. en G. H. von Wright, *Practical Reason,* Oxford, Blackwell, 1983, pp. 1-34.

[9] Obviamente, es distinta la justificación de las normas morales de la justificación de las órdenes de los mandatos y de las normas jurídicas. Estas últimas directivas constituyen el contenido de las prescripciones de determinados individuos, de modo que su validez puede ser fundada sólo sobre la base de una directiva **istitutiva di** autoridad, según las cuales determinados individuos deben obedecer a aquél que ha emitido la prescripción; por ejemplo, «El soldado

Respecto de las justificaciones normativas que presentan una norma en su conclusión, asumo que para garantizar que una norma es válida es necesario mostrar que se deriva, mediante una inferencia deductiva, de dos normas válidas o de una norma válida y de una proposición verdadera. En otros términos, mi asunción es que una justificación normativa es racional si consiste en un silogismo que presenta entre sus premisas, al menos, una norma. Ya que en estas páginas no es posible argumentar satisfactoriamente en favor de esta asunción, intentaré al menos clarificar su sentido a través de una comparación entre las justificaciones teóricas y las justificaciones normativas.

Hay varias maneras de ofrecer, a través del discurso, una garantía adecuada de la verdad de una proposición fáctica. En función de esas diversas formas, en la lógica se han caracterizado diferentes, modelos del razonamiento y del discurso racional; tales modelos pueden reducirse a los siguientes: el modelo deductivo, el modelo inductivo y el modelo abductivo. Mientras que una inferencia deductiva es absolutamente constrictiva, ya que en una deducción si son verdaderas las premisas la conclusión es necesariamente verdadera, las inferencias deductivas y abductivas pueden resultar más o menos restrictivas, en función del contenido de las premisas y del conjunto del conocimiento compartido en la disciplina en la que se realiza el razonamiento inductivo o abductivo. La conclusión de un razonamiento inductivo o abductivo constituye una hipótesis más o menos probable, verosímil o bien fundada.

Ahora bien, en lo que concierne a la asunción de que una justificación normativa es racional sólo si es conforme al modelo deductivo, puede brevemente observarse lo siguiente. A través de un razonamiento inductivo o abductivo se puede en un momento *T* llegar a una hipótesis, o justificar una hipótesis, relativa a las propiedades de los individuos de una clase *C* o a las causas de un determinado fenómeno *F,* a partir de la observación de que algunos individuos de la clase *C* presentan ciertas propiedades o de algunos datos parciales relativos al fenómeno *F*, esta hipótesis podrá después ser corroborada o desmentida en cualquier momento sucesivo a *T* en virtud de la observación de otros individuos de *C* o de la disponibilidad de ulteriores datos relativos a *F*. En consecuencia, a través de una inferencia inductiva o abductiva no es posible justificar una norma, ya que el propio concepto de hipótesis, elaborada sobre la base de algunos datos y que sobre la base de algunos

raso Ticio debe hacer *X*, porque el sargento Cayo le ha ordenado hacer *X* y porque los soldados deben hacer cuanto les es ordenado por los superiores». Una norma moral, en cambio, se fundamenta en otra norma moral de la que se deriva por su contenido. Respecto a estos dos modelos de justificación, cfr. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke, 1960, pp. 196-200; una caracterización de las prescripciones puede verse en B. Celano, op. cit., pp. 113-117; E. Diciotti, *Norme, validità e interpretazione giudiziale,* en prensa, cap. 1.

datos cognoscibles sucesivamente -puede ser confirmada o desmentida, resulta extraño al razonamiento normativo[10], a menos que se adopte una concepción cognitivista según la cual hay un tipo particular de hechos cognoscibles respecto a los que las normas se corresponden o no, o en base a los cuales pueden ser fundadas. Si no se adopta esa concepción, no es posible sostener que hay un conocimiento normativo que puede aumentar con el tiempo, acrecentándose la experiencia sobre algún tipo de realidad, y, en consecuencia, ni siquiera que en el ámbito normativo se puedan elaborar hipótesis a través de razonamientos deductivos o abductivos.

La tesis de que una justificación normativa es racional sólo si se adecua al modelo deductivo, está estrechamente asociada con la tesis de que una justificación normativa racional debe presentar al menos una norma entre sus premisas. Según esta última tesis, no es posible obtener o justificar ninguna norma únicamente a partir del conocimiento de los hechos, por mucho que dicho conocimiento sea ampliado o profundizado. Éste es el contenido de la llamada Ley de Hume, esto es, de un principio lógico que a pesar de haber recibido variadas objeciones es, de todos modos, ampliamente asumido[11].

A estas dos asunciones fundamentales acerca de las características de la justificación normativa racional debe añadirse, en mi opinión, una tercera: en una justificación racional una norma moral individual debe estar fundada en una norma universal[12]. Una norma universal es una norma que impone una obligación o atribuye un derecho a todos los individuos, o a todos los individuos que presentan las propiedades indicadas en la propia norma. Una norma individual es una norma no universal, que impone una obligación o atribuye un derecho a uno o más individuos identificados por nombre propios, pronombres, etc. Debe advertirse que las normas jurídicas, en cuanto

[10] Respecto a la imposibilidad de justificar una tesis jurídica normativa mediante el razonamiento inductivo, cfr. N. MacCormick, «Universalization and Induction in Law», en *Reason in Law. Proceedings of Conference Held in Bologna*, 12-15 December 1984, col. 1, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 91-105.

[11] Una amplia y profunda discusión de la Ley de Hume y de las objeciones que la han puesto a prueba, puede verse en B. Celano, *op. cit.*

[12] Este requisito de la justificación racional se corresponde con el llamado principio de la universalización, cuya difusión en el ámbito de la teoría moral contemporánea se debe principalmente a Richard M. Hare (*Freedom and Reason,* Oxford, Oxford University Press, 1963, caps. 1 y 2). Sin embargo, es importante destacar que el principio de la universalización de Hare requiere al sujeto que realiza un razonamiento moral no sólo la operación de fundar una norma individual en una norma universal, sino también otras dos operaciones, consistentes en imaginarse a sí mismo en el lugar de las personas cuya situación cambiará por la aplicación de la norma universal, y en tener en cuenta sus gustos, sus preferencias y sus ideales; la idea de que estas últimas operaciones deban ser necesariamente realizadas en el ámbito de la moral racional parece más bien problemática (al respecto, vid. J. L. Mackie, *Ethics. Inventing Right and Wrong*, London, Penguin, 1987, pp. 82-97).

dotadas de un limitado ámbito de validez espacial y/o temporal, son normas individuales[13].

Una moral racional no puede estar constituido más que por normas universales en base a las cuales sean justificables adscripciones de obligaciones a individuos particulares y que puedan ser utilizadas como criterio para juzgar su comportamiento. En efecto, en una moral racional la obligación de un determinado individuo debe depender de alguna propiedad que éste presente; pero si la obligación *X* de un individuo depende del hecho de que presente una determinada propiedad *P*, debe concluirse que cualquier otro individuo que presente la misma propiedad *P* comparte la misma obligación *X*, es decir, que es válida una norma universal según la cual todos los individuos que presenten la propiedad *P* están obligados a hacer *X*.

Una justificación con la que se funda una norma individual sobre la base de una norma universal es, simplemente, una justificación que aclara todas las razones por las que, en opinión de un hablante, una norma moral individual es válida. En efecto, si un sujeto justifica la norma moral según la cual Ticio tiene la obligación de realizar el comportamiento *X* aduciendo que Ticio presenta la propiedad P, implícitamente aduce también una norma universal según la cual todos los individuos que presentan la propiedad *P* tienen la obligación de realizar el comportamiento *X*[14]. Afirmar que Ticio tiene la obligación de realizar el comportamiento *X* por la razón de que posee la propiedad *P*, pero que otros individuos que poseen la propiedad *P* no tienen la obligación de realizar el comportamiento *X*, sería como afirmar

[13] Acerca del carácter no universal de las normas jurídicas, vid. especialmente R. M. Hare, op. cit., pp. 35-36. Aunque las normas jurídicas estén a menudo formuladas del mismo modo que las normas universales, puede sostenerse que una formulación completa de las mismas debe incluir una referencia a su específico ámbito de validez; ésta es, por ejemplo, la posición de Hans Kelsen, quien afirma que «el ámbito de validez de una norma es un elemento de su contenido» (op. cit., p. 12).

[14] Ha sido observado que una norma individual según la cual un sujeto tiene una obligación en un cierto caso *C* puede ser universalizada de muchas maneras distintas, en función de los aspectos de *C* que se asuman como relevantes. Así, por ejemplo, dado el caso en que un sujeto *S* ha prometido a su novia casarse con ella el próximo mes, si alguien afirma que *S* está moralmente obligado a casarse con su novia, ofrece una norma moral cuyo fundamento puede encontrarse en varias normas universales: la norma de que todas las promesas deben ser mantenidas, la norma de que las promesas de matrimonio deben ser mantenidas, la norma de que las promesas de matrimonio realizadas por hombres deben ser mantenidas (al respecto, vid. A. Ross, «On Moral Reasoning (in Criticism of R. M. Hare)», *Danish Philosophical Yearbook,* 1964, pp. 120-132; O. Weinberger, «Objectivity and Rationality in Lawyer's Reasoning», en A. Peczenik, L. Lindahl, B. van Roermund (eds.), *Theory of Legal Science,* Dordrecht, Reidel, 1983, pp. 217-234, aquí pp. 225-226). Esto es lo que sucede indudablemente si el único elemento ofrecido para realizar la universalización es una norma individual *N*; debe, empero, destacarse que esto no sucede si los elementos ofrecidos para realizar la individualización consisten en una norma individual *N* y en el conjunto de las razones fácticas *F* por las que la norma individual es válida. En ese caso, en efecto, sólo una norma universal puede fundar *N*.

que Sócrates es mortal por la razón de que es un hombre, pero que hay hombres inmortales.

Debe quedar claro que, según la tesis que asumo, una justificación es racional si con ella se adopta una norma universal *N* como fundamento de una norma moral N_1, ya sea en el caso de que N_1, constituya la conclusión de la justificación, o en el caso de que N_1, constituya una premisa de la que se obtenga la conclusión. Para esclarecer este punto es oportuno ofrecer un ejemplo. La norma individual según la cual Ticio debe pasar el semáforo en rojo, violando el código de circulación, podría ser razonablemente justificada aduciendo que Ticio debe llevar al hospital a su amigo Cayo a tiempo de salvarle la vida y que sólo pasando el semáforo en rojo conseguirá ese fin. De este modo, una norma de conducta individual constituye la conclusión de un silogismo cuya premisa mayor es una norma individual teleológica y cuya premisa menor es una proposición anankástica:

[1] Ticio debe llevar al hospital a su amigo Cayo a tiempo para salvarle la vida.

[2] A menos que Ticio pase el semáforo en rojo, no podrá llevar a Cayo al hospital a tiempo de salvarle la vida.

[3] Entonces, Ticio debe pasar el semáforo en rojo.

Pues bien, aunque esta justificación puede parece racional, mi tesis es que sólo es racional si contiene también, explícita o implícitamente, una norma universal que constituya el fundamento de la norma singular [1].

Dado que las justificaciones son ofrecidas generalmente utilizando las palabras de un lenguaje natural y dado que el significado de estas palabras puede ser más o menos indeterminado, hay que tomar en consideración, en mi opinión, un último requisito de la justificación racional, ya sea teórica o práctica. Se trata del requisito de la determinación, según el cual una justificación es racional si los enunciados que contiene tienen un significado suficientemente determinado para poder sostener que expresan efectivamente razones en favor de una tesis. Veamos un ejemplo: si un sujeto sostiene que Pedrito debe ser castigado sin jugar con sus amiguitos porque ha sido malo y porque los niños malos deben ser castigados sin permitirles jugar con sus amiguitos, podría parecer que ofrece una justificación normativa racional, en cuanto que extrae una norma moral individual de una proposición y de una norma universal. En base al requisito de la determinación hay que concluir, en cambio, que esta justificación no es racional y que, es más, no se trata ni siquiera de una justificación. En efecto, ¿qué significa que un niño es o ha sido malo? ¿En qué casos un niño es malo? ¿Qué conductas debe realizar para serlo? Ninguna de estas preguntas tiene respuesta, ya que el significado del término «malo» es tan indeterminado que diciendo que un

niño ha sido malo se expresa únicamente desaprobación por su comportamiento; pero expresar desaprobaciones es algo distinto de aportar razones.

Así, sobre la base de cuanto se ha dicho hasta aquí, una justificación normativa racional consiste en un discurso en el que una tesis normativa constituye la conclusión de un silogismo o de una cadena de silogismos, cada uno de los cuales presenta al menos una norma entre sus premisas, en los que toda norma moral individual que aparece como conclusión o como premisa asume un alcance universal o es obtenida a partir de una norma universal y cuyas premisas proveen efectivamente razones en favor de la tesis justificada. Sin embargo, como aclararé en el próximo apartado, existen algunas justificaciones normativas que no se conforman a este modelo de la racionalidad y con las que, a pesar de ello, se aducen razones en favor de una tesis; tales justificaciones pueden ser consideradas «imperfectamente racionales» o «retóricas».

3. Las justificaciones normativas «retóricas»

En base al modelo delineado *supra* es posible juzgar si una justificación normativa ofrecida efectivamente por un hablante es o no racional. Debe advertirse, si embargo, que para juzgar si una justificación ofrecida por un hablante es o no conforme con este modelo, es necesario establecer qué contenido tiene efectivamente. En otros términos, es necesario interpretarla.

Puede constatarse que los hablantes ofrecen generalmente justificaciones teóricas y prácticas usando expresiones equívocas o con un significado parcialmente indeterminado, expresándose elípticamente, omitiendo aquello que es conocido o compartido por los oyentes, disponiendo las premisas y la conclusión en un orden distinto del que asumen en los modelos de inferencia de los que se ocupan los estudiosos de la lógica. Para evaluar si una justificación efectivamente ofrecida por un hablante es o no conforme con un modelo de justificación racional, es entonces, necesario clarificar el contenido, evaluar si hay premisas tácitas o sobre-entendidas, reordenar las premisas que son explícita o implícitamente adoptadas. Por tanto, en la base de un juicio acerca de la racionalidad de una justificación hay a menudo un trabajo más o menos complejo de interpretación y de reconstrucción de lo que es expresado por el hablante. Mas precisamente, hay el intento de reconstruir una justificación efectivamente ofrecida por un hablante de acuerdo con un modelo de la justificación racional: si ese intento tiene éxito, se concluirá que la justificación es racional; si no tiene éxito, se concluirá que la justificación no es racional.

Sin embargo, al llevar a cabo ese intento, existe el riesgo de ir más allá de una simple clarificación del contenido de una justificación *J*, y acabar

elaborando una nueva justificación J_1, emparentada con J, pero distinta de ella. Esto sucede si en la tarea de interpretación y reconstrucción de una justificación se precisa el contenido irreductiblemente indeterminado y/o equívoco de uno o más segmentos de la justificación, o bien si son indebidamente explicitadas una o más premisas que no están efectivamente contenidas en la justificación; como veremos en seguida, la indebida explicitación de una o más premisas que no están efectivamente contenidas en la justificación conlleva generalmente la precisión indebida del contenido de uno o más segmentos de la justificación.

La idea de que pueda ser indebidamente explicitada una premisa que no esté efectivamente contenida en una justificación puede suscitar alguna perplejidad. En efecto, algunos parecen sostener que si una justificación no presenta expresamente una premisa cualquiera que es necesaria sobre la base de un modelo de la justificación racional, aquella puede considerarse implícita en cuanto que puede ser deducida del contenido explícito de la justificación; Alchourrón y Bulygin expresan una posición de este género en los párrafos que he citado al inicio de este trabajo. De acuerdo con esta posición, se puede afirmar que toda justificación normativa cuyas premisas no sean contradictorias con la conclusión puede ser reconstruida de conformidad con el modelo de la justificación racional *supra* delineado, simplemente añadiendo una o más premisas faltantes.

A mi entender, sin embargo, esta posición es insatisfactoria, ya que no toma en cuenta el hecho de que las justificaciones son discursos con los que los hablantes comunican alguna cosa y, en consecuencia, no es necesariamente verdadero que un hablante comunique aquello que puede serie imputado sobre la base de un modelo de la justificación racional elaborado por un filósofo. En otras palabras, nada garantiza que una premisa no explicitada en la justificación esté implícita en ella.

Frecuentemente sucede que en la justificaciones normativas efectivamente ofrecidas por los hablantes no se explicita la necesaria premisa normativa: pues bien, mi opinión es que esa premisa está algunas veces, pero no siempre, implícita. Una justificación normativa que no contenga, explícita ni implícitamente, una premisa normativa necesaria, es una justificación «retórica»[15]. Una justificación «retórica» es distinta del discurso inconducente o contradictorio con el que un hablante podría pretender justificar una determinada tesis, ya que en una justificación «retórica» se adopta efectivamente

[15] La idea de que los argumentos retóricos consiste en entimemas se debe a la *Retórica* de Aristóteles (aunque Aristóteles usa el término «entimema» en un sentido parcialmente diverso, o más amplio, del actual); la idea de que hay entimemas que no permiten una reconstrucción silogística puede ser atribuida a Perelman (a pesar de que Perelman no es muy claro a este respecto).

alguna razón en favor de una tesis. Una justificación «retórica» es, sin embargo, imperfecta, en cuanto que se aparta del modelo de la justificación (perfectamente) racional; en este sentido, las justificaciones «retóricas» pueden ser consideradas justificaciones «imperfectamente racionales».

Hay casos en los que no es posible sostener que una justificación normativa contenga implícitamente una premisa normativa necesaria, ya que la premisa fáctica que aquella presenta es claramente incompleta. Por ejemplo, si alguien afirma que Pedrito debe ser castigado porque «ha robado la mermelada y también por otras razones», ofrece una justificación de cuyo contenido explícito no es posible obtener la norma universal en base la cual Pedrito debe ser castigado.

En la mayor parte de los casos, sin embargo, la cuestión de si la necesaria premisa normativa está o no implícitamente contenida en una justificación es más problemática, ya que es posible deducir una premisa de ese tipo del contenido explícito de la justificación. En esos casos puede incluso parecer extraña la idea de que una determinada premisa puede no formar *efectivamente* parte del contenido implícito de una justificación. Se podría, en efecto, objetar que o bien una premisa es expresada en una justificación, y entonces está *efectivamente* contenida en ella, o bien no es expresada en una justificación, y entonces no está *efectivamente* contenida en ella; eso no impide, no obstante, que ella pueda ser imputada al hablante, ya que si éste sostiene que *P* es una razón para aceptar la tesis *T*, debe también sostener que *P*, es una razón para aceptar *T*.

Sin embargo, en general no es extraño en absoluto afirmar que un determinado discurso tiene efectivamente un cierto contenido implícito, o que un hablante cree efectivamente decir algo que explícitamente no dice. En efecto, sucede a menudo que los hablantes no explicitan en sus discursos determinadas informaciones, valoraciones o prescripciones, confiando su comprensión a la habilidad de los oyentes aun siendo silenciadas. En este sentido, si algo es silenciado en el discurso sólo en la medida en que cierta o probablemente resultará evidente a los oyentes, puede sostenerse que ese algo forma parte del contenido implícito del discurso. Si alguien me dice: «El cielo se está nublando; coge el paraguas», comprendo inmediatamente que pretende decirme que probablemente lloverá; en este discurso no está explícitamente formulada ninguna previsión acerca de las próximas condiciones atmosféricas, pero se puede afirmar sin duda que con él se ofrece implícitamente esta previsión[16].

[16] En este caso, el contenido del discurso depende de una implicación conversacional, esto es, de una inferencia fundada «Ya sea sobre el contenido de lo que ha sido dicho, ya sea sobre el carácter cooperativo de las comunes interacciones verbales». (S. C. Levinson, *Pragmatics*, Cambridge. Cambridge University Press, 1983, p. 104). Sobre la implicación conversacional

Así, no es en absoluto extraño preguntarse si una justificación, como cualquier otro discurso, tiene o no un determinado contenido implícito. El problema es, más bien, si existen criterios precisos que permitan dan una respuesta a esa pregunta, esto es, que permitan distinguir los casos en los que al añadir una o más premisas a una justificación simplemente se explicita cuanto ya estaba implícito en ella, de los casos en los que haciendo lo mismo se altera el contenido efectivo de la justificación.

A propósito de este punto es bueno ser claros: no hay ningún criterio que cualquier sujeto pueda utilizar para establecer si en una justificación normativa cualquiera están o no implícitamente contenidas determinadas premisas. El contenido implícito de un discurso, en efecto, puede ser captado únicamente por quien forma parte de una comunidad del discurso y comparte o conoce las creencias, las convenciones y los valores del hablante. Es muy probable que escuchando el discurso que un físico teórico dirige a sus colegas yo no conseguiré captar, a diferencia de los demás oyentes, aquello que está implícito en el discurso y que hace más inteligible la parte explícita, completando su sentido. Aquello que se deja implícito, en efecto, es lo conocido o compartido y que, en consecuencia, por economía del discurso, puede no repetirse.

Sobre la base de esta observación puede, sin embargo, hacerse una afirmación importante: el contenido implícito de un discurso no es simplemente una cuestión de sensatez del discurso en el ámbito de un complejo de conocimientos, convenciones y valoraciones compartidas en una determinada comunidad. En efecto, dado que la intención de un sujeto de comunicar algo a través del lenguaje se manifiesta únicamente en la medida en que emite las palabras que, por convención, son adecuadas para manifestar aquella intención, la intención de decir implícitamente algo se manifiesta únicamente en cuanto se presenta así en la mente de los oyentes, dado el contenido explícito del discurso y el conjunto de creencias, convenciones y valoraciones por ellos conocidas y compartidas. Si alguien me dice «Está lloviendo», comprendo que intenta comunicarme que las condiciones atmosféricas son de un cierto tipo, aunque es posible que él no conozco el español y con esas palabras pretenda en cambio decirme, por ejemplo, que se ha puesto el sol. Análogamente, si alguien me dice: «El cielo se está nublando;

---

y sobre las asunciones específicas relativas al carácter cooperativo del discurso, aparte del texto de Levinso, puede verse H. P. Grice, «Logic and Conversation», en P. Cole y J. C. Morgan (eds.), *Syntax and Semantics 9*: *Speech Acts*, New York, Academic Press, 1975, pp. 41-58 y «Further Notes on Logic and Conversation», en P. Cole (ed.), *Syntax and Semantics 9*: *Pragmatics*, New York, Academic Press, 1987, pp. 113-128. No sé si también la cuestión del contenido implícito de una justificación puede ser abordado en términos de implicación conversacional.

coge el paraguas», comprendo que me está aconsejando que coja el paraguas porque es probable que llueva, aunque es posible que, en cambio, él sostenga, por alguna convención extraña, que un cielo nublado es razón suficiente para coger el paraguas.

Después de esta aclaración, me arriesgaré a proponer, más que un criterio, una suerte de experimento mental que puede ser útil para establecer, si tenemos presentes las creencias, las convenciones y los valores compartidos en una comunidad del discurso, si una premisa cualquiera está o no realmente implícita en una justificación normativa. Este criterio, o este experimento mental, tienen que ver con la eficacia de la justificación: dada una justificación normativa *G*, en la que faltan una o más premisas normativas necesarias para que sea conforme con el modelo de la justificación normativa racional, y un conjunto de premisas normativas P_1, P_2, P_3,... P_n apropiadas para adecuar *G* al modelo de la justificación normativa racional, se puede establecer si estas premisas están o no realmente implícitas en *G* respondiendo a la siguiente pregunta: ¿si en lugar de la justificación *G* se ofreciera en la comunidad del discurso una justificación G_1, que presenta implícitamente las mismas premisas de *G* y, además, las premisas P_1, P_2, P_3,... P_n, G_1, tendría un grado de eficacia parecido a *G*?, es decir, ¿sería G, persuasiva en la misma medida que *G*? Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, entonces se puede sostener que *G* contiene implícitamente las premisas P_1, P_2, P_3,... P_n, si, en cambio, la respuesta es negativa, entonces no se puede sostener que *G* contenga implícitamente estas premisas.

En efecto, si el contenido implícito de una justificación depende del conjunto de las creencias, convenciones y valoraciones compartidas en una comunidad del discurso, se debe sostener que una justificación contiene implícitamente determinadas premisas sólo si éstas se presentan en la mente de aquellos a los que se dirige la justificación y en base a ellas aceptan o no la tesis justificada. Entonces, si tenemos razones para sostener que la eficacia de una justificación G_1, que contiene todas las premisas de una justificación *G* y además las premisas P_1, P_2, P_3,... P_n, sería distintas de la eficacia de *G*, tenemos también razones para sostener que *G* y G_1 son dos justificaciones distintas o, lo que es lo mismo que *G* no contiene implícitamente las premisas P_1, P_2, P_3,... P_n.

Presentaré en lo que sigue algún ejemplo a modo de ilustración de cuento he dicho hasta aquí. Tomemos la siguiente justificación normativa G_1: «No se debe ajusticiar a los asesinos, porque también ellos son hombres». Esta justificación, si se observa su contenido explícito, está falta de una necesaria premisa normativa; sin embargo, puede fácilmente ser conformada al modelo de la justificación racional con la adición de la premisa normativa de que no debe matarse a otros seres humanos. De este modo, se obtiene

la justificación G_2, que puede ser considerada como una reconstrucción atendible de G, sólo si puede sostenerse que la premisa de que no debe matarse a otros seres humanos forma efectivamente parte del contenido implícito de G_1. Pero, ¿realmente está implícita esta premisa en G_1? A mi juicio, podemos sostener que sí, ya que se puede presumir que la justificación G_2 («No debe matarse a otros seres humanos; los asesinos son seres humanos; entonces, no debe matarse a los asesinos») tendría *grosso modo* la misma eficacia que la justificación G, («Los asesinos son seres humanos; entonces, no debe matarse a los asesinos»). Es decir, se puede presumir que todo aquél que esté persuadido por la justificación G_1 estará igualmente persuadido por la justificación G_2 y que, en consecuencia, la premisa no expresada en G, y sí expresada en G_2 indica efectivamente la razón en base a la cual, tanto el hablante como los oyentes, aceptando la premisa expresa en G_1, aceptan también la tesis justificada.

Supongamos que la novia de Julio le pida ir juntos al mar el fin de semana, que Julio esté indeciso entre ir al mar o quedarse en casa para ver la televisión el Gran Premio de Fórmula 1 y que, hablando con algunos amigos, manifieste su indecisión. Supongamos que un amigo le diga: «El domingo tienes que ir al mar, porque ella te lo ha pedido». Diciendo esto, el amigo de Julio ofrece la justificación G_3, en la que la tesis normativa T, según la cual Julio debe ir al mar el fin se semana, se obtiene de la premisa P_1, según la cual la novia de Julio le ha pedido ir al mar el fin de semana. La justificación G_3 no es insensata y puede resultar persuasiva tanto a Julio como a los otros amigos presentes, pero no se adecua al modelo de la justificación normativa racional al faltarle una necesaria premisa normativa. Sin embargo, puede obtenerse un apropiada premisa normativa P_2 a partir del contenido explícito de G_3 y ser añadida a P_1, obteniendo así una justificación G_4 conforme con el modelo de la justificación normativa racional.

Pero, ¿cuál podría ser el contenido de P_2? Del contenido explícito del discurso pronunciado por el amigo de Julio es posible obtener diversas posibles premisas normativas utilizables para convertir la justificación G_3 en deductiva. Una premisa posible es la siguiente: «Debe hacerse lo pedido por el novio o la novia»; otra es «Debe irse al mar si lo pide el novio o la novia»; una más es la siguiente: «Debe irse al mar el fin de semana si lo pide el novio o la novia». Pero, ¿realmente una de estas premisas, u otra posible, está implícita en la justificación G_3? O, en otros términos, ¿se puede razonablemente pensar que el amigo de Julio pretendiese realmente derivar la tesis T de una de esta premisas y que los oyentes estuviesen persuadidos por la justificación G_3 por aceptar una de las normas universales en que podría consistir P_2? Yo no lo creo; creo más bien que una justificación que tuviese el mismo contenido de G_3 y además contuviese una ulterior premisa consistente

en una norma universal resultaría aparentemente menos razonable y, de hecho, menos persuasiva que G_3[17]. Es decir, sostengo que a partir del contenido explícito de la justificación G_3 es posible elaborar una justificación G_4 conforme con el modelo de la justificación racional, pero que G_4 no constituiría una reconstrucción del contenido de G_3 sino una nueva justificación estrechamente emparentada con G_3. Si esto es así, G_3 constituye un ejemplo de justificación «retórica».

Acerca de la justificación G_3 pueden hacerse algunas observaciones. La primera es que a esta justificación le falta una premisa normativa necesaria y que, sin embargo, no puede considerarse un discurso contradictorio, inconexo o bien una justificación no racional. Esta justificación, en efecto, si bien no es conforme con el modelo de la justificación racional, deriva una tesis de una premisa suficientemente determinada. Otra observación, de todos modos, es que si esta justificación contiene implícitamente una premisa normativa, debe tratarse de una premisa suficientemente indeterminada para no poder ser fácilmente formulada. Así, las diversas posibles premisas normativas que podrían ser añadidas a la justificación G_3 parecen no reproducir el contenido efectivo de tal justificación, precisamente en cuanto que son excesivamente determinadas; es decir, parece plausible sostener que el amigo de Julio, expresando la justificación, no pretendiese decir nada tan preciso. Se puede también sostener que la escasa plausibilidad de las varias premisas normativas que pueden ser añadidas a la justificación G_3 depende del hecho de que el amigo de Julio no especifica todas las condiciones en que una petición de una novia debe ser atendida; si esto es así, la justificación G_3 debería asimilarse a una justificación declaradamente incompleta, como aquella mencionada supra: «Pedrito debe ser castigado porque ha robado la mermelada y también por otras razones».

Sea como sea, dejando a un lado la razón por la que no es posible encontrar una premisa normativa plausible para la justificación de G_3, parece indudable que también el contenido explícito de esta justificación está parcialmente indeterminado. En efecto, si el amigo de Julio no aduce implícitamente

[17] Es adecuado citar en este punto uno de los fragmentos en los que Perelman expresa una concepción del discurso retórico parecida a la adoptada en estas páginas: «Supposons un argoment qui juge un homme à partir de ses actes: Cet homme est courageux, parce que, dans telle situation, il s'est conduit d'une façon courageuse; cet autre est lâche, parce qu'il s'est conduit en lâche. Rien de plus facile que de transformer de tels arguments, en principe contestables, en un syllogisme dont la majeure serait: tout homme possède la qualité que l'on n'hésite pas à attribuer à tel de ses actes. Mais que ne voit que cette majeure serait, dans toute sa géneralité, plus contestable que l'argument utilisé dans un cas particulier, car quelqu'un qui se conduirait une fois d'une façon courageuse et une autre fois d'une façon lâche devrait être qualifié de courageux et de lâche, ce qui nous mènerait vers une contradiction inévitable.» (*Logique juridique Nouvelle rhétorique,* Paris, Dalloz, 1976, pp, 2-3).

una norma universal precisa para sostener la tesis de que Julio tiene que ir al mar el fin de semana, parece depender (también) del hecho de que no queda del todo claro lo que pretende decir con las palabras que emite. Para entendemos, se podría sostener que él aduce una norma universal para sostener su tesis si especificase con una cierta precisión las razones fácticas que fundan la tesis, diciendo por ejemplo: «El domingo tienes que ir al mar, porque te lo ha pedido una persona que amas y que te ama, porque esta persona te pide raramente algo y está siempre dispuesta a satisfacer tus peticiones, porque satisfacer esta petición te cuesta sólo un pequeño sacrificio, porque satisfaciendo esta petición no violas ningún deber moral ni jurídico.» Se puede entonces destacar que en las justificaciones «retóricas» la falta de una premisa normativa, o la total indeterminación de ésta, se asocia generalmente a una indeterminación parcial o equivocidad del contenido explícito.

En mi opinión, sería no obstante equivocado afirmar que en una justificación «retórica» la falta de una premisa normativa, o su total indeterminación, depende de la indeterminación parcial del contenido explícito; en efecto, se podría incluso afirmar que se da la relación inversa, de modo que la indeterminación parcial del contenido explícito de una justificación «retórica» depende de la total indeterminación de su contenido implícito. A este respecto, se puede observar que el contenido explícito de la mayor parte de las justificaciones efectivamente ofrecidas por los hablantes podría ser considerado parcialmente indeterminado y/o equívoco, pero que sólo en algunos casos, esto es, en el caso de las justificaciones «retórica», esta indeterminación y/o equivocidad no puede ser eliminada. A modo de ejemplo, puede sostenerse que es equívoco el contenido explícito de la justificación G_1: «No debe ajusticiarse a los asesinos, ya que también ellos son hombres», en efecto, la palabra «hombres» podría ser entendida de forma que designara sólo a los seres humanos de sexo masculino, o bien a todos los seres humanos. Sin embargo, la posible equivocidad de las palabras de la justificación G_1 no hace efectivamente equívoca a la propia justificación y no impide encontrar una razonable premisa normativa implícita en la misma, de modo que podría afirmarse que el contenido explícito de la justificación G_1 no es efectivamente equívoco precisamente por la razón de que está claro el contenido implícito. La afirmación más razonable es entonces que la indeterminación parcial y/o equivocidad del contenido explícito y la extrema indeterminación del contenido implícito son simplemente dos caras de la misma moneda, es decir, dos caracteres generalmente concomitantes de una justificación «retórica»[18].

[18] Aunque es afirmado como conclusión de una discusión sobre las figuras retóricas de la metonimia y de la metáfora -y por tanto sobre un tema más bien distante del que se afronta en estas páginas- puede resultar en este punto sugestiva la afirmación de U. Eco, según la cual la retórica es «la lógica de los conceptos difusos» (*Trattato di semiotica generale*, Torino, Bompianti, 1975, p. 355).

La justificación G_3, que he utilizado como ejemplo de justificación «retórica», tiene por objeto una tesis normativa privada de relevancia social, pero se ofrecen justificaciones «retóricas» también en el curso de discusiones relativas a temas socialmente importantes, ya que no hay ninguna relación necesaria entre la importancia de la cuestión afrontada por un conjunto de hablantes y la racionalidad de los discursos con los que ellos la tratan. Se adoptan bastante comúnmente justificaciones «retóricas» para sostener tesis relevantes desde el punto de vista moral, político y jurídico; en particular, como intentaré mostrar en lo que sigue, deben considerarse «retóricas» las justificaciones que los jueces ofrecen para sostener sus tesis interpretativas.

4. Las tesis interpretativas de los jueves y los argumentos de la interpretación

La decisión judicial resulta justificada sobre la base de una correcta reconstrucción de los hechos jurídicamente relevantes y de una norma jurídica, o de una norma obtenida a partir de una norma jurídica mediante el razonamiento analógico; para simplificar la cuestión, sin embargo, no tendré en cuenta la eventualidad de que la decisión judicial dependa del resultado de una analogía jurídica. Este razonamiento puede ser reconstruido sobre la base del modelo del silogismo judicial[19], del que ofrezco el siguiente ejemplo:

[1] Si alguien ocasiona la muerte de un hombre, debe ser penado con reclusión por un período de 21 años.

[2] Ticio ha ocasionado la muerte de un hombre.

[3] Entonces, Ticio debe ser penado con reclusión por un período de 21 años.

La norma [1] es una norma jurídica general en base a la cual se ha tomado la decisión y que, por tanto, puede ser llamada regla de la decisión; la proposición [2] indica el hecho jurídicamente relevante que es objeto de juicio; la conclusión [3] constituye la norma singular producida con la decisión judicial. En el ejemplo que he propuesto el razonamiento judicial resulta muy simplificado, porque el hecho condicionante de la norma en base a la cual se toma la decisión es generalmente mucho más detallado, especificando un conjunto más bien complejo de condiciones de la obligación o de la sanción (por ejemplo, el estado mental del individuo sujeto a juicio, las condiciones externas en las que ha actuado, las motivaciones para actuar,

[19] Sobre el silogismo judicial, vid., entre otros, R. A. Wassertrom, *The Judicial Decision,* Stanford, Stanford University Press, 1961, pp. 12-38; J. Wróblewski, «Legal Syllogism and Rationality of Legal Decision», *Reclustheorie,* 5,1, 1974, pp. 33-46; una crítica en T. Mazzarese, *Forme di razionalità delle decisioni giudizialli*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 27-56.

etc.); porque en el caso en que en el hecho condicionantes estén indicadas las condiciones de una pena, ésta no es generalmente determinada de forma exacta por las normas jurídicas, que indican el mínimo y el máximo de una pena o dos penas alternativas; y finalmente porque la reconstrucción del hecho jurídicamente relevante está contenida en un conjunto de proposiciones relativas a varios aspectos relevantes a los fines del juicio, en cuanto condiciones de la obligación o de la sanción (por ejemplo, el estado mental del individuo sujeto a juicio, las condiciones externas en que ha actuado, las motivaciones para actuar, etc.). No obstante, para nuestros fines no es necesario tomar en consideración estas complicaciones.

El modelo del silogismo judicial ha encontrado espacio en varias teorías o doctrinas del razonamiento judicial, pero ha sido también objeto de variadas críticas. Sin embargo, no es necesario adherirse a esas críticas, ya que están dirigidas a tesis particularmente comprometidas que son a menudo asociadas al modelo del silogismo judicial, pero que aquí no pretende adoptar; me refiero, en particular, a la tesis según la cual una norma es válida por la simple razón de que constituye la conclusión de un silogismo cuyas premisas consisten en una norma jurídica que impone una obligación o una sanción y en una proposición fáctica[20], a la tesis según la cual deben o pueden limitarse a aplicar normas jurídicas sin exigir una interpretación[21], a la tesis según la cual el proceso intelectual con el que los jueces llegan a la decisión

[20] Esta tesis puede ser objeto de la menos dos objeciones. La primera es que ninguna norma puede constituir el resultado de una inferencia deductiva, por la razón de que no se dan relaciones lógicas entre las normas (tanto si son reales como jurídicas); la segunda es que una directiva no es una norma jurídica válida y de una proposición, por la razón de que una norma jurídica es válida sólo si ha sido producida por un órgano autorizado. La literatura reciente sobre estos temas es muy amplia; me limito a recordar: J. Jørgensen, «Imperatives and Logic», *Erkenntnis,* 7, 1937-38, pp. 288-296; A. Ross, «Imperatives and Logic», *Theoria*, 7, 194 1, pp. 53-71; R. M. Hare, *Practical Inferences*, London, MacMillan, 1971, pp. 1-21; H. Kelsen, «Recht und Logik», *Neues Forum*, 12, 1965, pp. 421-425, 495-500; G. H. von Wright, «Norms, Truth and Logic», en *Practical Reason*, cit., pp. 130-209, y «Is There a Logic of Norms?», *Ratio Juris*, 4, 1991, pp. 265-283; K. Opalek, L. Wolenski, «Os, Ought and Logic», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 73, 1987m pp. 373-384; C. E. Alchourrón, A. A. Martino, «Logic Without Truth», *Ratio Juris*, 3, 1990, pp. 46-67; O. Weinberger, «The Logic of Norms Founded on Descriptive Language», *Ratio Juris*, 4, 199 1, pp. 284-307; T. Mazzarese, «Deontic Logic as a Logic of Legal Norms: Two Main Sourses of Problems», *Ratio Juris*, 4, 1991, pp. 374-392.

[21] Estas tesis de corte iluminista, recibe su más conocida formulación en el fragmento de Cesare Beccaria relativo a la aplicación de la ley penal: «En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondrase como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. [...] No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley.» (*Dei delitti e delle pene* (1764), Torinio, Einaudi, 1965, pp. 15-16 -N. del T.: para la traducción de la cita de Beccaria se ha seguido la versión española: *De los delitos y de las penas*, Alianza editorial, trad. a cargo de J. A. de las Casas, Madrid, 1990, pág. 3l-). Las diversas objeciones dirigidas a esta tesis pueden reducirse a dos, una sobre el nivel de la metodología descriptiva

judicial es adecuadamente esquematizado por el modelo del silogismo judicial[22]. Adoptando el modelo del silogismo judicial, en efecto, pretendo simplemente sostener que una decisión judicial es correcta desde el punto de vista jurídico sólo si se obtiene de una norma jurídica general y de una proposición fáctica; que para mostrar que una decisión es correcta un juez debe aducir como justificación de la misma una norma jurídica general y una proposición fáctica, aunque no puede excluirse que algún juez, en alguna circunstancia, no lo haga.

El silogismo judicial constituye, entonces, un modelo de la justificación judicial al que puede asignarse tanto una función prescriptiva como una función descriptiva. El límite obvio de este modelo es que la parte más relevante del razonamiento es aquella en la que los jueces justifican o deberían justificar las premisas del silogismo judicial, esto es, la tesis de que se ha verificado un determinado evento provisto de relevancia jurídica y la tesis de que la regla de la decisión es una norma jurídica.

Lo que aquí interesa es la justificación interpretativa, esto es, la justificación en base a la cual se puede sostener que la regla de la decisión es expresada por un enunciado o por un conjunto de enunciados contenidos en un texto jurídico. Para mostrar que una decisión judicial es correcta puede no ser necesario el ofrecimiento de una justificación interpretativa, puede resultar evidente o no discutido que un enunciado o un conjunto de enunciados contenidos en un texto jurídico expresan la regla de la decisión. Muy

---

de la interpretación y otra sobre el nivel de la metodología prescriptiva de la interpretación. Según la primera, la ley es frecuentemente incierta o indeterminada, de modo que el juez necesariamente debe realizar la actividad interpretativa que Beccaria quisiera eliminar. Según la segunda, el juez no debe limitarse a aplicar la ley en su significado literal, porque su función es adaptarla a las exigencias sociales o a su propio sentido de justicia. Ambas objeciones pueden ser consideradas como expresiones de posiciones anti formalistas: sobre la oposición entre concepciones formalistas y antiformalistas, de la aplicación del derecho, vid. L. Gianformaggio, «Modelli di ragionamento giuridico», en U. Scarpelli (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milano, Comunità, 1983, pp. 131-152.

[22] Se trata de una tesis sobre la que se han ofrecido múltiples objeciones, pero que, al menos en tiempos recientes, desconozco que haya sido sostenida por algún teórico del derecho. La defensa del modelo del silogismo judicial ha sido generalmente realizada distinguiendo entre el contexto de la decisión, esto es, el proceso psicológico a través del cual el juez llega a tomar una decisión sobre el caso concreto, y el contexto de la justificación, es decir el razonamiento necesario para justificar la decisión tomada. Entre los autores que utilizan esta distinción: R. Wasserstrom, *op. cit.*, pp. 25-3 1; U. Scarpelli, «Le argomentazioni dei judici: prospettive di analisi», *Il Foro Italiano*, 94, 1970, supl. al nº 1, col. 59-82, reed. en U. Scarpelli, *L'etica senza verità,* Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 251-285, aquí pp. 280-294; J. Horovitz, *Law and Logic,* Wien, Springer, 1972, p. 6; M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, Cedam, 1975, pp. 213-216; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1978, pp. 15-16; A. Aarnio, *op. cit.*, pp. 77-78; se ofrecen algunas crítica, en T. Mazzarese, *op. cit.*, pp. 105-157.

frecuentemente, sin embargo, esto no sucede y deviene necesaria una justificación interpretativa a los ojos del propio juez.

Según esta reconstrucción, la justificación interpretativa tiene como objeto la afirmación de que la norma de la que deriva la decisión es expresada por el texto jurídico. Debe, no obstante, destacarse que muy a menudo la tesis interpretativa de que un determinado enunciado *E* expresa la norma *N*, o que un conjunto de enunciados E_1, E_2, E_3,... *E*, expresan la norma *N*, se sigue de una o más tesis interpretativas acerca del significado de cada una de las palabras o términos contenidos en el enunciado *E*, o en el conjunto de los enunciados E_1, E_2, E_3,... E_n. Por tanto, puede asumirse que una tesis interpretativa judicial consiste en una tesis relativa al significado de una expresión lingüística, que puede consistir en una palabra, un término o un enunciado, contenidos en un texto jurídico.

Algunas veces, en teoría del derecho, a los enunciados con los que se expresan tesis interpretativas se les atribuye el siguiente contenido: «*"T"*- significa *"S"*»[23]; *T* es en una palabra, un término o un enunciado contenido en un texto jurídico y *S* es una palabra, un término, un enunciado o un conjunto de enunciados cuyo significado resulta equivalente al significado de *T* en base a las razones adoptadas en la justificación. Esta formulación de la tesis interpretativa, en mi opinión, debe ser reformulada del siguiente modo:«Debe atribuirse a *"T"* el significado *"S"*» (o bien: «Es conveniente atribuir a *"T"* el significado "S"»). En efecto, por las razones que aclararé seguidamente, a mi juicio debe asumirse que las tesis interpretativas son tesis normativas (o valorativas) y no tesis teóricas[24].

Las cuestiones a afrontar en la presente discusión versan sobre las justificaciones de las tesis interpretativas de los jueces:¿qué contenido deberían tener esas justificaciones para poder ser consideradas justificaciones racionales? ¿qué contenido tienen efectivamente esas justificaciones? Antes de buscar una respuesta a estas cuestiones, es necesario advertir que los intérpretes de la ley están vinculados por reglas, en realidad muy indeterminadas, relativas al tipo de razones que pueden ser adoptadas en favor de una tesis interpretativa. Estas reglas, que pueden depender en parte, pero nunca completamente, de la decisión de un órgano legislativo[25], indican los argumentos interpretativos admitidos en la comunidad jurídica.

---

[23] Cfr. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 17-19, y «Interpretazione», en *Enciclopedia giuridica Treccani, vol.* 17, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1989, aquí pp. 2-3.

[24] Sobre este punto, por otra parte, deberían estar de acuerdo todos aquellos que sostienen que las proposiciones interpretativas de los jueces no son verdaderas ni falsas.

[25] En efecto, también las eventuales normas sobre la interpretación producidas por una autoridad en un ordenamiento jurídico son objeto de interpretación por parte los órganos aplicadores. A este respecto, véase la nota 32.

Con la expresión «argumentos interpretativos» se hace referencia a diversos tipos de razones en base a las cuales, en una determinada comunidad jurídica, puede ser justificada una tesis interpretativa. No es necesario ofrecer una lista completa de los argumentos interpretativos de la ley admitidos en nuestra comunidad[26]; por otro lado, también debe advertirse que cualquier posible lista, por amplía y detallada que sea, resulta en alguna medida incierta y potencialmente controvertida, por razones que no deben olvidarse y que destacaré enseguida.

A título de ejemplo, de todos modos, podemos decir que una lista de este tipo comprende el argumento del significado literal, según el cual puede justificarse la atribución a un enunciado legislativo del significado que éste expresa conforme con las convenciones de una lengua; el argumento de la constancia terminológica, según el cual puede ser justificada la atribución a un término contenido en un enunciado legislativo del mismo significado que el mismo término asume en otro enunciado legislativo; el argumento psicológico, según el cual puede ser justificada la atribución a un enunciado legislativo del significado en que fue usado por el legislador; el argumento psicológico-teleológico, que permite justificar la atribución a un enunciado legislativo del significado en que éste expresa la norma más adecuada para la obtención de los fines del legislador; el argumento teleológico, que permite justificar la atribución a un enunciado legislativo del significado en que éste expresa la norma más adecuada para alcanzar los fines de la ley; el argumento económico, o de la ausencia de redundancias, en base al cual se puede justificar la atribución a un enunciado legislativo de un significado distinto del otorgado a otro enunciado legislativo, a pesar de haber razones para atribuirles el mismo significado; el argumento equitativo, en base al cual puede justificarse la atribución a un enunciado legislativo del significado, entre todos los posibles, en que expresa la norma que permite una decisión judicial más justa.

Me detendré ahora en los argumentos interpretativos y en el modo que pueden ser utilizados por el intérprete, para presentar algunas observaciones que pueden ser útiles para delinear un modelo de la justificación interpretativa racional.

La primera observación es que los argumentos interpretativos sólo se utilizan cuando el significado de un texto jurídico es oscuro, insuficientemente determinado a los fines de la decisión o potencialmente o efectivamente controvertido. Ésta es una obviedad: si es evidente y no controvertido que un texto jurídico *T* expresa un significado *S*, el juez que entiende *T*

[26] Puede verse una amplia lista de los argumentos interpretativos de la ley en G. Tarello, *L'interpretazione della legge,* Milano, Giuffrè, 1980, pp. 345-387.

en el sentido *S* no ofrece ninguna tesis interpretativa susceptible de justificación. La justificación interpretativa resulta, en cambio, necesaria en el supuesto de que se atribuya a un texto jurídico *T* un significado S_1 distinto del significado *S* que, *prima facie*, es expresado por *T*, o en el caso en que a un texto jurídico *T* le sea atribuido el significado *S*, que aquél expresa *prima facie*, si otros intérpretes efectivamente atribuyen o podrían atribuir a *T* un diverso significado S_1.

Aunque sea banal, esta observación permite aclarar un aspecto fundamental acerca del uso de los argumentos interpretativos: estos argumentos son utilizados para justificar la atribución a un texto jurídico de un significado diverso del significado que tiene *prima facie*, por ser menos oscuro, o más determinado que éste, o más satisfactorio que éste; también son utilizados para justificar la atribución a un texto jurídico del significado que éste expresa *prima facie*, cuando otros significados son considerados o podrían ser considerados más satisfactorios por otros intérpretes. Se puede asumir que el significado *prima facie* de un texto jurídico es el significado literal, esto es, el significado que los enunciados contenidos en el texto expresan en base a las convenciones lingüísticas de la lengua en que están formulados y considerando sus recíprocas relaciones. Así, el significado que se atribuye *prima facie* a un texto jurídico es el significado en que este texto es inmediatamente comprendido por un sujeto provisto de una adecuada competencia lingüística.

El significado literal de un enunciado legislativo, o de una palabra o de un término contenidos en un enunciado legislativo, puede no ser suficientemente claro o suficientemente determinado a los efectos de la decisión. El significado literal de un enunciado legislativo *E* no está suficientemente determinado a los efectos de la decisión si *E* expresa prima facie una norma *N* que por su indeterminación no puede ser usada en la decisión judicial, siendo dudoso sí el caso objeto del juicio cao o no bajo su alcance. Si una norma *N*, expresada prima facie por un enunciado legislativo *E*, está indeterminada a los efectos de la decisión, en necesario precisar el significado literal de *E*, es decir, atribuir a *E* un significado en el que *E* exprese, *all thing considered*, una norma *N*, que permita resolver, de un modo u otro, el caso objeto del juicio. También es posible que el significado literal de un enunciado legislativo sea suficientemente claro y suficientemente determinado a los efectos de la decisión y que, sin embargo, el sujeto que realiza la interpretación, u otros intérpretes de la comunidad jurídica, sostengan que otros significados sean más satisfactorios. En el supuesto en que el juez tenga alguna razón para considerar insatisfactorio el significado literal, proceder a realizar la comúnmente denominada interpretación correctiva.

Para concluir, se puede afirmar que los argumentos interpretativos son utilizados en el caso de que sea necesario aclarar o precisar el significado *prima facie* de un texto jurídico, o bien en el caso de que el intérprete sostenga auspiciable o posible una corrección del significado *prima facie*.

La segunda observación señala que muy frecuentemente argumentos interpretativos distintos, o incluso los mismos argumentos interpretativos, permiten precisar o corregir de distintos modos el significado *prima facie* de un texto jurídico. En otros términos, sobre la base de los argumentos interpretativos admitidos en nuestra comunidad jurídica es posible atribuir significados distintos a un mismo texto jurídico. Todo esto es suficientemente conocido. En cuanto a la posibilidad de que argumentos interpretativos distintos permitan justificar atribuciones de significados diversos a un mismo enunciado legislativo, cabe decir que, por ejemplo, es posible que el significado de un enunciado legislativo E sea S_1 si se toma en cuenta la intención del legislador y sea, en cambio, S_2 si se toman en cuenta los fines del legislador. En cuanto a la posibilidad de que un mismo argumento interpretativo permita justificar atribuciones de significados diversos a un mismo enunciado legislativo, debe destacarse que algunos argumentos interpretativos, entre ellos, por ejemplo, el argumento teleológico, requieren de los intérpretes juicios de valor que pueden resultar en muchos casos en contraste. De todos modos, por razones de simplicidad no me ocuparé en las páginas que siguen de esta segunda posibilidad.

La tercera observación concierne al hecho de que muchos argumentos interpretativos pueden ser utilizados conjuntamente con otros y que algunos argumentos interpretativos pueden ser utilizados sólo donde han sido usados ya otros argumentos interpretativos. En primer lugar, un argumento interpretativo puede ser utilizado conjuntamente con otro si ambos permiten justificar la misma atribución de significado. En segundo lugar, algunos argumentos interpretativos pueden ser usados conjuntamente con otros, siendo ambos necesarios para justificar una atribución de significado a un texto jurídico; por ejemplo, el argumento de la constancia terminológica puede ser usado conjuntamente con el argumento psicológico para atribuir a una palabra P contenida en un enunciado legislativo E el mismo significado que la palabra P asume en el enunciado E_1 que, a su vez, es interpretado a la luz de la intención del legislador.

No obstante, hay argumentos interpretativos que sólo pueden ser usados si se usan también otros argumentos interpretativos[27]. Me refiero a los argumentos que no pueden ser usados para atribuir un determinado significado

[27] Una observación parecida a ésta está en la base de la distinción entre argumentos interpretativos completos e incompletos en G. Tarello, *op. cit.*, p. 394.

S a un texto jurídico sino para realizar una elección entre dos o más significados distintos S_1, S_2, S_3,... S_n que pueden ser atribuidos a un texto jurídico en base a otros argumentos. Por ejemplo, el argumento equitativo no justifica directamente la atribución de un significado *S* a un enunciado legislativo *E*, pero justifica la elección del significado en que *E* expresa la norma que permite la decisión más justa para un caso concreto, dados varios significados posibles en *E*; pues bien, sólo después de haber destacado que es posible atribuir diversos significados a *E* sobre la base de distintos argumentos interpretativos, el intérprete puede realizar esa elección. Análogo, desde este punto de vista, es el argumento económico, que justifica la exclusión del conjunto de dos o más significados posibles de un enunciado legislativo *E* del significado en que *E* expresa la misma norma expresada por el enunciado legislativo E_1.

La última observación concierne al hecho de que algunos argumentos interpretativos pueden resultar inutilizables en algunas circunstancias, mientras otros pueden ser utilizados en cualquier circunstancia. Algunos argumentos, por su propia naturaleza, pueden ser utilizados únicamente en algunas circunstancias; por ejemplo, el argumento económico es utilizable sólo en el caso en que uno de los posibles significados de un enunciado legislativo *E* sea igual al de otro enunciado legislativo E_1. Otros argumentos, en cambio, si bien en abstracto son utilizables en cualquier circunstancia, en concreto no pueden a veces ser usados, por la razón de que no permiten justificar ninguna tesis interpretativa. Por ejemplo, no hay ningún límite necesario al uso del argumento psicológico, pero este argumento no puede usarse si faltan indicios relativos al significado que el legislador pretendía atribuir a un determinado enunciado legislativo. No obstante, hay argumentos interpretativos a los que el intérprete puede recurrir en cualquier circunstancia, porque siempre permiten atribuir un significado suficientemente determinado a un enunciado legislativo a los efectos de la decisión. Entre estos, se puede contar el argumento teleológico, ya que a partir de la constatación de que una norma *N*, expresada *prima facie* por un enunciado legislativo *E*, permite en general perseguir una variedad de fines, es siempre posible atribuir a *N*, mediante un juicio de valor, una determinada finalidad relevante *F* que permite precisar o corregir el alcance de *N*.

5. La justificación racional de las tesis interpretativas de los jueces

A partir de las observaciones relativas a los argumentos interpretativos y al modo en que pueden ser utilizados, es posible ahora extraer algunas conclusiones útiles para delinear un modelo de la justificación racional de las tesis interpretativas de los jueces.

A los efectos e este trabajo, a observación mas relevante es a que concierne al hecho de que, frecuentemente, argumentos interpretativos diversos permiten justificar tesis interpretativas en contraste. En base a esta observación, se puede concluir que, al menos en los casos en que pueden ser ofrecidas tesis interpretativas en contraste, una tesis interpretativa no puede ser justificada sólo en base a uno o más argumentos interpretativos, sino que debe ser justificada al menos en base a otra razón, según la cual algunos argumentos interpretativos son mejores que otros, o bien es bueno que sean usados o deben ser usados preferentemente respecto a otros. Intentaré aclarar esta conclusión.

El hecho de que a un mismo texto jurídico le sean atribuibles significados diversos no es en absoluto sorprendente, dado que ya es generalmente compartida la idea de que la mayor parte de los textos, ya sean jurídicos, literarios, religiosos o filosóficos, pueden ser entendidos en sentidos distintos. Decir que un mismo texto puede ser entendido en sentidos diversos equivale a decir que hay diferentes razones relevantes en base a las cuales esos significados pueden ser atribuidos a ese texto. Ahora bien, en muchos casos estas razones pueden presentarse en el razonamiento del intérprete como «indicios» en contraste del significado del texto interpretado, o como «indicios» en contraste relativos a aquello que efectivamente pretendía decir el autor del texto, sea este un sujeto provisto de existencia en un determinado momento histórico o un autor conjetural al que sea razonablemente posible atribuir determinadas creencias u opiniones morales, el respeto de determinadas convenciones narrativas, etc.[28]. Siendo así, el razonamiento con el que se justifica la atribución de un significado controvertido a un texto puede ser considerado como un razonamiento abductivo, esto es, como un razonamiento teórico, no plenamente constrictiva y, por ello, controvertible.

Pero, ¿puede concebirse el razonamiento del juez intérprete como un razonamiento abductivo realizado sobre la base de «indicios» del significado del texto jurídico? Es decir, ¿pueden concebirse los argumentos interpretativos adoptados por los jueces en favor de sus tesis interpretativas como «indicios» del significado del texto jurídico? A mi juicio, esto no es posible, ya sea por el carácter de los diversos argumentos interpretativos o por el modo en que se presentan generalmente en las controversias interpretativas relativas al significado de los textos jurídicos.

Veamos un ejemplo para aclarar este punto. Supongamos que dos intérpretes atribuyen significados diversos a un mismo texto jurídico, uno de

[28] Sobre la hipótesis interpretativa como resultado de una abducción, vid. U. Eco, *Trattato di semiotica generale,* cit., pp. 183-191, e *I limiti dell'interpretazione,* Torino, Bompiani, 1990, pp. 34, 224-225; cfr. también M. D. Bybee, «Abduction and Rhetorical Theory», Philosopphy and Rhetoric, 24, 199 1, pp. 281-300.

ellos sobre la base del argumento psicológico y el otro sobre la base del argumento psicológico-teleológico; pues bien, ¿puede sostenerse que el desacuerdo entre los dos intérpretes versa sobre el peso a asignar a distintos «indicios» del significado de un mismo texto? De hecho, el intérprete que utiliza el argumento psicológico hace valer algunos indicios relativos a la intención de un legislador histórico de atribuir un determinado significado a un texto jurídico, mientras que el intérprete que utiliza el argumento psicológico- teleológico hace valer algunos indicios relativos a la finalidad que se proponía perseguir un legislador histórico con la emanación de una determinada ley; para que este desacuerdo sea racional se necesita presuponer que esta versa sobre la cuestión de si el significado del texto jurídico depende de la intención del legislador o, en cambio, de los fines del legislador y no sobre el peso a asignar a «indicios» en contraste del significado del texto jurídico.

Puede asumirse que los desacuerdos de este tipo, si se conciben como racionales, versan sobre el principio metodológico a seguir en la interpretación, esto es, sobre un principio que indica la utilización preferente de algunos argumentos interpretativos sobre otros y que se sitúa en una doctrina de la interpretación cuyo fundamento reside en un conjunto de principios morales relativos a la finalidad del derecho, de la ley y de la actividad de los jueces[29]. En efecto, la cuestión de si el significado de los textos jurídicos depende de la intención del legislador o de los fines del legislador, o, por ejemplo, de los fines que pueden ser razonablemente asignados a la ley, etc., es sensata sólo en cuanto cuestión relativa al mejor modo de atribuir un significado a los textos jurídicos, teniendo en cuenta los valores éticos y políticos que asuman relevancia a este respecto[30]. Por lo demás, esto es cuanto se obtiene también de un examen de las variadas doctrinas metodológicas ofrecidas por los juristas en los dos últimos siglos, en los cuales se han propuesto principios metodológicos más o menos precisos sobre la base de ideas

[29] El hecho de que sea necesaria una regla para resolver los posibles conflictos entre argumentos o entre métodos de interpretación es, a menudo, destacado en la teoría del derecho; por ejemplo, cfr. K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken,* 8ª ed., Stuttgart, Kohlhammer, 1983, pp. 82-84; J. Wróblewski, «Legal Reasoning in Legal Interpretation», *Logique et analyse*, 12, 1969, reed. en J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Legal Decision*, Helsinki, A-TIETO Oy, 1983, pp. 71-103, aquí pp. 77-80; J. Wróblewski, «Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche», trad. it. de L. Gianformaggio, en L. Gianformaggio y L. Lecaldano, *Etica e diritto,* cit., pp. 203-226, aquí p. 2 10; R. Alexy, «Interpretazione giuridica», en *Enciclopedia delle scienze sociali.* Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1996, pp. 64-7 1, aquí p. 70.

[30] En otros términos, se trata de una cuestión de metodología prescriptiva (o normativa o directiva) de la interpretación; sobre la metodología de la interpretación jurídica, vid. N. Bobbio, «Método», en *Novissimo digesto italiano*, vol. 10, Torino, UTET, 1964, pp. 602-606; U. Scarpelli, «Il metodo giuridico», *Rivista di diritio processuale*, 26, 1971, pp. 553-574.

diversas relativas a los valores y a la finalidad del derecho y de la ley (vistos unas veces en el orden y en la certeza de las relaciones sociales, otras en la tutela de los intereses sociales relevantes, otras en relación al sentido social de la justicia, etc.) y a las funciones del juez (visto unas veces como mero ejecutor de los mandatos del legislador, otras como participante en espíritu de cooperación al trabajo de producción normativa iniciado por el legislador, otras como creador de una norma justa para un caso concreto desvinculado de la voluntad abstracta del legislador)[31].

En conclusión, entonces, si dos significados diversos S_1 y S_2 pueden ser atribuidos a un mismo texto jurídico T sobre la base de dos diversos argumentos interpretativos A_1 y A_2 admitidos en la comunidad jurídica, los argumentos A_1 y A_2 constituyen en la comunidad jurídica razones en base a las cuales dos diversos significados *pueden* ser atribuidos al texto T; pero para sostener, como hacen los jueces, que un determinado significado *debe* ser atribuido al texto T es necesario aducir razones ulteriores y, en primer lugar, una razón para preferir un argumento al otro; y esta razón es ofrecida por un adecuado principio metodológico.

Dado este carácter de las controversias interpretativas de los jueces, o de gran parte de las controversias, se puede asumir que las tesis interpretativas de los jueces y sus justificaciones no son teóricas sino normativas (o valorativas). La justificación interpretativa de los jueces es, entonces, racional si está conforme con un modelo deductivo del mismo tipo de que ha sido delineado *supra*.

No obstante, para esclarecer mejor el modelo de la justificación interpretativa racional es oportuno hacer una breve referencia a los caracteres fundamentales del principio metodológico de la interpretación, es decir, de la premisa normativa de esta justificación.

En primer lugar, puede asignarse a este principio un contenido diverso por jueces diversos. En efecto, si argumentos interpretativos distintos permiten atribuir significados distintos a un mismo texto jurídico, los jueces tienen la posibilidad de elegir uno u otro argumento y justificar esa elección sobre la base de un adecuado principio metodológico[32].

---

[31] De l'*Ecole de l'Exégèse* francese al *Law as integrity* de Dworkin, la historia de las doctrinas metodológicas de la interpretación ocupa una gran parte de la historia del pensamiento jurídico moderno.

[32] En varios ordenamientos están presentes reglas de derecho positivo relativas a la interpretación y a la aplicación de la ley aptas para restringir el ámbito en el que puede realizarse la elección de un principio metodológico de la interpretación. Entre estas reglas pueden mencionarse, por ejemplo, las expresadas por los arts. 12 a 14 de las Disposiciones preliminares al Código civil italiano: la primera indica los modos en que debe ser atribuido un significado a los textos jurídicos, mientras que la segunda prohíbe la aplicación analógica de las leyes penales y excepcionales. Generalmente, sin embargo, estas reglas están suficientemente indeterminadas

En segundo lugar, puede asumirse que un principio metodológico es satisfactorio si puede ser utilizado en una gran variedad de circunstancias diversas y si indica variados argumentos interpretativos, especificando las condiciones en que deben ser utilizados. En el apartado precedente, tratando de los argumentos interpretativos, ha hecho las siguientes observaciones: a parte del argumento de la interpretación literal, los demás argumentos interpretativos deben ser necesariamente utilizados para precisar el significado que un texto jurídico tiene *prima facie*, si no está suficientemente determinado a los efectos de la decisión, y pueden ser usados para corregir el significado que un texto jurídico tiene *prima facie* si es considerado insatisfactorio; argumentos interpretativos distintos pueden ser utilizados para precisar o corregir de distintos modos el significado *prima facie*; algunos argumentos interpretativos pueden ser usados conjuntamente y algunos sólo pueden ser utilizados si se usan también otros; algunos argumentos interpretativos no pueden ser usados en algunas circunstancias. Sobre la base de estas observaciones se puede concluir que un principio metodológico satisfactorio debe indicar uno o más argumentos interpretativos, especificando si deben ser usados sólo para precisar el significado *prima facie* de los textos jurídicos, en el caso en que no esté suficientemente determinado a los efectos de la decisión, o bien también para corregir ese significado, en el caso en que sea insatisfactorio; si especifica que estos argumentos deben ser utilizados también para corregir el significado *prima facie* de los textos jurídicos, tiene que especificar también las circunstancias en que aquel significado debe ser corregido, en cuanto que insatisfactorio; puede indicar conjuntos de argumentos interpretativos a utilizar conjuntamente y/o secuencias de argumentos interpretativos a utilizar sucesivamente; si entre los argumentos que indica hay alguno de los que pueden resultar inutilizables en algunas circunstancias, debe indicar también otros argumentos a utilizar en sustitución de aquéllos, cuando aquellas circunstancias se presenten.

para conseguir una amplia posibilidad de elección entre principios metodológicos en contraste. Pueden incluso imaginarse reglas de derecho positivo que limiten de forma sustancial la elección entre principios metodológicos, indicando con precisión los argumentos interpretativos a los que deben recurrir los jueces y estableciendo un orden de preferencia entre esos argumentos; sin embargo, ninguna regla de este tipo puede impedir que, al menos a veces, se haga necesaria una elección entre principios metodológicos. Como toda regla, en efecto, también una regla de este tipo estará (en alguna medida) indeterminada; además, una regla de este tipo no podrá, de todos modos, indicar los argumentos interpretativos en base a los cuales deba atribuirse un preciso significado a la formulación por la que ella misma es expresada, por la simple razón de que una norma no puede prescribir y ser al mismo tiempo el objeto de la prescripción (al respecto, cfr. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, London, Oxford University Press, 1961. cap. 5, en referencia a la norma que indica los criterios de pertenencia de un sistema jurídico; A. Ross, «On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law», *Mind*, 78, 1969, pp. 1-24, en referencia a las normas constitucionales relativas al procedimiento de reforma de la constitución).

En tercer lugar, los principios metodológicos deben tener un alcance universal. Según el modelo de la justificación racional que he presentado en el segundo apartado, si en una justificación normativa se utiliza una norma moral, debe ser usada en su forma universal. Ahora, debe asumirse que los principios metodológicos consisten en normas morales, por las razones de que no son puestos por algún órgano provisto de competencia, no dependen de la costumbre y encuentran su fundamento en un conjunto de principios y valores morales. Los principios metodológicos, entonces, en cuanto consisten en normas universales, no indican una única circunstancia en la que un argumento interpretativo deba ser usado, sino el tipo de circunstancias en que un argumento interpretativo debe ser utilizado. En efecto, si hay razones para que un juez deba utilizar en una circunstancia uno o más argumentos interpretativos, esas mismas razones deben valer para todo juez que se encuentre actuando en una circunstancia del mismo tipo. Las circunstancias a las que me refiero incluyen tanto el tipo de ordenamiento jurídico en que el juez se encuentra actuando como las circunstancias específicas que se presentan o pueden presentarse en el curso de la interpretación. Por ejemplo, un principio metodológico podría prescribir que todos los jueces que actúen en un sistema de derecho codificado deben atribuir a los enunciados legislativos el significado que expresan literalmente, y recurrir al argumento psicológico únicamente en el caso en que el significado *prima facie* de una formulación legislativa esté indeterminado a los efectos de la decisión y con el único fin de precisar el significado *prima facie*. Otro principio metodológico podría prescribir que todos los jueces que actúen en un ordenamiento jurídico en el que son válidos principios constitucionales relativos a derechos fundamentales de los individuos, deben atribuir a los enunciados legislativos los significados en que éstos expresen las normas más coherentes con aquellos principios, incluso si eso a veces conlleva que a un texto jurídico deba atribuírsele un significado parcialmente en contraste con el significado literal. Se puede observar que este último principio, a diferencia del precedente, autoriza a los jueces a realizar una interpretación correctiva.

Finalmente, si bien el contenido de los principios metodológicos adoptados por los jueces puede ser diverso, todos ellos deben ser aceptables. Un principio metodológico puede ser inaceptable al menos por dos razones: porque prescribe la utilización de argumentos interpretativos inaceptables en la comunidad jurídica o porque establece condiciones inaceptables para utilizar tales argumentos. Por ejemplo, sería inaceptable el argumento en base al cual se atribuyera a un enunciado legislativo el significado en el que expresa la norma más adecuada para la obtención de las finalidades de un organismo religioso o de la secretaría de un partido político. Sería, en cambio, una condición inaceptable para el uso de argumentos interpretativos

aceptables aquella que estableciera que, cuando algún hombre político poderoso esté directa o indirectamente interesado en la decisión judicial, los jueces deben utilizar entre los argumentos interpretativos admitidos en la comunidad jurídica, aquellos que permitan obtener la norma más adecuada para la satisfacción de los intereses del poderoso hombre político.

Así, para retomar el hilo del discurso, las justificaciones interpretativas de los jueces son justificaciones normativas que, por tanto, pueden ser consideradas racionales únicamente si se adecuan al modelo deductivo y están basadas en una premisa normativa constituida por un principio metodológico provisto de las características que he señalado supra. No es posible esbozar aquí de forma satisfactoria una justificación de este tipo, por lo que me limitaré a ofrecer una esquematización en la que tanto el razonamiento necesario para justificar una tesis interpretativa como el contenido del principio metodológico estarán muy simplificados.

PRINCIPIO METODOLÓGICO DE LA INTERPRETACIÓN	[1] En un ordenamiento que presenta los caracteres *A*, *B* y *C*, debe atribuirse a todo enunciado legislativo el significado literal, es decir, el significado que aquél expresa de acuerdo con las reglas de la lengua en uso en la comunidad jurídica, y únicamente debe ser atribuido un significado distinto del literal, sobre la base de la intención del legislador que puede obtenerse de los trabajos preparatorios, a los enunciados que expresan un significado literal indeterminado a los efectos de la decisión, siempre que el significado atribuido sea más preciso que éste pero no en contraste con el mismo.
RAZONAMIENTO REALIZADO PARA ATRIBUIR UN SIGNIFICADO SUFICIENTEMENTE DETERMINADO A LOS EFECTOS DE LA DECISIÓN	[2] El enunciado legislativo *E*, del ordenamiento *X* que presenta los caracteres *A*, *B* y *C,* expresa el significado literal *N* indeterminado a los efectos de la decisión.
	[3] En consecuencia, debe atribuirse al enunciado legislativo *E* un significado distinto de *N*, más preciso pero no en contraste con él, sobre la base de la intención del legislador que puede obtenerse de los trabajos preparatorios de la ley *L* en la que está contenido el enunciado *E*.
	[4] En base a la intención del legislador que puede obtenerse de los trabajos preparatorios de la ley *L,* es razonable atribuir al enunciado *E* el significado N_1, más preciso que *N*, pero no en contraste con *N*.

TESIS INTERPRETATIVA	[5] En consecuencia, debe atribuirse al enunciado legislativo *E* el significado N_1.

Todas las premisas de esta justificación podrían resultar controvertidas en la comunidad jurídica. La premisa [1] consiste, en efecto, en un principio metodológico estrictamente formalista, que autoriza al intérprete a hacer uso únicamente del argumento psicológico y prohíbe la interpretación correctiva, al que pueden ser contrapuestos una gran variedad de principios metodológicos más moderadamente formalistas o antiformalistas. El contenido de la premisa [2] puede ser controvertido porque, no siendo posible delimitar con precisión la clase de casos a los que no está determinado si se aplica una expresión lingüística, puede suceder que dos intérpretes estén en desacuerdo acerca de si un caso está o no comprendido en la clase de los casos en que no está determinado si se aplica una expresión lingüística contenida en el enunciado *E*, disintiendo en consecuencia sobre la cuestión de si el significado literal de un enunciado legislativo *E* está o no indeterminado a los efectos de la decisión sobre cierto caso[33]. El contenido de la premisa [4] puede ser controvertido por la razón de que los trabajos preparatorios pueden ser susceptibles de interpretaciones diversas o, de todos modos, permitir diferentes atribuciones de significado al enunciado legislativo *E*.

Sea como sea, sobre la base del modelo de la justificación normativa racional, adoptado en el segundo apartado, y del examen de la interpretación jurídica desarrollado en el tercer apartado, esta justificación constituye un ejemplo de justificación interpretativa racional. El problema que queda por afrontar es si las justificaciones interpretativas efectivamente ofrecidas por los jueces presentan la misma estructura que ésta y, en particular, si contienen al menos implícitamente un principio metodológico adecuado.

6. Las justificaciones interpretativas de los jueces como justificaciones «retóricas»

Es un hecho que en las justificaciones interpretativas de los jueces, desde el punto de vista de su contenido explícito, está ausente la necesaria premisa normativa constituida por un principio metodológico de la interpretación. A mi juicio, es también evidente que sería forzado considerar implícito

[33] Acerca de la imposibilidad de delimitar con precisión la clase de los casos a los que no está determinado si se aplica una expresión lingüística, o sea la clase de los casos de aplicación de un término, vid. B. Russell, «Vagueness», *Australasian Journal of Philosophy*, 1, 1923, pp. 84-92, aquí, p. 87; M. Black, «Reasoning with Loose Concepts», *Dialogue*, 2, 1963-64, pp. 1-12, aquí p. 8; J. Raz, «Legal Reasons, Sources and Gaps», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,* Beiheft 11, 1979, pp. 197-216, reed. en J. Raz, *The Authority of Law,* cit., pp. 53-77, aquí pp. 73-74; C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 4.

en esas justificaciones un principio metodológico. Mas precisamente, sostengo que añadiendo a las justificaciones interpretativas judiciales las premisas necesarias para adecuarlas al modelo de la justificación racional no se explicitaría lo que en ellas está implícito sino que se elaborarían nuevas justificaciones, emparentadas pero distintas de aquéllas.

No es necesario aducir pruebas para mostrar que las justificaciones interpretativas de los jueces no indican expresamente un principio metodológico adecuado para justificar la tesis de que un determinado significado debe ser atribuido a un texto jurídico con preferencia a otros significados posibles, porque eso puede ser simplemente constatado con una lectura de esas justificaciones. A veces contienen afirmaciones genéricas acerca de la relevancia de algún argumento interpretativo[34], pero en general no hay nada capaz de suministrar un fundamento general al razonamiento interpretativo. Para mostrar que un principio metodológico de la interpretación no puede ni siquiera ser considerado implícito en las justificaciones judiciales, creo que es oportuno examinar brevemente, a título ejemplificativo, un fragmento de una justificación interpretativa judicial.

En el fragmento que tomo en consideración se sostiene que a la expresión «daño no patrimonial», contenida en el art. 2059 del código civil italiano, se le debe atribuir el significado de «daño moral, es decir, alteración, aflicción del ánimo, sufrimiento»[35]:

> [...] el legislador ha usado la expresión daño no patrimonial, a parte del art. 2059 cod. civ., sólo en otras tres normas: el art. 89 cod. proc. civ, y los arts. 185 y 598 cod. pen., cuya interpretación es absolutamente pacífica en el sentido de que hacen referencia a otras tantas hipótesis de daño moral. Ahora bien, si es bastante fácil y trivial identificar el bien protegido por las normas de los arts. 89 cod. proc. civ. y 598 cod. pen. en el ámbito de los cuales la ofensa forma parte de un daño moral, es importante, en cambio, subrayar la circunstancia de que el mismo contenido sea atribuido también al artículo 185 cod. pen. porque, efectivamente, un delito produce daños no patrimoniales de los tipos más diversos y, entonces, el hecho de que la interpretación absolutamente pacífica del artículo 185 cod. pen. haya restringido el ámbito de tales daños no patrimoniales -relevantes a los fines de la indemnización- únicamente a los daños morales y el hecho de que la misma noción esté -por necesidad lógica- presente en los arts. 89 cod. civ. y 598 cod. pen. demuestran que el legislador, todas las veces que ha usado la expresión, he pretendido, en realidad, referirse al daño moral (alteración, aflicción del ánimo, sufrimiento). Y en base a estas afirmaciones parece correcto concluir que la misma expresión de] artículo 2059 cod. civ. deba tener

[34] Puede verse un examen de las máximas de la jurisprudencia italiana relativas a los argumentos interpretativos en R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, pp 397-406.

[35] El artículo 2059 del código civil italiano tiene el siguiente contenido: «El daño no patrimonial sólo debe ser resarcido en los casos determinados por la ley».

el mismo significado, no tanto y no sólo por razones sistemáticas sino sobretodo porque se trata de una simple norma de reenvío[36].

En consecuencia, según esta argumentación hay razones para atribuir a la expresión «daño no patrimonial» contenida en el art. 2059 cod. civ. el significado de «daño moral». Pero, ¿de qué razones se trata? Indudablemente, uno de los argumentos utilizados es el de la constancia terminológica: este significado puede ser atribuido a la expresión contenida en el art. 2059 cod. civ. por la razón de que la misma expresión puede ser entendida en ese mismo sentido en otros artículos. Pero, ¿por qué en los artículos esta expresión puede ser entendida en el sentido de «daño moral»? La respuesta a esta pregunta es cuanto menos vaga y equívoca.

En efecto, en la justificación se hace expresa referencia a la intención del legislador; entonces, podría sostenerse que se adopta el llamado argumento psicológico. Sin embargo, esto contrasta con el hecho de que no se aporta ninguna prueba para mostrar que realmente el legislador histórico pretendiera referirse únicamente a los daños morales al usar la expresión «daño no patrimonial». Se destaca correctamente que en los arts. 89 cod. proc. civ. y 598 cod. pen. la expresión «daño no patrimonial» designa evidentemente los daños morales[37]; pero esto no es suficiente para sostener que los autores de los textos contenidos en los dos artículos entendieran la expresión «daño no patrimonial» con el significado de «daño moral», del mismo modo que no sería suficiente destacar que en una determinada circunstancia un hablante usa la palabra «árbol» para indicar un tilo para sostener que él usa la palabra «árbol» exclusivamente con el significado de «tilo». Por cuanto concierne al significado que la expresión «daño no patrimonial» asume en el artículo 185 cod. pen.[38],en la justificación se afirma simplemente que los intérpretes tradicionalmente atribuyen a esta expresión el significado de «daño moral»; pero esto, obviamente, no constituye una prueba del hecho de que la expresión haya sido entendida con ese significado por

[36] Sentencia del *Tribunale di Genova*, 25 de mayo de 1974, *Giurisprudenza italiana*, 1975, 1, 2, pp. 54-72.

[37] Art. 89 cod. proc. civ.: «En los escritos presentados y en los discursos pronunciados ante el juez, las partes y sus defensores no deben usar expresiones inconvenientes u ofensivas. El juez [...] puede [...] asignar a la persona ofendida una suma a título de indemnización del daño, incluso no patrimonial, sufrido cuando las expresiones ofensivas no versan sobre el objeto de la causa». Art. 598 cod. pen.: «No son punibles las ofensas contenidas en los escritos presentados o en los discursos pronunciados por las partes o por sus defensores en los procedimientos ante la Autoridad judicial [...] cuando las ofensas conciernen al objeto de la causa [...] El juez, pronunciando sentencia, puede [...] asignar a la persona ofendida una suma a título de indemnización del daño no patrimonial [...]».

[38] Art. 185.2 cod. pen.: «Todo delito que haya ocasionado un daño patrimonial o no patrimonial obliga al culpable a indemnizar [...]».

el legislador. Así, la precisa razón por la cual la expresión «daño no patrimonial» puede ser entendida en el sentido de «daño moral» no es en absoluto clara. Podría pensarse que el argumento interpretativo utilizado sea, a pesar de todo, el psicológico; o bien que, dada la alegación de una presunta interpretación consolidada del art. 185 cod. pen., sea utilizado el argumento de autoridad. Sin embargo, en realidad, toda reconstrucción precisa de esta argumentación no es otra cosa que un abandono de su efectivo contenido, que es irreduciblemente indeterminado y equívoco.

Pues bien, si no está claro qué argumentos interpretativos se adoptan en la justificación, no puede tampoco estar claro qué principio metodológico está implicado en la misma. En otros términos, la justificación interpretativa, dado su irreducible indeterminación y equivocidad, no puede tener una reconstrucción plausible conforme al modelo de la justificación racional. O bien, una reconstrucción de este tipo no es imposible, pero constituiría una alteración de la justificación examinada más que una reconstrucción de la misma.

El fragmento de la justificación judicial examinado no constituye una excepción, ya que sucede a menudo que las justificaciones interpretativas de los jueces son parcialmente indeterminadas y/o equívocas. A este respecto, debe incidentalmente señalarse como esta indeterminación y equivocidad dificulta no sólo la identificación de los argumentos interpretativos usados en una determinada justificación, sino también la redacción de una lista completa y satisfactoria de los argumentos interpretativos. Un argumento interpretativo consiste, en efecto, en una razón aceptable que puede ser adoptada para sostener una tesis interpretativa; pero siendo a menudo confusas las razones adoptadas por los jueces para sostener las tesis interpretativas, una clasificación de estas razones requiere una cierta dosis de arbitrio. Por ejemplo, he distinguido *supra* el argumento psicológico-teleológico, o de los fines del legislador, del argumento teleológico, o de los fines que pueden razonablemente asignarse a las normas; pero, ¿es realmente legítima esta distinción? y ¿cómo puede trazarse exactamente?

Esta distinción refleja la existente entre doctrinas subjetivistas y doctrinas objetivistas de la interpretación[39]; pero ¿estos dos argumentos son usados realmente por los jueces? De hecho, los jueces habitualmente se refieren a la intención del legislador y no a las finalidades de la ley[40]; sin embargo,

[39] Sobre esta distinción entre dos doctrinas de la interpretación o entro dos actitudes del intérprete, vid. K. Engisch, *op. cit.*, cap. 5. Sobre el carácter necesariamente difuso de esta distinción, vid. A. Ross, On Lavi, and Justice, London, Stevens, 1958, pp. 142-144.

[40] Me refiero obviamente a los jueces italianos, cuya apelación al legislador puede suponerse condicionada por el respeto formal al art. 12 de las Disposiciones preliminares al Código Civil, que prevé la aplicación de la ley atribuyéndole «el sentido [...] que resulte del significado propio de las palabras según su conexión y de la intención del legislador».

muy frecuentemente asignan a las normas jurídicas determinados fines sobre la base de una reconstrucción sistemática del derecho, sin aducir pruebas (contenido de los trabajos preparatorios, problemas a resolver en el momento de la producción de la ley, etc.) del hecho de que el legislador histórico efectivamente se ha propuesto esos fines. ¿Es esto suficiente para legitimar la distinción entre dos tipos de argumentos interpretativos utilizados por los jueces? Una respuesta a esta pregunta puede darse valorando diversos elementos; pero no es posible ninguna respuesta cierta. Después de todo, debe señalarse que una distinción entre estos dos argumentos se hace difícil por el hecho de que la figura del legislador a la que se refieren los intérpretes no tiene un claro referente empírico y sufre de una irreducible indeterminación[41].

No obstante, la indeterminación y la equivocidad de los argumentos interpretativos adoptados por los jueces constituye únicamente uno de los aspectos por los que las justificaciones interpretativas judiciales pueden ser consideradas «retóricas». En efecto, tampoco las justificaciones judiciales en las que son claramente adoptados determinados argumentos interpretativos pueden ser consideradas conformes al modelo de la justificación racional, por el hecho de que no contienen, explícita ni implícitamente, un adecuado principio metodológico. En otros términos, aunque en una justificación interpretativa judicial resultan claras las razones por las cuales un cierto significado *puede ser atribuido* a un enunciado legislativo preferentemente a otros significados posibles.

Para aclarar este aspecto, retornemos el fragmento de la justificación interpretativa que he reproducido *supra*, fingiendo por simplicidad que no se trata de un fragmento sino de una argumentación interpretativa completa, y supongamos que la tesis interpretativa de que debe atribuirse a la expresión «daño no patrimonial» el significado de «daño moral» claramente sostenida en base al argumento de la intención del legislador. Pues bien, aun en ese caso, no se podría igualmente sostener que esté implícito en la justificación un principio metodológico claro.

Se pueden imaginar diversos principios metodológicos en base a los cuales la justificación puede convertirse en deductiva, pero ninguno de ellos puede ser considerado razonablemente implícito en la misma. Se puede imaginar un principio metodológico categórico, que prescriba en todos los casos la atribución a los enunciados legislativos del significado en que fueron entendidos por el legislador, o bien se pueden imaginar varios principios metodológicos condicionales, que prescriban la atribución a los enunciados

[41] Puede verse una satisfactoria discusión sobre el problemático concepto de la intención del legislador en G. C. Mac Callum, jr. «Legislative lntent», *Yale Law Journal*, 75, 1966, pp. 754-787.

legislativos del significado en que fueron entendidos por el legislador, cuando se den determinadas condiciones. La justificación interpretativa, sin embargo, no ofrece ningún elemento para escoger entre estos principios metodológicos y, sobretodo, se puede presumir que una integración de aquella con uno u otro de los posibles principios metodológicos daría lugar a una nueva justificación provista de menor eficacia en la comunidad de los juristas.

En efecto, es plausible que la gran mayoría de los que están dispuestos a aceptar la tesis según la cual debe atribuirse a la expresión «daños no patrimoniales» el significado de «daños morales», sobre la base de las razones adoptadas en la justificación, no estarían dispuestos a aceptar uno u otro de los principios metodológicos que podrían ser puestos como premisa de la justificación. En efecto, ¿cuántos juristas adoptarían seriamente el principio según el cual debe atribuirse a todos los enunciados legislativos el significado en el que han sido entendidos por el legislador, o bien cualquier otro principio que indique precisamente las circunstancias en que los intérpretes pueden hacer esto?

Plausiblemente, hay algunos principios metodológicos que muchos intérpretes podrían aceptar; estoy pensando, por ejemplo, en principios metodológicos que prescriben la utilización de los argumentos interpretativos que permiten atribuir a los enunciados el «mejor» significado, o el significado en que éstos expresan la norma «más justa», etc. Se trata, sin embargo, de principios metodológicos tan indeterminados que no ofrecen efectivamente una razón para que un cierto significado deba ser atribuido a un texto jurídico preferentemente a otros significados posibles.

Con esto, hemos llegado a una primera conclusión: una justificación interpretativa judicial es racional si es conforme al modelo deductivo, pero el modelo deductivo de la justificación interpretativa es inadecuado para dar cuenta del contenido efectivo de las justificaciones interpretativas judiciales; las justificaciones interpretativas efectivamente ofrecidas por los jueces son «retóricas» o « imperfectamente racionales». Sobre la base de lo dicho hasta aquí, puede llegarse también a otra conclusión: el modelo deductivo de la justificación interpretativa no tiene ni siquiera utilidad a los efectos del control de la corrección de las tesis interpretativas ofrecidas efectivamente por los jueces y de las decisiones judiciales que se obtienen de esas tesis.

Para aclarar esta conclusión, puede observarse, en primer lugar, como una reconstrucción de las justificaciones interpretativas judiciales conforme al modelo deductivo, si bien es inapropiada para dar cuenta del contenido efectivo de estas justificaciones, es de todos modos posible; es decir, es posible imputar a un juez intérprete la adhesión a uno de los principios metodológicos que pueden ser inferidos del contenido explícito de la justificación. No obstante, debe observarse también que esta operación no tiene ninguna

utilidad a los efectos de controlar la corrección de la tesis interpretativa justificada por el juez, ni de la decisión que de esa tesis se obtiene. En efecto, puede asumirse que una tesis interpretativa es jurídicamente correcta si es justificable sobre la base de los argumentos interpretativos admitidos en la comunidad jurídica, pero no que una tesis interpretativa sea correcta si es justificable sobre la base de un determinado principio metodológico y no de otro. Los principios metodológicos, en efecto, consisten simplemente en razones morales en base a las cuales puede realizarse una elección entre argumentos interpretativos cuyo uso se admite en la comunidad jurídica.

La conclusión de que el discurso interpretativo de los jueces no es «perfectamente racional» puede parecer sorprendente si se considera que la comunidad en la que se realiza, integrada por expertos juristas que se ocupan del *efectivo* contenido del derecho, parece al menos a primera vista comparable con otras comunidades de científicos o de estudiosos cuyas discusiones habitualmente satisfacen los requisitos de la racionalidad. Surge entonces la cuestión acerca de las razones por las que el discurso de los expertos en derecho, o una parte de este discurso, no es racional del mismo modo en que lo son los discursos de los expertos en otras disciplinas. Pero en estas páginas no es posible dar a esa cuestión, que sitúa la investigación en el terreno de la sociología, ni siquiera una sucinta respuesta.

(Trad. de Jordi Ferrer Beltrán)

SENTIDO Y ALCANCE DE ALGUNAS DISTINCIONES SOBRE LA INVALIDEZ DE LAS LEYES

Sumario: I. La equivocidad de la distinción entre nulidad y anulabilidad. II. La distinción entre invalidez e inexistencia: 1) sentido y problemas teóricos de la distinción; 2) ¿dos clases de reglas sobre la producción jurídica?; 3) ventajas y dificultades del concepto de inexistencia. III. Conclusiones.

La terminología sobre la invalidez de las leyes no es uniforme entre los juristas y, lo que es peor, seguramente tampoco el significado de los conceptos que utilizan. Las nociones de ineficacia, inexistencia, invalidez, nulidad o anulabilidad se usan muchas veces de modo confuso o equívoco. No se intentará dilucidar aquí todas las cuestiones implicadas, pero sí estudiar con algún detenimiento el sentido, alcance y justificación de dos distinciones habituales. La primera es la que se establece entre nulidad y anulabilidad, donde no siempre queda claro si se alude al género de vicio, al régimen de invalidación (procedimiento, jurisdicción competente, etc.) o a la eficacia de las decisiones que declaran o establecen la invalidez de la ley. La segunda, y en la que centraremos más nuestra atención, es la que algunos sugieren entre inexistencia e invalidez con el aparente propósito de postular dos modelos distintos de invalidación de las leyes.

I. LA EQUIVOCIDAD DE LA DISTINCIÓN ENTRE NULIDAD Y ANULABILIDAD

Es una deuda habitualmente reconocida por las distintas dogmáticas que sus respectivas teorías de la nulidad se han construido a partir de la elaborada por el Derecho civil sobre la eficacia de los negocios jurídicos, hasta el punto de que esta última pasa por ser la «teoría general» exportable, con mayores o menores cautelas, a cualquier disciplina jurídica[1]. Muy resumidamente, dicha teoría general opera las siguientes distinciones: 1) *inexistencia*:

[1] A título de ejemplo, E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo,* I, 4ª edic., Madrid, Civitas, 1987, pp.563 ss. No faltan, sin embargo, quienes, reconociendo esa deuda, insisten en las peculiaridades de su objeto normativo y en la necesidad de elaborar explicaciones independientes. Así, también como ejemplo, J. L. Villar Palasí y J. L. Villar Ezcurra, *Principios de Derecho Administrativo*, II, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 2ª edic. 1987, pp. 157 ss.; V. Gimeno, J. Garberí, N. González Cuéllar, *Derecho Procesal Administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanc, 1991, pp. 260 ss.

un negocio sería inexistente cuando falta absolutamente cualquiera de los elementos esenciales que su naturaleza o tipo exige. La inexistencia produce una ineficacia insanable, *ipso iure*, e impide que el negocio despliegue efectos *ab initio*; 2) nulidad: sus consecuencias son en la práctica las mismas que se predican para la inexistencia, y tampoco existe ninguna acción procesal específica que permita distinguir ambas figuras. Con todo, suele reservarse el nombre de nulidad para los actos contrarios a las normas imperativas, o sea, los que violan algún precepto objetivo no disponible; 3) *anulabilidad*: va dirigida a la protección de intereses disponibles de un determinado sujeto, de manera que éste puede optar por impugnar el negocio alegando la invalidez o sanarlo mediante confirmación. En verdad, la distinción entre inexistencia y nulidad no es pacífica en la doctrina iuscivilista. Para muchos la figura de la «inexistencia» carece de sentido teórico, al no dar lugar a consecuencias jurídicas distintas de la nulidad; otros opinan, sin embargo, que, en sentido estricto, para que un negocio pueda ser nulo ha de ser antes existente[2]. En realidad, y aunque no se utilice esta terminología, parece que la inexistencia supone la violación de las *reglas constitutivas* que definen el negocio, mientras que la nulidad sanciona la infracción de *normas imperativas*, mandatos o prohibiciones[3]. Con todo, aunque estas distinciones puedan conservar alguna utilidad «general», su aplicación al ámbito de las normas, y más concretamente de las leyes, no puede hacerse sin tener en cuenta las diferentes ideas y conceptos sobre los que las teorías iusprivatista y iuspublicista se han construido. No cabe detenerse en estos aspectos, que, entre otras cosas, requerirían analizar las muy distintas consecuencias que se derivan del principio de autonomía de la voluntad que rige el derecho privado y las que se deducen del concepto de potestad reglada que gobierna el Derecho público. En cualquier caso, y en parte como proyección de esa diferencia, difícilmente se puede intentar construir una teoría general o común de las nulidades jurídicas, de la que la elaborada por el Derecho privado sería una especie de ejemplo paradigmático. Los actos jurídicos no son realidades *naturales*, sino *convencionales* o artificiales, y por eso cada tipo de acto (los negociales y los normativos, por ejemplo) estará

[2] Puede verse L. Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 313 ss.; J. Delgado, «De la nulidad de los contratos», *Comentario al Código Civil*, II, Madrid, Min. de Justicia, 1991, pp. 541 ss.; A. Gordillo, «Nulidad, anulabilidad e inexistencia», *Centenario del Código Civil*, Madrid, R. Areces, 1990, pp. 935 ss.; M. García Amigo, *Teoría General de las Obligaciones y Contratos*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, pp. 399 ss.

[3] A veces incluso se emplean expresiones que recuerdan la conocida y discutida distinción entre reglas constitutivas y normas de conducta; así, cuando se clasifican los requisitos del contrato en *constituyentes y de conducta*, cuya vulneración daría lugar respectivamente a la inexistencia y a la nulidad. Vid., M. García Amigo, *op. cit*. Sobre la distinción entre reglas constitutivas y normas de conducta volveremos en el epígrafe II.

disciplinado por el régimen que en cada caso establezca el Derecho; y en particular, el régimen de nulidad de cada tipo de acto será también el que el ordenamiento determine.

La doctrina iuspublicista, sin embargo, ha tendido a adoptar para la invalidez de las normas -y en particular de la ley- la terminología de la doctrina iusprivatista de las nulidades, lo que tal vez haya contribuido a generar una cierta confusión sobre las claves de la invalidez. Pero esa confusión no proviene sólo de la trasposición de conceptos elaborados en un contexto (el de la Pandectística) y para un ámbito jurídico distinto al del Derecho público, sino también, y sobre todo, de que estos conceptos han sido usados para hacer referencia a cuestiones bien diversas. En concreto, la dicotomía nulidad- anulabilidad se utiliza indistintamente para identificar: a) el régimen de validez de la ley; b) el régimen de invalidación y de eficacia de la ley inconstitucional; y c) el régimen de eficacia de los eventuales actos jurídicos declarativos de la invalidez. Pero, antes de señalar a qué hace referencia cada uno de estos tres regímenes, conviene una breve aclaración sobre lo que entendemos por validez.

Entre los distintos conceptos de validez, y con independencia de si requieren o no la adopción de un cierto punto de vista externo o interno[4], entenderemos aquí que un juicio de validez es un juicio *descriptivo* acerca de una norma, en el sentido de que en principio no implica ninguna recomendación moral de obediencia, sino que sólo informa de su existencia en el sistema. Por tanto, validez significa *existencia* de una norma o *pertenencia* de la misma al ordenamiento[5]. Una cuestión distinta -pero conectada con ésta- es la de encontrar el criterio para poder afirmar que una norma es válida. Dejando aparte el problema de las fuentes «extra ordinem» (cuya validez está vinculada a su eficacia), el criterio de validez que utilizaremos entiende que una norma es válida, existe o pertenece al ordenamiento, si reúne todos los requisitos establecidos para su creación por las *normas sobre la producción jurídica* (en adelante NSPJ)[6].

---

[4] Sobre las distintas acepciones del término validez, vid., por todos, C. S. Nino, *La validez del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985; E. Bulygin, «Validez y positivismo», en C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, CEC, 1991, pp. 499 ss.; L. Prieto, «Validez, eficacia y justicia», (J. Betegón y otros) *Lecciones de teoría del Derecho*, Madrid, McGraw-Hill (en prensa).

[5] H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (1960), 2ª edic., trad. R. Vernengo, México, UNAM, 1979,p. 23.

[6] N. Bobbio lo expresa con claridad: las NSPJ ofrecen los criterios necesarios y suficientes para «reconocer» cuáles son las normas válidas del sistema, «Per un lessico di teoria generale del diritto» (1975), ahora en *Contributi ad un dizionario giuridico*, Turín, Giappichelli, 1994, cap. XII, p. 240.

Partiendo de este concepto de validez, la distinción que media entre los tres regímenes arriba mencionados es la siguiente:

a) *Régimen de validez*: conjunto de condiciones establecidas por las NSPJ para la validez de las leyes y los actos legislativos. La infracción de cada una de estas condiciones de validez da lugar a un «vicio» de la ley. Por ello, entre las condiciones de validez y los vicios de la ley no hay una diferencia sustantiva.

b) *Régimen de invalidación y de eficacia de la ley inválida*: determina quién (o quiénes) tienen competencia para enjuiciar la validez de la ley y en qué condiciones ha de ejercerse esta competencia; es decir, determina el sistema de control de la validez. El régimen de invalidación influye en la determinación del régimen de eficacia de la ley inválida.

c) *Régimen de eficacia de los actos declarativos de la invalidez*: determina qué efectos jurídicos se atribuyen a los eventuales actos declarativos de la invalidez de las leyes.

La distinción entre nulidad y anulabilidad se ha utilizado para hacer referencia a cada uno de estos regímenes, dando así lugar a una cierta ambigüedad y confusión.

a) Los términos nulidad y anulabilidad se han utilizado para identificar el régimen de validez de la ley; o más exactamente, para elucidar qué *tipos de vicios* deben ser concebidos en clave de nulidad y cuáles en clave de anulabilidad. Sobre esta cuestión se volverá en el epígrafe II, a propósito de la distinción entre inexistencia e invalidez. Sirva por ahora lo que sigue. La invalidez de la ley se determina por la concurrencia de algún vicio; o sea, por su disconformidad con las normas que establecen sus condiciones de validez. Como cabe distinguir cuatro grandes tipos de normas que instauran condiciones de validez (normas de competencia formal, de procedimiento, de competencia material y de contenido), cabe distinguir también cuatro grandes tipos de vicios (vicio de incompetencia formal, de forma o procedimiento, de incompetencia material y de contenido)[7]. Quienes piensan que no todos estos tipos de normas establecen condiciones necesarias para la existencia de la ley, proyectan la distinción nulidad-anulabilidad sobre la naturaleza de la norma violada. Así, en este contexto se hablaría de nulidad (o «inexistencia») si el vicio deriva de la violación de una norma que establece condiciones necesarias de existencia. Se hablaría, en cambio, de anulabilidad (o «invalidez», en sentido restringido) si el vicio deriva de la violación

[7] R. Guastini sostiene que son cinco las clases de NSPJ y, por tanto, cinco las clases de vicios, añadiendo a los mencionados la «incompetencia material negativa», consecuencia de la violación de normas que establecen reservas, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Turín, Giappichelli, 1996, pp. 270 y 277. Con todo, a los efectos de nuestro estudio, la violación de las reservas equivale a un vicio de incompetencia material.

de una norma que no establece condiciones de existencia, sino sólo limitaciones de la actividad normativa.

b) Los términos nulidad y anulabilidad han trascendido también al ámbito del Derecho público para dar cuenta del *régimen de invalidación y de eficacia de la ley inconstitucional*. Cabe hablar aquí de nulidad para hacer referencia al control difuso de validez, porque es un control *per incidens* en el que cualquier juez puede inaplicar la ley que estime inconstitucional: la ley inválida carece de eficacia vinculante. En cambio, en los sistemas de control de validez concentrado, la ley inválida goza de una presunción de legitimidad, y por consiguiente su eficacia queda preservada entretanto no se pronuncie el órgano competente. No es nula, se dice, sino anulable, porque mientras no sea anulada es eficaz[8]. En suma, en este contexto, nulidad y anulabilidad hacen referencia al régimen de invalidación y eficacia de la ley inconstitucional, pero no a la «calidad» del vicio, pues son éstas dos cuestiones entre las que no existe una conexión necesaria[9], aunque obviamente cabe postular que los remedios más rápidos se reserven para los vicios más graves.

c) Por último, la distinción entre nulidad y anulabilidad se reproduce en ocasiones a propósito de la eficacia de los actos jurídicos que determinan la invalidez de la ley. Suele hablarse de nulidad cuando tales actos tienen efectos retroactivos *(ex tunc)*, y se dicen entonces *declarativos* de la invalidez; se habla de anulabilidad cuando tienen efectos pro futuro *(ex nunc)*, y se dicen entonces *constitutivos* de la invalidez[10]. Pero adviértase que el momento

[8] Incluso cabe que en un mismo sistema jurídico operen conjuntamente ambos modelos. Así fue interpretada la Constitución española por E. García de Enterría, al sostener que el principio general que reserva el enjuiciamiento de las leyes al Tribunal Constitucional encuentra una excepción en aquéllas que violen el contenido esencial de derechos fundamentales, donde jugaría la inaplicación de la ley por el juez ordinario, «La Constitución como norma jurídica», en A. Predieri y E. García de Enterría, *La Constitución española de 1978*, Madrid, Civitas, 1980, p. 126.

[9] La opción por uno u otro sistema de invalidación, en efecto, se opera por consideraciones que son ajenas a la «calidad» de la invalidez, que por sí misma sólo significa la infracción de normas que establecen requisitos para la validez. Optar por uno u otro sistema de invalidación depende de los fines que se persigan. Así, se ha interpretado que la implantación de un control difuso de invalidez responde (sólo) a las exigencias de los derechos del individuo frente al Estado, mientras que el control concentrado responde (también) a las exigencias de la ley, es decir, de la política, vid. G. Zagrebelsky, *El Derecho dúctil* (1992), trad. M. Gascón, Madrid, Trotta, 1995, p. 61 ss.

[10] Este enlace entre nulidad/retroactividad y anulación/irretroactividad se aprecia en la siguiente afirmación: «entrañando la oposición entre norma impugnada y Constitución un supuesto de nulidad absoluta, los efectos de la sentencia deberían retrotraerse», J. Arozamena, «El recurso de inconstitucionalidad», en *El Tribunal Constitucional*, Madrid, IEF, 1981, vol. 1I, p. 171. O también: la nulidad «se produce ipso *iure* con la consiguiente eficacia *ex tunc*», R. Bocanegra, *El valor de las sentencias del TC*, Madrid, IAL, 1982, p. 243, En el mismo sentido, E. García de Enterría, *La Constitución como norma*, Madrid, Civitas, y edic., 199 1, pp. 55 ss.

a partir del cual opera la invalidez es independiente del tipo de vicio y (en parte) del modelo de control o fiscalización.

La ambigüedad de los términos nulidad y anulabilidad que se desprende de estos tres significados se torna confusión cuando se entremezclan todos ellos en una suerte de intento unificador. Así, se sugiere, la invalidez de la ley se concibe en clave de *nulidad* si el vicio que la provoca determina su inexistencia, razón por la cual la ley inválida *no tendría eficacia vinculante* para los jueces (que podrán inaplicarla) y las eventuales sentencias que determinen su invalidez serán necesariamente *declarativas* (tendrán efectos *ex tunc*). Por el contrario, la invalidez de la ley se concibe en clave de *anulabilidad* si el vicio que la provoca no determina su inexistencia, razón por la cual la ley inválida *tendrá eficacia vinculante* para los jueces hasta que el órgano competente no *constituya* su invalidez y las sentencias de este último tendrán efectos *ex nunc*[11].

A mi juicio, esta confusión[12] puede (y debe) ser deshecha en los tres planos examinados. Ante todo, en el plano del régimen de validez o de los tipos de vicios. El régimen de validez de las normas es el que determinan las normas sobre fuentes del sistema y cada concreto ordenamiento puede efectuar una distinción entre los diversos vicios, configurando unos como nulidad y otros como anulabilidad; pero en ausencia de tales distinciones normativas todos los vicios comparten el mismo régimen. En suma, la distinción entre vicios de nulidad (o «inexistencia»), y vicios de anulabilidad (o «invalidez»), carece de sentido si normativamente no se ha configurado. De ello nos ocuparemos en el epígrafe siguiente.

La segunda confusión que hay que deshacer es la que vincula -a través de los conceptos de nulidad y anulabilidad- el régimen de invalidación y eficacia de la norma inválida con el régimen de validez. El régimen de invalidación es el sistema de control (concentrado, difuso o mixto) de validez

[11] Por ejemplo, J. Almagro caracteriza el sistema difuso como aquel en que el juez ordinario dicta «una sentencia declarativa de *nulidad*», que «despliega típicos efectos retroactivos»; mientras que el sistema austriaco persigue «la *anulación* de la ley» y «la sentencia que declara la inconstitucionalidad tiene, pues, carácter constitutivo y proyecta sus efectos *"ex nunc"*», *Justicia constitucional*, Madrid, Dykinson, 1980, pp. 179 ss. La descripción puede ser acertada, pero adviértase cómo el binomio nulidad/anulabilidad parece enlazarse «naturalmente» a cuestiones en sí mismas diferentes y que pueden ser objeto de regulaciones dispares.

[12] La confusión aludida se muestra sobre todo en la carencia de eficacia explicativa de este intento sistematizador, pues las cosas en muchos sistemas jurídicos no son exactamente así. Sin ir más lejos, esto es lo que ocurre en el Derecho español, donde la ley inválida tiene eficacia vinculante para los jueces ordinarios (razón por la cual se hablaría de *anulabilidad*), pero, en ausencia de regulación constitucional y según se interpretan los arts. 39 y 40 LOTC, las sentencias de inconstitucionalidad del TC se consideran declarativas de la invalidez (razón por la cual procedería hablar de *nulidad*). Sobre esto último, R. Bocanegra, *El valor de las sentencias*..., cit., pp. 235 ss., esp. p. 243.

de la ley, lo que es independiente del régimen de validez de la misma, que tan sólo hace referencia a las causas de invalidez. Brevemente: un mismo régimen de validez puede ir acompañado de un distinto régimen de invalidación y eficacia de la ley inválida.

Finalmente, por lo que se refiere al régimen de eficacia de los actos declarativos de la invalidez, se trata asimismo sólo de la elección de uno u otro modelo, cuestión que también es independiente del régimen de validez de la ley, así como de su régimen de invalidación, al menos en parte[13]. Brevemente: un mismo régimen de validez y/o de invalidación y eficacia de la ley inválida puede ir acompañado de un diferente régimen de eficacia de los actos declarativos de invalidez. Pero además, en este caso, incluso la terminología usada (actos declarativos/actos constitutivos) puede resultar más confundente que aclaratoria. En efecto, en sentido riguroso, la invalidez de la ley tan sólo podrá ser eventualmente «declarada» y nunca «constituida» por los órganos competentes, pues el vicio se produjo antes del acto de declaración de la invalidez. Otra cosa es el régimen de eficacia de esas declaraciones de inconstitucionalidad; es decir, el tipo de efectos *(ex tunc o ex nunc)* que se les anuden. Tal vez podría decirse que, como regla general, los efectos que derivan de los actos declarativos de invalidez deberían retrotraerse al momento en que surgió la causa de invalidez. Pero sólo como regla general, pues tales efectos serán siempre los que determinen las normas superiores del ordenamiento, que desde luego podrán disponer (o permitir) cosa distinta: efectos pro futuro.

Ahora bien, si éstas son cuestiones independientes pueden recibir soluciones diferentes en función de los valores e intereses que se quieran proteger. En este sentido, como parece evidente que anudar a la declaración de nulidad *efectos retroactivos* puede acarrear consecuencias perturbadoras (pues obligaría a tener por inexistentes cuantas situaciones jurídicas hubieran nacido al amparo de la ley inválida), incluso los sistemas que han optado por la retroactividad suelen mitigar la rigidez de estas consecuencias estableciendo excepciones importantes a esa retroacción[14]. Pero cabía llegar más lejos y, de hecho, se ha llegado: se viene abriendo paso una doctrina según la cual los efectos que haya podido desplegar la ley mientras no ha sido declarada inválida podrán ser respetados por los actos que declaren su invalidez (irretroactividad), en atención a que ha gozado de una «apariencia

[13] «En parte» porque, aunque la eficacia de las declaraciones, del TC u órgano *ad hoc* similar puede concebirse como retroactiva o como prospectiva, no ocurre igual con el juez ordinario: sería absurdo que éste no diese algún efecto retroactivo a la nulidad, pues entonces no pondría remedio al asunto que se le somete.

[14] Esto hace la LOTC al establecer que las declaraciones de inconstitucionalidad no afectarán a la cosa juzgada (art. 40. 1).

de validez» capaz de generar una confianza[15]. Desde luego, esta conclusión no se obtiene de manera incuestionable. Se trata tan sólo de una construcción (doctrinal y jurisprudencial) apoyada en razones de orden práctico que se juzgan atendibles en el ordenamiento. Pues bien, si la «apariencia de validez» es una buena razón para separarse del régimen de eficacia (retroactiva) establecido en un sistema, la «falta absoluta de apariencia de validez» podría ser también un buen argumento para impulsar una nueva figura: la «inexistencia». Con ella se trata de reconstruir la ecuación que hemos venido negando en el plano teórico, pero que puede tener un sentido práctico; a saber: delimitar cierto tipo de vicios que deberían (o podrían) hacerse acreedores a un particular régimen de invalidación y de eficacia de los actos declarativos de la invalidez. De ello nos ocuparemos en las páginas que siguen.

II. LA DISTINCIÓN ENTRE INVALIDEZ E INEXISTENCIA

1) *Sentido y problemas teóricos de la distinción*

Aunque el uso de estas expresiones no es homogéneo, aquí hemos identificado «existencia» con «validez» o pertenencia al sistema, de manera que, desde este planteamiento teórico, la distinción que ahora proponemos entre inexistencia e invalidez resulta del todo inviable. Con todo, conceptualmente, sigue teniendo sentido plantearse la posibilidad de esta distinción, sugiriendo que una cosa es que la norma exista (pertenezca al ordenamiento o sea recognoscible como parte de él) pero esté «viciada», y otra diferente es que la norma no exista en absoluto porque no haya modo de reconocerla como parte del ordenamiento[16]. En el primer caso hablaríamos de *invalidez stricto sensu*; en el segundo, de invalidez-inexistencia, o *inexistencia* a secas.

---

[15] La manifestación más clara de esta tendencia la constituyen las declaraciones de mera inconstitucionalidad o inconstitucionalidad sin nulidad, que en el Derecho alemán han obtenido incluso respaldo normativo. Esta es también la senda que ha tomado el Tribunal Constitucional español, que con la STC 45/1989 ha iniciado una jurisprudencia prospectiva, secundando así al TS norteamericano (desde 1965), al TJCE (desde 1976) y al TEDH (desde 1979); vid. E. García de Enterría, «Un paso importante en el desarrollo de nuestra justicia constitucional», *RDA,* 61 (1989). Sobre la necesidad de matizar los rigores de la retroactividad mediante este tipo de sentencias se manifestaba ya en 1982 R. Bocanegra en *El valor de las sentencias*...; cit.; sobre el tema, también E Rubio Llorente, «La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho», *REDC*, 22 (1988), pp. 36-37.

[16] Precisamente porque la distinción entre el *uso irregular* de un poder normativo y lo que *no constituye en absoluto uso* de tal poder está «profundamente arraigada en las intuiciones conceptuales de cualquiera que se ocupe del Derecho», M. Atienza y J. Ruiz Manero critican la concepción deóntica de las normas de competencia, en la medida en que no permite dar cuenta de esta distinción, «Adversus Pompeyanos. A proposito di alcune critiche alla nostra concezione delle regole che conferiscono poteri», en *Analisi e Diritto.* 1995, Turín, Giappichelli, 1995, p. 238.

Por otra parte -y esto es sin duda lo fundamental- la distinción no es gratuita, ya que un acto o norma inexistente puede ser desconocido por cualquier operador jurídico, con independencia de que sea o no competente para enjuiciar su validez. Lo que pretendemos analizar en este epígrafe es si verdaderamente puede hablarse -y si es así, en qué casos- de la inexistencia como distinta de la invalidez.

Pero, antes de intentar responder a esta cuestión, es preciso advertir que la distinción entre inexistencia e invalidez presenta un interés en relación con las leyes notablemente superior al que ofrece en el ámbito del negocio privado y de la actuación administrativa. El particular que ha de hacer frente a un contrato o acto administrativo inexistente debe operar en lo fundamental como lo haría ante un acto nulo o no válido: la jurisdicción es la misma, también lo es la acción procesal y, por supuesto, los efectos de la sentencia. No ocurriría exactamente así con una ley que mereciese el calificativo de inexistente en un sistema de control de validez concentrado, donde el juicio se reserva a un procedimiento especialísimo que además suele culminar con una sentencia no plenamente retroactiva[17]. La categoría de la inexistencia cobra entonces interés, pues postularía, de un lado, que cualquier juez pudiese inaplicar lo que es sólo una apariencia de ley y, de otro, que una eventual declaración de inconstitucionalidad gozase del más vigoroso efecto retroactivo. En suma, el concepto de «inexistencia» de la ley operaría sobre dos aspectos: por un lado, sobre el *régimen de eficacia de los actos declarativos de la invalidez*, imponiendo la plena retroactividad, sin excepciones, de las eventuales sentencias del Tribunal Constitucional declarativas de la inexistencia; por otro lado -y sobre todo-, sobre el *régimen de invalidación*, imponiendo la apertura a un control jurisdiccional difuso. En lo sustancial, ello supondría la anulación del «privilegio jurisdiccional de la ley», que (en estos casos, pero sólo en éstos) perdería su fuerza vinculante frente a jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria. Pero, ¿es posible esta distinción?

En línea de principio, la distinción podría intentar apoyarse en consideraciones teóricas, normativas o prácticas. Teniendo en cuenta que la validez de la norma depende de su adecuación a las NSPJ, la distinción en el plano *teórico* requeriría acreditar que hay dos clases de NSPJ, unas generadoras de inexistencia y otras de invalidez de normas ya existentes. A su vez, en el plano *normativo*, sería preciso contar con un régimen jurídico propio para cada una de estas categorías que pudiera traducirse en dos modelos tripartitos (completos o incompletos): vicios de inexistencia, órgano y procedimiento

[17] Como ya se dijo, incluso en los sistemas donde la regla que rige la eficacia de estas sentencias es la retroactividad, se suelen introducir importantes excepciones a la misma.

destinado a constatarla y efectos de la decisión; y vicios de invalidez, órgano y procedimiento destinado a constatarla y efectos de la decisión. Finalmente, desde un punto de vista práctico, se trataría de comprobar si existen buenas razones para construir, bien como propuesta de *lege ferenda,* bien por vía de interpretación cuando lo permita el sistema, dicha distinción o alguna de las consecuencias que pudieran venirle atribuidas.

Naturalmente, el problema normativo vendría resuelto si dentro de la categoría genérica de la invalidez de las leyes el sistema hubiera previsto dos modelos distintos, uno de invalidez en sentido estricto y otro de inexistencia. Ciertamente, aun cuando en el plano teórico no pudiera aceptarse la distinción si partimos de la concepción kelseniana de que validez equivale a existencia y de que ambas se miden igualmente por el criterio formal de pertenencia al ordenamiento[18], nada impediría que éste agrupase los diversos vicios en dos diferentes regímenes, que en un caso permitirían hablar de inexistencia y en otro de invalidez. Ahora bien, en ausencia de una clara determinación normativa, la cuestión es si cabe aportar argumentos teóricos en favor de la distinción comentada. Quizás la más lógica respuesta a este problema sería la de articular el binomio inexistencia-invalidez en función de la distinta naturaleza de las NSPJ violadas: de la infracción de un cierto tipo de normas derivaría la inexistencia; de la infracción del resto, la invalidez. Partiendo de este planteamiento, se trataría de ver si las distintas concepciones sobre la naturaleza de las NSPJ pueden ofrecer algún rendimiento de cara a esta distinción.

En el ámbito de la teoría jurídica se ha suscitado una viva polémica sobre la naturaleza de las NSPJ, o -por fidelidad a la terminología de los polemistas-

[18] En realidad, aunque en el plano teórico la identificación entre los conceptos de existencia y validez hace inviable la distinción comentada, lo cierto es que Kelsen fue consciente del problema y de las restricciones que el Derecho positivo puede imponer a las construcciones teóricas. Así, en uno de sus trabajos sobre la justicia constitucional, con mucha coherencia comienza reconociendo que «todo acto jurídico viciado debería ser considerado nulo, es decir, como algo que no es un acto jurídico», con la importante consecuencia de que cualquiera, autoridad pública o sujeto privado, podría desconocerlo sin más. Pero añade a renglón seguido que, en la práctica, los ordenamientos positivos imponen fuertes limitaciones a esa idea de nulidad y, sobre todo, al consiguiente «libre examen» por parte de los destinatarios de las normas, lo que ha dado lugar al régimen de anulabilidad, esto es, a la existencia de procedimientos específicos dirigidos a declarar la invalidez, con efectos retroactivos o no. Sin embargo, y esto no deja de ser llamativo en un positivista de estricta observancia, también las limitaciones establecidas por el Derecho positivo deben verse, a su vez, limitadas: «el Derecho positivo no puede jamás establecer que cualquier acto que se presente como acto de una autoridad pública deba sin más ser considerado como tal en tanto no sea anulado por irregularidad». Con todo, queda en una cierta nebulosa qué tipo de vicios dan lugar a la nulidad perceptible por todos y operativa para todos y cuáles, en cambio, pueden quedar sometidos al régimen de anulabilidad establecido por el Derecho positivo. H. Kelsen, «La garanzia giurisdizionale della costituzione», en *La giustizia costituzionale*, C. Geraci (ed.), Milán, Giuffrè, 1981, pp. 162 ss., esp., p. 163.

«normas que confieren poderes» o «normas de competencia». Teniendo en cuenta que la discusión se centra básicamente en el análisis lógico de este tipo de normas, pueden distinguirse, sin ánimo de exhaustividad, tres grandes concepciones: la deóntica, la conceptualista o definicional y la de quienes, impugnando ambas posiciones, conciben estas normas como reglas que establecen condiciones necesarias de existencia.

Integran el primer grupo quienes sostienen que las reglas que confieren poderes tienen carácter deóntico; es decir, son prescripciones (o partes de prescripciones), ya se trate de mandatos, prohibiciones o permisos. Kelsen, Ross en 1958 y von Wright son ejemplos de esta posición. Para Kelsen, tales normas son fragmentos de las normas (independientes) creadas en el ejercicio de la competencia; es decir, son una de las condiciones a las que una norma independiente (un mandato que impone a los jueces la obligación de aplicar sanciones en ciertos casos) enlaza el acto coactivo. Para Ross, se trata de directivas dirigidas a los jueces a fin de que consideren como prescripciones los enunciados creados con arreglo a un procedimiento. Finalmente, para von Wrigth, las normas que confieren poderes («normas de orden superior», en su terminología) son normas permisivas, normas que permiten a una autoridad la producción de un acto normativo[19].

A la concepción deóntica de las reglas que confieren poderes se opone la de quienes, poniendo de manifiesto la insuficiencia de la visión prescriptivista de «las piezas del Derecho»[20], sostienen el carácter definicional, conceptual o constitutivo de las mismas. Una «definición» es un enunciado que establece el sentido en que se usa una expresión, y su función es contribuir a identificar las normas en que figuran los términos definidos[21]. Una regla conceptual o «constitutiva», en el sentido de J. Searle, es la que crea o define una forma de conducta que no existe fuera de esa regla[22]. Naturalmente,

---

[19] H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado (1945)*, trad. E. García Máynez, México, UNAM, 2ª ed. 1983, p. 170 y *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 68-69. Sobre las distintas interpretaciones que Kelsen ofrece de las normas de competencia, R. Hernández Marín, *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 122 ss.

A. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia (1958)*, trad. G. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1970,p. 32.

G. H. von Wright, *Norma y Acción: una investigación lógico* (1963), trad. P. García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 200 ss.

[20] Como es obvio, tomo la expresión de M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.

[21] Por ejemplo, C. E. Alchourrón y E. Bulygin, «Definiciones y normas», en *Análisis lógico y Derecho*, cit., pp. 439 ss.

[22] J. Searle, *Actos de habla*: *ensayo de filosofía del lenguaje* (1969), trad. L. M. Valdés, Madrid, Cátedra, 3ª edic. 1990, pp. 42 ss. No obstante, en la literatura jurídica el término «regla constitutiva» recibe diferentes significados, aunque aquí puede prescindirse de los mismos; sobre los distintos significados en lo, diferentes autores, y en particular en la propia obra de Searle, R. Guastini, «Teorie delle regole costitutive», *Rivista internazionale di filosofia del*

denominar «conceptualista» o «definicional» a esta posición es hacer una descripción simplificadora del asunto, pues dentro de ella se incluyen concepciones algo diferentes. En esta posición se ubicaría Hart, quien, pese a no decir expresamente que las normas que confieren potestades sean «definiciones», resalta su carácter definicional al asimilarlas a las «reglas de juego». Y otro tanto cabe decir del Ross de 1968, que -como J.Searle- distingue entre reglas regulativas y constitutivas, adscribiendo a esta última categoría las reglas de competencia. Además, en favor del carácter conceptual o definicional de las normas de competencia se decantan también C. Alchourrón y E. Bulygin; y, en análogo sentido, R. Hernández Marín las considera disposiciones cualificatorias que atribuyen la calificación de «válidos» a los enunciados que tengan una determinada propiedad: que hayan sido creados por un órgano siguiendo un cierto procedimiento y que versen sobre determinada materia[23].

Por último, hay quienes entienden que las normas que confieren poderes no tienen carácter deóntico, pero tampoco definicional o conceptual, sino que son enunciados anankástico-constitutivos[24] que pueden usarse como reglas técnico-constitutivas, reglas que dicen qué hay que hacer si queremos obtener un determinado resultado normativo. Por eso, a diferencia de las definiciones tales reglas constituyen razones para actuar, pero a diferencia de las normas regulativas, de donde derivan imperativos categóricos, operan como imperativos hipotéticos.

Con el fin de analizar cuáles de las NSPJ condicionan la existencia (y no sólo la validez) de los actos y normas cuya creación disciplinan, la polémica que acaba de mencionarse se muestra por un lado insuficiente y por otro

diritto, 1983. Además, sobre las reglas constitutivas puede verse A. G. Conte, «Materiali per una tipologia delle regole», *Materiali per una Storia della cultura giuridica*, 1985; R Guastini, «Six concepts of constitutive rules», *Rechstheorie*, 10, 1986; C. Alarcón, *Normas y paradojas*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 15 ss.; N. Bobbio, «Norma» (1980), ahora en *Contributi ad un dizionario giuridico*, Turín, Giappichelli, 1994.

[23] Las referencias del texto, en H. L. Hart, *El concepto de Derecho* (1961), trad. G. Carrió, México, Editora Nacional, 1980. Como «reglas de juego» las concibe también G. Robles, *Las reglas del Derecho y las reglas del juego,* UPM, 1984.

A. Ross, *Directives and Norms*, Londres, Routledge & Kegan Paul, pp. *54 ss.*

C. Alchourrón y E. Bulygin, «Definiciones y normas», cit., pp. 461 ss.; E. Bulygin, «Sobre las normas de competencia», en *Análisis lógico y Derecho,* cit., pp. 485 ss. y «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *DOXA*, 9 (199l).

R. Hernández Marín, *El Derecho como dogma*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 38 ss.

[24] Se trata de reglas cuya estructura es: «si se verifica el estado de cosas X y se realiza la acción Y, se produce el resultado R», M. Atienza y J. Ruiz Manero, «Sulle regole che conferiscono poteri», en *Analisi e Diritto.* 1994, Turín, Giappichelli, 1994, pp. 69 ss., en especial pp. 71-72. También J. Aguiló entiende que las normas que confieren poderes ni tienen carácter deóntico ni pueden ser asimiladas a las definiciones, «Sobre definiciones y normas», *Doxa,* nº 8 (1990), pp. 277 ss.

irrelevante. Insuficiente porque bajo el rótulo de «normas que confieren poderes» o «normas de competencia» se incluyen tipos diferentes de NSPJ que plantean también problemas diferentes o que, en todo caso, no pueden sin más ser asimilados. Irrelevante porque calificar esas normas como definiciones, o reglas constitutivas o conceptuales, o reglas regulativas es indiferente de cara a la distinción entre «inexistencia» e «invalidez», en los términos en que hemos planteado aquí el binomio. Primero, porque, como afirma R. Guastini, las divergencias entre las distintas teorías sobre la naturaleza de las normas de competencia nacen de interpretaciones contrastantes a partir de los enunciados jurídicos analizados[25]. Y segundo, y aun obviando este problema, porque tales polémicas ocultan o no muestran lo que, por lo que hace a nuestro tema, tiene verdadero interés: cómo saber cuáles son las NSPJ cuya infracción provoca la inexistencia, en el sentido de permitir la inaplicación por parte del juez. En efecto, aunque una teoría de las reglas que confieren poderes (NSPJ) debe dar cuenta de la distinción conceptual entre la inexistencia de un acto o norma y su simple irregularidad[26], y en esta medida acaso sea más acertado calificarlas corno reglas constitutivas que como permisos, en lo que aquí interesa lo importante no es sólo saber si la infracción de una cierta NSPJ ha de entenderse conceptualmente como inexistencia, sino también (y sobre todo) si esto conlleva un particular régimen de invalidación (la inaplicación) para la norma inexistente. Nada de esto, sin embargo, se deduce de las mencionadas concepciones sobre las normas de competencia, que tan sólo se ocupan de su estructura lógica; tal vez porque -como ya se señaló- el régimen de validez y el de invalidación deban ser concebidos como cuestiones independientes.

No obstante lo dicho, la mayoría de los intentos para distinguir entre inexistencia e invalidez se articulan sobre la doble naturaleza de las NSPJ. Cierto que tales planteamientos no presentan las insuficiencias de las teorías sobre las normas de competencia, por cuanto distinguen entre las diferentes clases de NSPJ y abordan la figura de la inexistencia precisamente como un particular régimen de invalidación. Pero han de hacer frente a otros problemas de difícil (cuando no imposible) solución. Veamos ahora algunos de ellos.

2) *¿Dos clases de reglas sobre la producción jurídica?*

Admitamos, por simplificar, que las NSPJ que condicionan la existencia son las reglas constitutivas[27], entendiendo por tales las que establecen las

[25] Tales enunciados jurídicos pueden ser interpretados como permisos, definiciones, reglas constitutivas, etc., R. Guastini, «In tema di norme sulla produzione giuridica», *Analisi e Diritto*. 1995, Turín, Giappichelli, 1995, p. 311.

[26] M. Atienza y J. Ruiz Manero, «Adversus pompeyanos...», cit., p. 238.

[27] Esta simplificación no parece forzada si admitimos -como se ha indicado- que por vía interpretativa es posible reconducir todas las NSPJ a esta categoría (vid, nota 25). Por lo

condiciones para «reconocer» un acto o norma como perteneciente al tipo de fuente del que se reclama (ley, reglamento, ley autonómica, etc.). Un intento de adscribir la inexistencia a la violación de NSPJ que son reglas constitutivas es el que, desde la teoría del Derecho, ha realizado R. Guastini, quien propone una distinción entre ambos conceptos que puede resumirse como sigue:

«Una norma existe "en" un ordenamiento jurídico -o pertenece al mismo- si, y sólo si, ha sido no solamente formulada (como por ejemplo las normas de un proyecto de ley), sino además «puesta», o sea deliberada y emanada (así como publicada), de conformidad con al menos algunas de las normas sobre la producción jurídica propias del ordenamiento». En otras palabras, es suficiente que sea efectivamente formulada y emanada (o promulgada) «conforme (no a todas, sino) sólo a algunas de las normas que disciplinan su creación»[28].

Pese a la claridad de la formulación, el problema reside en saber cuáles son esas NSPJ cuya infracción da lugar al vicio de inexistencia.

Como ya se dijo, pueden distinguirse cuatro grandes tipos de NSPJ: a) las que confieren a un sujeto competencia para crear cierto tipo de normas, de cuya infracción resulta un *vicio de incompetencia formal*; b) las que disciplinan el procedimiento para ejercer la competencia normativa, de cuya infracción resulta un *vicio deforma o procedimiento*; c) las que limitan o delimitan el ámbito material de ejercicio de una competencia normativa, de cuya infracción resulta un *vicio de incompetencia material;* d) las que limitan el contenido dispositivo de las normas creadas, cuya infracción provoca un *vicio sustantivo o material*.

En la interpretación de R.Guastini no queda claro cuáles de estas NSPJ traducen auténticas condiciones de existencia jurídica de las fuentes a las que van referidas; no obstante, parecen ser las primeras y sólo algunas de las segundas. Las normas que confieren competencias, según esta opinión, no son normas en sentido estricto; no pueden ser «violadas» ni «observadas», sino que incorporan definiciones o reglas constitutivas, y justamente por ello una «ley» que se separe de ellas no será propiamente una ley inválida, sino inexistente[29]. Más complicado es el caso de los vicios de procedimiento,

demás, como tales reglas deben aparecer en el definiens de una eventual definición de la actividad (o norma) de que se trate, hablaremos de reglas constitutivas o definiciones, indistintamente.

[28] R. Guastini, «Ordinamento gitiridico», *Digesto*, IV Ed., vol. X Pubblico, UTET, Torino, 1995, pp. 8 y 16 (separata).

[29] R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Turín, Giuffrè, 1993, p. 51. En un trabajo posterior precisa que «un vicio de incompetencia formal de una ley... podría ser reconocido no sólo por la Corte Constitucional, sino por *cualquier juez*», *Distinguendo*..., cit., p. 274.

donde «no parece posible trazar una precisa línea divisoria entre la invalidez... y la inexistencia», dado que tampoco «es claro si las normas que disciplinan el ejercicio de una competencia normativa deben considerarse... normas «constitutivas» (y por tanto definiciones)»[30]. Por el contrario, tanto las normas que limitan o delimitan las competencias materiales como lasque condicionan el contenido sustantivo parecen ser auténticas normas (no definiciones), y por ello su violación da lugar a invalidez, no a inexistencia. En suma, el vicio de incompetencia formal y el de procedimiento (aunque éste no siempre) darían lugar a la»inexistencia», mientras que el vicio de incompetencia material y el sustantivo (y a veces el de procedimiento) darían lugar a la «invalidez». La distinción entre inexistencia e invalidez parece que se establece en base al propio *carácter de las NSN*: la infracción de definiciones o reglas constitutivas daría lugar a la inexistencia; la infracción de las normas regulativas, a la invalidez.

El binomio invalidez-inexistencia no siempre se articula -o no expresamente- en tomo a la distinción entre definiciones o normas constitutivas y normas regulativas, pero se establece también en función de una tipología de normas que en la práctica conduce a resultados equivalentes. Así sucede, por ejemplo, en la literatura jurídica constitucionalista, donde -en líneas generales- la explicación es la siguiente: dan lugar a la «inexistencia» los vicios formales, esto es, los de incompetencia formal y algunos de procedimiento; ocasionan la «invalidez» (de normas ya existentes) los vicios materiales, es decir, los de incompetencia material y los sustantivos[31]. Y una posición similar a ésta, ya en el ámbito de la teoría jurídica, es la de L. Ferrajoli, quien, aunque con terminología diferente, viene a sostener también la doble naturaleza de las NSPJ: una norma se considera *vigente* -existente, hemos dicho hasta aquí- cuando respeta las exigencias *formales* de producción, mientras que será válida cuando además observe los requisitos *sustantivos* o de contenido. Por eso, cuando la ineficacia de un sistema de normas acerca de la producción «llegue al punto de no respetar siquiera las

[30] *Le fonti*..., cit., pp. 52-53. En *Distinguendo*... afirma Guastini que «por lo general, la violación de *una* sola norma de procedimiento implica invalidez (y no inexistencia), mientras la (improbable) violación de *todas* las normas procedimentales produce seguramente la inexistencia», cit., p. 275.

[31] Así, la falta de aprobación del texto legislativo por las Cámaras, o la no promulgación del texto aprobado por éstas, o la disconformidad entre el texto aprobado y el definitivamente promulgado son ejemplos recurrentes de inexistencia; mientras que el exceso del ámbito competencial asignado al legislador o la violación de disposiciones constitucionales atinentes al contenido dispositivo de la ley son típicos ejemplos de invalidez. Vid., por ejemplo, C. Esposito, *La validità delle leggi* (1934), reimp. Milán, Giuffrè, 1964, pp. 280 ss.; M. Sandulli, «Legge (vizi della)», *Novis. Dig. It.*, Turín, UTET, y ed. 1957, IX, p. 648; L. Pastor Ridruejo, «Aplicación de la ley y control de constitucionalidad», *El Tribunal constitucional*, cit., III, p. 2021.

condiciones formales de validez del acto de producción normativa, diremos que la norma no ha sido producida y por consiguiente no está vigente, no existe». En cambio, cuando la norma presente únicamente vicios sustantivos, «diremos que no es válida, aunque esté vigente, o exista»[32].

Como puede apreciarse, en todos los casos enunciados la figura de la «inexistencia» se vincula a la infracción de un tipo de NSPJ: unas veces se identifican con las normas «formales» (o que fijan condiciones formales de validez); otras con las definiciones o las reglas constitutivas. No obstante, las dos explicaciones muestran una cierta superposición de criterios. Por un lado, tienden a identificarse como normas constitutivas las que fijan condiciones formales de validez, por lo que ambos criterios conducen en la práctica a resultados equivalentes. Por otro, quienes cifran la clave de la inexistencia en la infracción de normas formales parecen considerar que -entre todas las NSPJ- sólo éstas incorporan condiciones fuera de las cuáles el acto o norma no es recognoscible como parte del tipo de fuente del que se reclame; podría decirse que, en el fondo, se trata siempre de una misma explicación teórica: la infracción de definiciones o reglas constitutivas.

Apelar al carácter constitutivo de las NSPJ como criterio de identificación de la existencia jurídica resulta inobjetable desde un punto de vista conceptual, pues -por definición- la infracción de una regla constitutiva provoca un vicio de inexistencia, dado que impide reconocer el acto o norma como parte del sistema. Ahora bien, esta postura plantea al menos dos problemas, uno de índole práctica y otro referente a la composición del ámbito de las NSPJ que son reglas constitutivas.

El problema práctico reside en que no resulta nada fácil discernir cuándo se ha violado una definición o regla constitutiva, dando lugar a la inexistencia, y cuándo una norma que tan sólo establece limitaciones a la actividad legislativa, dando lugar a la invalidez. Por ello, en este sentido, Alchourrón y Bulygin señalan que la línea divisoria entre las definiciones por un lado y las normas por otro es hasta cierto punto arbitraria, pues no existe un criterio que permita decidir en todos los casos frente a un artículo determinado si éste expresa una definición o una norma[33]. Es evidente, en efecto, que una ley creada con el concurso de una sola Cámara legislativa no es más que una «apariencia» de ley, una norma *inexistente*; como tal vez fuera asimismo evidente que una ley orgánica aprobada sin la mayoría reforzada necesaria sería una ley *inexistente*, naturalmente en tanto que ley orgánica. Por otro lado, parece que una ley autonómica cuya constitucionalidad

[32] L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), trad. P. Andrés, A. Ruiz Miguel, J C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Madrid, Trotta, 1995, p. 359.

[33] C. Alchourrón y E. Bulygin, «Definiciones y normas», cit, pp. 460-61.

pueda discutirse por regular materias de competencia estatal sería una ley *existente*, aunque tal vez termine siendo declarada inconstitucional; como también parece seguro que una ley de la que pueda discutirse su conformidad con el régimen constitucional de derechos fundamentales sería una ley existente, aunque quizá termine siendo declarada inconstitucional. Ahora bien, entre los dos primeros casos y los dos últimos puede existir una amplia gama de supuestos en los que ya no quepa establecer con claridad si se trata de normas existentes o inexistentes; esto es, si se ha violado una regla constitutiva o un simple límite a la actividad normativa[34].

El vicio de incompetencia formal (tal vez siempre) y el vicio de forma (en algunos casos) pueden dar lugar a la inexistencia; pero no ha de ser necesariamente así. Por ejemplo, con referencia al segundo de ellos, si se cuestiona la inconstitucionalidad de una ley por un simple error en el recuento de la mayoría parlamentaria exigida para su aprobación, difícilmente se tendría la ley por inexistente[35]. Por su parte, el vicio de incompetencia material y el sustantivo no provocarán en la mayoría de los casos la inexistencia de la norma; pero no siempre tiene por qué ser así. Por ejemplo, con respecto al primero de ellos, una ley autonómica que estableciera regulaciones sobre la organización del Ejército probablemente sería considerada inexistente, porque ésta es una materia de clara competencia estatal; como quizá sucedería lo mismo con un reglamento municipal que impusiera penas de prisión. Y asimismo, con respecto al segundo, es probable que pudiera considerarse inexistente una ley penal que estableciera la pena de muerte. Por lo demás, no se trata sólo de que en la práctica sea difícil determinar qué reglas son definiciones -o partes de definiciones- y cuáles no. Es que hay quien mantiene incluso que el incumplimiento de los requisitos exigidos por una definición provoca la nulidad del acto o norma definida, pero nulidad «en sus diversos matices, que van desde el acto inexistente y nulidad absoluta hasta la nulidad relativa y anulabilidad»[36]. En otras palabras, y dado que son cuestiones independientes, como ya adelantamos en el

[34] Con todo, algunas de las «evidencias» de que se habla en el texto son premeditadamente problemáticas. Así, una regulación que adopta la forma ordinaria, debiendo adoptar la orgánica, parece que presenta un vicio de procedimiento, ya que no se observaron los requisitos de mayoría reforzada, aunque también puede concebirse como un vicio de incompetencia material, dado que el legislador ordinario excedió su ámbito competencial; pero, sea como fuere, parece casi seguro que un Juez considerará la norma como inválida y en ningún caso como inexistente.

[35] Es más, se sostiene que hay que distinguir entre las meras irregularidades procedimentales sin eficacia invalidante y los vicios invalidantes; pero aún dentro de estos últimos, entre los vicios que admiten sanación y los que no. Sobre ello, P. Biglino, *Los vicios en el procedimiento legislativo*, Madrid, CEC, 1991.

[36] C. Alchourrón y E. Bulygin, «Definiciones y normas», cit., p. 463.

epígrafe I, la simple identificación de vicios de inexistencia y de invalidez no conlleva necesariamente el establecimiento de distintos regímenes de invalidación.

Por otra parte, y éste es el segundo problema enunciado, ¿qué es lo que hace pensar que sólo forman parte de la definición de ley las normas de competencia normativa y de procedimiento y no, en cambio, las de competencia material y de contenido? En un sistema jurídico en el que la coherencia con la Constitución se establece como criterio de validez de una ley, bien puede sostenerse que la definición de ley no comprende las leyes incoherentes. Y otro tanto cabría decir del requisito de competencia material. Por lo demás, me parece que el propio Guastini tiene presente esta circunstancia al afirmar que no puede trazarse una estricta separación entre inexistencia e invalidez porque «no es posible decir con precisión a cuáles (y a cuántas) normas sobre la producción jurídica debe ser conforme una norma para superar la barrera de la "inexistencia" sin alcanzar sin embargo la validez»[37]. En suma, en ausencia de una diferenciación normativa entre inexistencia e invalidez, la distinción entre ambas hipótesis es «insuperablemente problemática»[38].

Una vez abandonado el camino de la dicotomía entre definiciones y normas, parece que nuestra distinción depende de las determinaciones del Derecho positivo o, cuando menos, de las posibilidades hermenéuticas que éste ofrezca. Por ello se trata de ver ahora si cabe aventurar algún criterio que permita postular un reconocimiento por el orden jurídico, ya en el plano normativo, ya, si es posible, en el marco de la interpretación.

3) *Ventajas y dificultades del concepto de inexistencia*

La inexistencia -ya se señaló- se traduce en la posibilidad de inaplicación de la norma por parte de los operadores jurídicos, con independencia del régimen general de invalidación establecido, así como en el reconocimiento de plenos efectos retroactivos a una eventual sentencia de inconstitucionalidad; sencillamente, una norma inexistente no precisaría someterse a un juicio específico de validez[39], y, de someterse, la declaración de inconstitucionalidad tendría efectos *ex tunc*. En esto consiste la función de la inexistencia, en instaurar un particular régimen de invalidación para ciertos

[37] R. Guastini, «ordinamento giuridico», cit., p. 16.

[38] G. Zagrebelsky, *La Giustizia costituzionale,* Bolonia, Il Mulino, 2ª ed., 1988, p. 164.

[39] Es más, se sostiene incluso que la inexistencia conlleva la *imposibilidad* de una intervención *ad hoc* del órgano encargado de controlar la constitucionalidad, pues para ello es necesario que la norma exista. En este sentido, la Corte cost. italiana, en sentencia 152/1982, afirmaba que «es contradictorio asumir la radical inexistencia de la ley y al mismo tiempo dirigirse a la Corte para que declare su inconstitucionalidad».

vicios al margen del régimen general de invalidación instaurado en el sistema, que obviamente es distinto, pues si no, no hay cuestión. Creo que esta función, además, muestra un *fundamento* serio: es propio del sistema, en cuanto sistema «jurídico», defenderse frente a los elementos extrajurídicos o *extra ordinem*, expulsándolos de su seno lo más rápida y eficazmente Posible. Pues bien -si dejamos de lado los sistemas de control preventivo de constitucionalidad-, la defensa más rápida y eficaz es la que realizan difusamente los jueces ordinarios inaplicando la ley inconstitucional. Por ello, una razón fuerte (tal vez la única) que apoya el régimen de la inexistencia es la necesidad de reaccionar rápida, eficaz y vigorosamente contra los elementos extraños al ordenamiento[40].

Ahora bien, queda aún por determinar en base a qué elemento puede establecerse esa distinción; es decir, cuál es el *criterio* que permite configurar la «inexistencia» como distinta de la «invalidez». Me parece que en la elección de este criterio han de tenerse en cuenta dos exigencias. En primer lugar, el criterio debe ser coherente con la función que la inexistencia está destinada a cumplir, y como esta función consiste en establecer un particular régimen de invalidación orientado a reaccionar de un modo expeditivo frente a aquellos actos o normas que resultan más groseramente irregulares, el criterio tiene que apelar a una clase de vicios que justifiquen esa rápida actuación. En segundo lugar, la inexistencia así construida no debe dejar sin eficacia al régimen general de invalidación establecido en el sistema. En efecto, tal vez pudiera argumentarse que el objetivo al que se endereza la inexistencia es perseguible en todos los casos de invalidez; es decir, que lo óptimo sería siempre una actuación rápida y eficaz frente a los elementos extrajurídicos. Ello puede ser cierto, pero es necesario cohonestar este objetivo con otros valores que el sistema ha querido proteger al instaurar un régimen de invalidación distinto a la inexistencia; por ejemplo, en los casos de jurisdicción constitucional concentrada, el privilegio de la ley, de las mayorías parlamentarias en definitiva.

Teniendo en cuenta estas dos exigencias, parece que tan sólo cabe pensar como criterio de la inexistencia en la *manifiesta e indubitada inconstitucionalidad*, dado que es éste un elemento que justifica la inmediata ineficacia (inaplicación) de la norma en el sistema y que, al mismo tiempo, no cancela el régimen general de invalidación establecido. Ciertamente se trata de un criterio impreciso, elástico y, en definitiva, débil, pero creo que

[40] Acertadamente, a nuestro juicio, señala G. Zagrebelsky que la inexistencia de la ley, en cuanto posibilidad de inaplicación de la misma por parte de cualquier juez, no es un problema de coherencia, sino de «defensa del ordenamiento frente a hechos externos (no frente a un vicio interno), tarea que no puede ser monopolio de la Corte, sino que debe desarrollarse difusamente», *La Giustizia costituzionale*, cit., p. 165.

también se halla latente en las elaboraciones ya examinadas, pues la vinculación de la inexistencia a la infracción de las normas que establecen condiciones formales de invalidez (o de las normas constitutivas, pero tendiendo a identificar éstas con las que establecen condiciones formales de validez), parece obedecer en el fondo a la «facilidad» para detectar la infracción. Esto me parece particularmente evidente en la posición de L. Ferrajoli, que al vincular el binomio inexistencia-invalidez al carácter formal o material del vicio, lo hace equivalente al tipo de juicio que comporta la verificación del vicio: simple (y fácil) averiguación empírica, en el primer caso; juicio valorativo, en el segundo[41]. En suma, diremos que una norma es inexistente cuando carece en absoluto de una apariencia de validez; es decir, cuando su invalidez sea manifiesta, evidente y fácilmente recognoscible; cuando no hay dudas de que, llegado el caso, la norma será declarada inválida por el órgano competente.

Aunque con terminología parcialmente diferente, esta opinión cuenta con algún apoyo doctrinal. Así, hay quien ha cifrado la «irrecognoscibilidad» de un acto o norma (su inexistencia) no en la infracción de específicas NSPJ, sino en su «incompatibilidad irreversible o irreparable» con las normas, sean del tipo que sean, que establezcan condiciones de validez *stricto sensu.* En concreto, con referencia a un supuesto particularmente problemático como es el de las normas de procedimiento, «si un acto normativo es recognoscible como tal, independientemente de la conformidad de su procedimiento de formación a las normas que lo regulan, será existente»[42]. Y en relación con las normas que limitan el objeto o el contenido normativo, supuesto casi sistemáticamente excluido del ámbito de condiciones de la existencia, también «es posible que -excepcionalmente- esas normas se erijan en condiciones necesarias de la existencia de otras normas... Son hipótesis extremas, pero no por ello inimaginables. En estos casos, la incompatibilidad... es irreversible o irreparable, y no permite una eficacia precaria de la norma en el ordenamiento»[43]. En resumen, llamamos inexistencia a los

[41] Los juicios sobre la vigencia son juicios de hecho que tan sólo requieren una averiguación empírica, mientras que los juicios de validez ostentan un carácter valorativo. *Derecho y razón*, *cit*, pp. 874 ss. Con todo, lo cierto es que Ferrajoli no extrae ninguna consecuencia diferenciadora en relación con el régimen de invalidación de una norma inexistente y de una norma inválida; al contrario, parece que el juez ordinario sólo vendría llamado a aplicar las normas que reúnan tanto las condiciones de validez como de vigencia (pp. 873 y 926).

[42] F. Modugno, «Validità», *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1993, p. 45.

[43] *Ibidem*, p. 46. Así, una norma que prevea la pena de muerte, o que suprima la Corte constitucional. Pero los supuestos no tienen por qué ser tan extraordinarios, pues cabe pensar que lo mismo sucedería «en los casos en que la Constitución haga referencia a términos o nociones de arraigado sentido común». Más aún, con mucha frecuencia la Constitución fija términos inderogables o datos y cálculos numéricos absolutamente inequívocos, cuya modificación expresa debería dar lugar a la nulidad-inexistencia de la ley que los hubiese dispuesto», F. Modugno, «Legge (vizi della)», en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1973, p. 1027.

vicios que prevemos que determinarán la invalidez con toda seguridad o, lo que es igual, a la manifiesta e indubitada inconstitucionalidad. Pero esta afirmación requiere algunas consideraciones adicionales.

La primera observación hace referencia al carácter del juicio de inexistencia. Dictaminar sobre la existencia de una norma resulta en parte idéntico a dictaminar sobre su validez; se trata, pues, de un juicio *descriptivo* destinado a constatar si determinada norma reúne las condiciones de pertenencia establecidas en el sistema. Sin embargo, el juicio de inexistencia presenta *además* una dimensión en cierto modo *predictiva*, porque requiere «aventurar» que ese vicio es de tal naturaleza o magnitud que, con toda seguridad, conducirá a la declaración de invalidez. Ahora bien, interesa subrayar que esa dimensión predictiva requiere algún respaldo normativo, pues, desde un punto de vista teórico, el juicio de inexistencia no se distingue en nada del juicio de invalidez: o las NSPJ presentan claramente dos fisonomías distintas (reglas constitutivas o de existencia y reglas de comportamiento o de validez), y ya hemos formulado una respuesta negativa, o irremediablemente validez y existencia aluden a unas mismas condiciones de pertenencia[44].

A este respecto, la construcción de la idea de inexistencia de la ley y el consiguiente reconocimiento al juez ordinario de una facultad de inaplicación resulta sumamente complicado en un modelo de jurisdicción concentrada, como el español. Y no porque el juez ordinario no sea también un juez de constitucionalidad, que lo es en algunos casos. El problema reside en que -según interpretación que creo casi unánime- la existencia de la cuestión de inconstitucionalidad excluye con carácter absoluto que el juez ordinario pueda decidir sobre la validez de una ley[45]; aunque, eso sí, si la ley es preconstitucional se admite el juego del esquema derogatorio. Con todo, y aunque a la vista de tal unanimidad la interpretación puede parecer forzada, lo cierto es que el tenor literal de la LOTC permitiría, a mi entender, un posible juicio de inexistencia por parte del juez ordinario. Dice su art. 35.1 que

[44] Otra cosa es que se tome como punto de partida un concepto predictivo de validez, según admite alguna interpretación de A. Ross, algo que no se ha hecho en este trabajo. Vid. sobre ello E. Pattaro, *Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia jurídica* (1978), trad. J. Iturmendi, Madrid, Reus, 1980, pp. 257 ss.

[45] Vid., por ejemplo, J. Almagro, *Justicia constitucional*, cit., p. 427; J. Arozamena, «El recurso de inconstitucionalidad», cit., p. 146; J. González Pérez, «La cuestión prejudicial de inconstitucionalidad», *El Tribunal Constitucional,* cit., II, p. 1224; J. M. Sala, «Consideraciones sobre la cuestión de inconstitucionalidad», *El Tribunal Constitucional,* cit., III, p. 2453; P. Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, CEC, 1985, pp. 126 ss.; F. Rubio, «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Madrid, CEC, 1993, p. 474.

cuando el juez considere que una ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo «pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional...». Pues bien, la expresión «pueda ser», que sugiere por cierto un juicio predictivo, supone la existencia de una duda, pues es claro que si el juez no duda porque considera seguro que la ley es constitucional no precisa plantear cuestión alguna. Pero, ¿y si su seguridad versa no sobre la validez de la ley, sino sobre su invalidez?, ¿si carece de toda duda, pero no de que la ley es constitucional, sino, a la inversa, de que es groseramente inconstitucional?, ¿cabría pensar entonces en la pura y simple inaplicación de una ley que se juzga no ya inválida, sino inexistente? Desde luego -y ya que hablamos de juicios predictivos- no parece que hoy por hoy sea viable una respuesta afirmativa[46]. Con todo, cabría pensar en una modificación normativa en el sentido indicado; más aún, cabría pensar en una interpretación favorable del Tribunal Constitucional sobre el argumento de que, para plantear cuestión de inconstitucionalidad, la ley debe ser al menos recognoscible como tal, esto es, como elemento *intra ordinem*. Todo lo cual resultaría coherente con el proceso de acercamiento entre los modelos norteamericano y europeo de justicia constitucional.

Por otra parte, la construcción de una categoría de inexistencia o manifiesta inconstitucionalidad debería conducir también a una fórmula de control más vigorosa, que no debería consistir, por tanto, sólo en la sustitución del modelo concentrado por el difuso, sino en una especie de modelo mixto donde coexistan ambos: posibilidad de inaplicación inmediata en los casos de manifiesta inconstitucionalidad y posibilidad, al mismo tiempo, de una intervención *ad hoc* del Tribunal constitucional[47] que, además, garantizase sin paliativos los efectos *ex tunc* de la declaración de inconstitucionalidad (inexistencia).

---

[46] Más permisiva parece la doctrina italiana. «En nuestro ordenamiento, escribe Guastini, el juez ordinario... puede inaplicar una ley «inexistente» -un documento que ni siquiera sea recognoscible como ley- sin que necesite remitir la cuestión a la Corte constitucional», *Le fonti del diritto....* cit., p. 53, donde cita la sentencia 152/1982 Corte Const. en dicho sentido.

[47] En análogo sentido. G. Zagrebelsky discrepa de la postura mantenida en la aludida sentencia 152/1982 Corte Cost. y sugiere para la inexistencia la misma solución que se adoptó para la inconstitucionalidad sobrevenida: «jurisdicción de la Corte constitucional (con fines de certeza), sin excluir, en los casos más evidentes, el poder de inaplicación inmediata por parte de cualquier juez», *La giustizia costituzionale*, cit., p, 164.

También M. Atienza y J. Ruiz Manero, aunque desde su visión de la inexistencia como infracción de las «reglas que confieren poderes», afirman que cuando «*claramente* no se haya realizado el acto normativo (por ejemplo, porque el sujeto no estaba cualificado para realizarlo) obviamente no existe posibilidad de impugnación. Pero es evidente que las reglas que confieren poderes pueden presentar una trama abierta, un *halo de penumbra*, capaz de hacer controvertible si el acto normativo ha sido o no realizado; con la consecuencia de que los sistemas jurídicos bien pueden prever la posibilidad de impugnación también en estos casos», «Adversus Pompeyanos...» , cit., p. 242, subrayado añadido.

En concreto, y con referencia a este último aspecto, me parece que en los casos de leyes inexistentes no se debería permitir la conservación de ninguna situación jurídica nacida a su amparo, tal vez ni siquiera de la cosa juzgada que hoy establece el art. 40 LOTC. Al fin y al cabo, si en un sentido los Tribunales Constitucionales se han orientado por motivos prácticos hacia la formación de una jurisprudencia prospectiva, parece razonable que, en sentido contrario y por idénticos motivos, se orienten también hacia una jurisprudencia plenamente retroactiva. No parece exagerado pretender que un vicio «manifiesto» no deba dejar rastros en el ordenamiento.

Junto a estos problemas que pudiéramos llamar normativos, la construcción de un concepto de inexistencia distinto al de invalidez presenta también una dificultad práctica importante: la de configurar los signos que hagan posible predecir que una norma será declarada inválida. Desde luego, no existen reglas formales que permitan orientar una tal predicción, pero creo que puede afirmarse que cuanto mayor es el esfuerzo interpretativo necesario para detectar un vicio, menor es la seguridad de que éste se declare. En efecto, el vicio se manifiesta con más evidencia cuando las condiciones de validez de las normas se hallan altamente formalizadas. Por ello, la evidencia disminuye cuando se está ante condiciones materiales de validez, ya que entonces se requiere un alto grado de interpretación normativa, y aumenta cuando se está ante condiciones formales de validez, porque entonces apenas se requiere interpretación[48].

Así, el vicio de incompetencia formal resultará siempre más o menos claro, pues sólo hay que comprobar si el sujeto que produjo la norma coincide con aquél al que una norma superior atribuyó la competencia para crear ese tipo de normas; lo que, además, en el caso de sujetos normativos que son órganos del Estado, no puede revestir demasiadas dudas: no hay que hacer una comprobación *ad personam*, sino sólo formal[49].

---

[48] Creo que un planteamiento parecido subyace a la crítica de M. Jori a la distinción de L. Ferrajoli entre inexistencia o falta de vigencia (fundada en la infracción de condiciones formales de validez) e invalidez (fundada en la infracción de condiciones materiales de validez). Según Jori, en ambos casos lo que se infringen son requisitos establecidos por normas superiores, y por tanto no hay una diferencia sustantiva entre ellas. Si la distinción puede parecer correcta es porque «*de hecho* las llamadas normas formales (por lo general normas de competencia o de procedimiento) son casi siempre semánticamente más precisas y rigurosas que las otras». Pero -añade- manifiestan «los mismos problemas de indeterminación semántica, discrecionalidad interpretativa y referencias a parámetros valorativos». Incluso -señala en nota a pié de página- hasta la más precisa de las normas de procedimiento puede plantear problemas interpretativos, «La cicala e la formica», *Le ragioni del garantisnio. Discutendo con L. Ferrajoli*, L. Gianformaggio (coord.), Turín, Giappichelli, 1993, p. 84.

[49] Con todo, esta hipótesis, que sería claramente de inexistencia, resulta ser también de laboratorio, al menos en una situación de normalidad en la vida del Estado: no es pensable que un Ayuntamiento dicte una «ley», sino, en su caso, un reglamento ilegal o con invasión de la reserva de ley.

La hipótesis de vicios de procedimiento resulta sin duda más previsible, pero -en contrapartida- presenta mayores dificultades, pues las NSPJ de procedimiento son muy numerosas y no siempre puede detectarse su violación sin interpretación. Máxime si, como mantienen algunos, hay que hacer una lectura instrumental de este tipo de normas, con lo cual la invalidez por infracción de normas de procedimiento estará condicionada a la existencia de elementos no estrictamente formales[50].

Esto es aún más evidente en el caso del vicio de incompetencia material. La limitación y delimitación de competencias materiales padece de una escasísima formalización en el ordenamiento. De manera que no resulta ni mucho menos fácil detectar si una fuente, al dictar una concreta regulación normativa, ha rebasado el ámbito de su competencia material. Esta es la razón por la cual, en la mayoría de los casos en que se discute si se ha respetado o no una norma de competencia material, la cuestión está lejos de ser clara y exige una interpretación de la disposición producida. Ahora bien, ello no obsta para que en un determinado supuesto, bien porque se esté ante una competencia formalmente bien delimitada (normativa, doctrinal o jurisprudencialmente), bien porque se esté ante una infracción de la competencia absolutamente grosera, el vicio de competencia se presente como evidente. Por ejemplo: una ley autonómica que contenga una regulación sobre la defensa nacional.

Por último, el vicio sustantivo es quizá el menos evidente, pues, por definición, constituye la constatación de una antinomia, por lo que es siempre necesaria una interpretación de las normas en conflicto. Esto no significa que no pueda haber casos en que la antinomia resulte evidente, casos en los que pueda afirmarse con seguridad que el órgano competente para enjuiciar la invalidez, de ser llamado a pronunciarse, declararía la presencia del vicio sustantivo y la consiguiente invalidez de la norma[51]. Pero tales casos serán poco frecuentes, al menos en períodos de normalidad constitucional; pensemos, por ejemplo, en una ley que estableciera la pena de muerte para tiempo de paz.

En resumen, la distinción entre inexistencia e invalidez no sirve a un designio teórico, salvo que aceptásemos la doble naturaleza de las NSPJ, por ejemplo, entre reglas constitutivas y normas imperativas; pero sí presenta un cierto interés práctico en aquellos sistemas jurídicos que establecen un modelo para la declaración de invalidez de las leyes que -a la postre- representa

[50] P. Biglino, *Los vicios del procedimiento legislativo*, cit.

[51] Tal vez el ámbito propio de este tipo de supuestos sea el de aquellos «casos en que la Constitución haga referencia a términos o nociones de arraigado significado» o fije «términos inderogables o datos y cálculos numéricos absolutamente inequívocos», vid. F. Modugno, «Legge (vizi della)», cit., p. 1027.

un privilegio para el legislador y constituye una excepción al sistema común de invalidación previsto para el resto de los actos jurídicos. Dicho interés no reside lógicamente en la posibilidad de suplantar sin más ese modelo privilegiado que se concreta en la cuestión de inconstitucionalidad, sino en la de complementarlo, siquiera como propuesta de *lege ferenda*, con un régimen más vigoroso de invalidación para aquellos supuestos de inconstitucionalidad más groseros que suponen, no ya una infracción de la Constitución, sino una quiebra abierta e indubitada de la misma; hipótesis que, se repute o no como de laboratorio, tampoco cabe excluir en un planteamiento general ni, por supuesto, en circunstancias de cierta anormalidad en la vida del Estado. Un régimen de invalidación por inexistencia que, al menos, debería traducirse en dos aspectos: inaplicación por parte del juez ordinario y, en su caso, sentencias plenamente retroactivas del Tribunal Constitucional.

III. CONCLUSIONES

1.º El *régimen de validez* de las normas es el conjunto de reglas que establecen sus condiciones de existencia jurídica. El régimen de validez identifica (simultáneamente) el régimen de «vicios».

2.º El *régimen de invalidación* de las normas es el conjunto de reglas que institucional izan el sistema de control de su invalidez y (paralelamente) el régimen de eficacia de la norma inválida.

3.º El *régimen de eficacia de los actos jurídicos declarativos de la invalidez* es el conjunto de reglas que establece el tipo de eficacia (temporal) de estos actos.

4.º La distinción nulidad/anulabilidad se usa (ambiguamente) para hacer referencia a cada uno de estos tres regímenes y es confusa. A veces alude al régimen de validez (vicios de nulidad o de anulabilidad), otras al régimen de invalidación (sistema difuso o concentrado) y otras al régimen de eficacia de los actos que declaran la invalidez (efectos retroactivos o prospectivos).

5.º Los tres regímenes mencionados son independientes entre sí: cada sistema jurídico puede establecer una concreta combinación de los mismos.

6.º No obstante, cabría plantear si -pese a la independencia entre estos tres regímenes- es posible configurar en algún supuesto una conexión entre ellos a través del concepto de «inexistencia». El concepto de inexistencia *aludiría* así a un especial tipo de vicio (el de inexistencia), supondría un peculiar régimen de invalidación (el de la inaplicación) y su eventual declaración por un órgano «ad hoc» tendría asimismo un tipo de eficacia particular (la plena retroactividad).

7.º Si se parte de un *concepto de validez* como existencia jurídica de una norma, la distinción entro inexistencia e invalidez carece de sentido desde

un punto de vista *teórico*, salvo que se aceptase que conceptualmente existen dos clases bien diferenciadas de NSPJ. Sin embargo, la distinción entre reglas constitutivas e imperativas no parece ofrecer fundamento sólido a la configuración de la inexistencia en los términos planteados.

8.º Lo anterior no obsta para que *normativamente* se configure la «inexistencia» identificando claramente un conjunto de vicios a los que se podría anudar un régimen propio (difuso) de invalidación, así como unos efectos particularmente vigorosos (plenamente retroactivos) para su declaración.

9.º Cuando el sistema no configura normativamente la inexistencia, sólo cabe argumentar a su favor en sede doctrinal y acaso, mediante una interpretación aún no producida, también en sede jurisprudencial.

10.º Para argumentar en favor de la inexistencia es necesario que su distinción con la invalidez tenga fundamento. A este respecto hay que decir que la inexistencia, por cuanto particular régimen de invalidación, persigue un objetivo que la justifica: proporcionar un eficaz instrumento de reacción frente a los elementos extrajurídicos.

11.º El criterio que haya de configurar la inexistencia tiene que permitir cohonestar el objetivo que ésta persigue con las finalidades propias del régimen general de invalidación establecido; esto es, no se puede dejar sin eficacia el régimen general de invalidación.

12.º Teniendo en cuenta esta exigencia, parece que sólo cabe acudir al criterio, sin duda lábil y escurridizo, de la «manifiesta inconstitucionalidad» o «evidencia de invalidez», lo que supone un juicio predictivo acerca del carácter indiscutible de alguno de los vicios de invalidez constatados. Con una u otra terminología, este es el criterio que se desprende tanto de las aproximaciones teóricas más generales como de las construcciones dogmáticas de Derecho público.

13.º La absoluta falta de apariencia de validez de una norma, ocurrirá, sobre todo, cuando los requisitos de validez estén tan altamente formalizados que la invalidez pueda ser fácilmente reconocida por cualquier operador jurídico. Por tanto, la posibilidad del juicio de inexistencia de una norma se halla en una relación inversamente proporcional al esfuerzo interpretativo necesario para constatar la existencia de un vicio en su formación o contenido.

CÓMO HACER COSAS CON ACCIONES (EN TORNO A LAS NORMAS DE ACCIÓN Y LAS NORMAS DE FIN)

1 Quisiera comenzar mi exposición con una advertencia: les advierto que corren el peligro de sentirse mortalmente aburridos dentro de escasos minutos. Temo que en estas páginas les voy a abrumar con una cantidad excesiva de matices y distinciones, acaso no muy acertadas. Mi única excusa, que me apresuro a ofrecer, es mi formación en lo que familiarmente llamamos la mayoría de los aquí presentes «filosofía analítica». La «filosofía analítica» me sigue pareciendo el método más fructífero en relación con los temas de los que nos ocupamos. Llegué al convencimiento de ello por dos vías: a través de las discusiones con mis compañeros de Alicante y con la lectura de los trabajos de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin.

Sin embargo, si es cierto que a través de estos autores me introduje en el método analítico, hay algo que no he logrado aprender de ellos: me refiero a su habilidad para combinar de una manera tan notable la profundidad en el análisis con la claridad, la elegancia y la amenidad de la exposición. Si ellos hubieran escrito estas páginas, no sólo carecerían probablemente de errores, sino que, además, ustedes no se aburrirían tanto. Espero que Eugenio Bulygin, cuando compruebe lo fundado de mi advertencia inicial, me indique si existe alguna receta secreta, aunque mucho me temo que no exista tal cosa y que la única receta sea en realidad un intenso, serio y prolongado esfuerzo. Gracias a ese esfuerzo, la obra de «Carlos Eugenio Bulyrrón» se ha convertido en una de las más importantes de la filosofía del Derecho de los últimos años. Sus libros y artículos son el mejor ejemplo de la mejor aplicación del análisis lógico a la teoría de la norma y al Derecho.

En este trabajo voy a tratar de encontrar un resquicio donde «colarme» entre la obra de estos autores, por un lado, y la obra de Georg Henrik von Wright, por otro. Como saben ustedes, los trabajos de Alchourrón y Bulygin han introducido en la discusión de los filósofos del Derecho las investigaciones de von Wright sobre el concepto de norma y la lógica deóntica, y

no es difícil advertir que la obra de Alchourrón y Bulygin y la de von Wright presenta una gran afinidad respecto a los métodos empleados y la selección de los temas. Sin embargo, existe una característica muy destacada en la obra de von Wright que no se encuentra en la de Alchourrón y Bulygin: me refiero a su insistencia en la dependencia entre el concepto de acción y el concepto de norma. Varios de los sistemas de lógica deóntica desarrollados por von Wright están basados en la lógica de la acción, lo que le ha llevado a analizar en profundidad esta noción. En cambio, en ninguna obra de Alchourrón y Bulygin se encuentra este interés por la teoría de la acción.

En *Normative System*, estos autores sostienen que el contenido de las normas es siempre una conducta o un estado de cosas resultado de una conducta[1]. En mi opinión, merece la pena profundizar en esta afirmación, porque podemos descubrir que, bajo una aparente uniformidad, los contenidos de las normas esconden distinciones que pueden ser relevantes. Permítanme comenzar este análisis con una historia, que nos servirá de ejemplo.

2. Supongamos que en un reino, el reino de Sollen, se alzan dos grandes templos, el Templo de Sein y el Templo de Tun, y que en cada templo hay una puerta sagrada que esconde graves misterios. Supongamos que cada una de estas puertas es custodiada por un guardián y que cada guardián se encuentra ante un muro de piedra en el que hay una palanca, un botón y una manivela. Todos estos instrumentos están conectados con la puerta sagrada de manera que al empujar la palanca hacia arriba ésta se cierra, y lo mismo ocurre si se presiona el botón o si (con algo más de esfuerzo) se dan varias vueltas a la manivela. No habría otra manera de cerrar las puertas, si éstas se abrieran. Sobre cada puerta hay una inscripción en letras rojas. Los templos, las puertas, el mecanismo de las puertas y hasta los dos guardianes se dirían idénticos, pero las inscripciones difieren sutilmente. Sobre la puerta del Templo de Sein la inscripción dice: «Es obligatorio que la puerta esté cerrada». Sobre la puerta del Templo de Tun la inscripción en cambio dice así: «Es obligatorio cerrar la puerta».

El guardián del Templo de Sein cumplía escrupulosamente su misión, no sólo cerrando la puerta cada vez que algo o alguien la abría, sino -más aún- tratando de evitar que algo o alguien la abriera, porque consideraba que éstas eran sus obligaciones. Pero aunque el mismo celo demostró el guardián del Templo de Tun, su actuación fue causa de terribles catástrofes y de una profunda conmoción en todo el reino, pues un día llegó un extranjero enmascarado y, ante los ojos impasibles del guardián, abrió la puerta.

[1] Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 72.

El guardián se limitó a cerrarla inmediatamente, pero el mal ya estaba hecho: tras la puerta del Templo de Tun estaban encerrados, como en la caja de Pandora, todos los vicios y defectos del mundo, muchos de los cuales escaparon y quedaron dispersos por el reino (qué esconde la puerta del Templo de Sein es aún objeto de controversia entre místicos y filósofos). El guardián del Templo de Tun se justificó diciendo que, a tenor de la inscripción, su única obligación era cerrar la puerta cada vez que algo o alguien la abriera, pero no impedir que algo o alguien la abriera. Los sacerdotes del templo, con el propósito sin esperanza de impedir que en un futuro escaparan los pocos vicios que aún el hombre no había saboreado, grabaron una nueva inscripción, que ahora decía: «Es obligatorio evitar que se abra la puerta, si está cerrada, y cerrarla, si está abierta».

3. Esta fantasía nos permite ilustrar la distinción que algunos autores trazan entre aquellas normas cuyo contenido -en el sentido de G.H. von Wright- es una acción y aquellas normas cuyo contenido es un estado de cosas. La formulación canónica de las primeras sería «Es obligatorio *p*», donde *p* es un verbo de acción en infinitivo, esto es, el nombre de una acción genérica o una clase de acciones; la formulación canónica de las segundas sería «Es obligatorio que *p*», donde *p* es un estado de cosas, o más exactamente una oración que describe un estado de cosas. Un ejemplo del primer tipo de normas sería «Es obligatorio cerrar la puerta»; un ejemplo del segundo tipo de normas sería «Es obligatorio que la puerta esté cerrada». A estos dos tipos de normas von Wright los llama, respectivamente, «normas de deber hacer» («tun-sollen norms») y «normas de deber ser» («sein-sollen norms»)[2]. Aquí, siguiendo la terminología de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, las llamaré reglas de acción y reglas de fin (o normas de acción y normas de fin, si se incluyen los principios).

Quizá convengan unas palabras sobre la historia de esta distinción: Su origen se puede situar en la construcción de los primeros sistemas de lógica deóntica, aunque pueden encontrarse referencias a las «normas de ser» en las *Investigaciones filosóficas* de Husserl[3]. Los sistemas que von Wright, Oscar Becker y George Kalinowski construyeron a comienzos de los años 50 consideraban que los operadores deónticos se aplicaban a acciones y no

[2] G.H. von Wright, «Problems and Prospects of Deontic Logic», en *Modern Logic. A Survey*, E. Agazzi (ed.) Dordrecht-Reidel, 1981, págs. 409 y ss.; G.H. von Wright, «Una introducción crítica», en *Lógica deóntica*, Cuadernos Teorema, Valencia, 1979, trad. de Jesús Rodríguez Marín; G.H. von Wright, *Un ensayo de lógica modal y la teoría general de la acción,* UNAM, México, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 1976. Véase también Carlos Alchourrón, «G.H. von Wright y los desarrollos de la lógica deóntica», en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, núm. 1, 1981, pág. 128 y ss.

[3] Jesús Rodríguez Marín, *Lógica deóntica. Concepto y sistemas*, Universidad de Valencia, 1978,pág.29.

a estados de cosas, por lo que la lógica deóntica comenzó siendo una lógica de las normas de acción y no una lógica de las normas de fin. Pero al no existir una lógica de la acción, esto sólo permitía desarrollar sistemas muy pobres, que no podían dar cuenta de las normas de orden superior, como «Obligatorio permitido *p*», ni de expresiones mixtas, como «Si *p* entonces obligatorio *q*», pues resulta más correcto construir estas fórmulas si las variables expresan estados de cosas. Muchos autores optaron entonces por tratar a los contenidos de las normas como estados de cosas *que deben ser el caso* y, consiguientemente, a las variables del sistema como oraciones que expresan proposiciones sobre estados de cosas, y ya no como verbos de acción o acciones genéricas, avanzando así en la dirección de una lógica de las normas de fin. Esta ha sido la postura de lógicos como A.N. Prior y A.R. Anderson, y se ha extendido hasta el punto de que von Wright se lamentaba en un trabajo de 1981 de que «pocos estudiosos en este campo han prestado una atención especial a los problemas conectados con la lógica del deber hacer»[4]. En su opinión, la elección entre uno u otro tipo de lógica constituye un dilema, pues si bien la lógica de las normas de acción parece más rica e interesante, en ella se desvanece la analogía con la lógica modal alética, a diferencia de lo que ocurre con la lógica de las normas de fin. Ha habido, por cierto, intentos de reducir un tipo de lógica al otro, pero resultaron insatisfactorios[5].

El mismo von Wright ha construido sistemas de lógica de uno u otro tipo de normas[6]. Además, en la clasificación de las normas que von Wright realiza

[4] Von Wright, «Problems and Prospects of Deontic Logic», pág. 410.

[5] Quienes se han ocupado de una lógica de las normas de fin han creído en ocasiones haber captado también las peculiaridades lógicas de las normas de acción: asumieron que la lógica de las normas de fin puede ampliarse hasta abarcar las normas de acción estipulando que sus variables pueden representar, además de proposiciones que describen estados de cosas, también proposiciones que describen la realización de un acción, aunque no verbos en infinitivo o clases de acciones. Pero este intento de reducir las normas de acción a normas de fin tropieza con una dificultad, pues no permite dar cuenta de la distinción entre no hacer y omitir. En palabras de ven Wright: «Si *p* es una representación esquemática de una oración de acción (no de un verbo de acción), *-p* representará la negación de esa oración. Pero la negación de una oración de acción debe ser distinguida de una oración al efecto de que cierta acción ha sido omitida. Por consiguiente, sólo a expensas de dejar a un lado la distinción entre no hacer y omitir se puede «transformar» una lógica del *Deber-Hacer* en una lógica del *Deber-Ser* por estipulación de que las variables de la lógica deóntica expresan oraciones de acción» (Von Wright, «Problems and Prospects of Deontie Logic», pág. 4 10).

[6] Así, en «Lógica deóntica» (Cuadernos Teorema, Valencia, 1979, trad. de Jesús Rodríguez Marín), en *Norma y acción* (ed. Tecnos, Madrid, trad. de Pedro García Ferrero, 1970), en «Nueva visita a la lógica deóntica» (en *Lógica deóntica*, Cuadernos Teorema, Valencia, 1979, trad. de Jesús Rodríguez Marín) y en «On the Logic of Norms and Action» (en *Practical Reason*, Philosophical Papers, vol. I. Basil Blackwell, 1983) encontramos sistemas de lógica de las normas de acción, mientras que en «A New System of Deontic Logic» (en R. Hilpinen, ed.,

en *Norma y acción*, este autor habla de reglas ideales, señalando que tienen relación «con cosas que deben, o pueden, o no tienen que ser»[7]. Creo que estas reglas serían un subgénero dentro del género de las normas de fin[8].

Sin embargo, recientemente von Wright parece haber cambiado de opinión sobre esta distinción. En un libro reciente, *Six Essays in Philosophical Logic*, este autor incluye un artículo en el que, en lugar de admitir dos tipos de normas, sugiere que las normas prescriben aquello que debe ser, esto es, son siempre normas de fin, y de ellas se derivan para cada caso concreto reglas técnicas o «proposiciones de necesidad práctica», que expresan un deber hacer[9]. Escribe von Wright:

> «Las normas prescriben en primer lugar lo que debe o puede ser hecho; las proposiciones de necesidad práctica establecen lo que el destinatario de las normas debe o puede hacer para cumplir sus obligaciones o aprovecharse de sus permisos»[10].

La distinción entre uno u otro tipo de normas ya no depende de su contenido: aunque el contenido de las normas sea una acción, éstas serán normas de fin, dado que toda acción guarda una relación conceptual con el estado de cosas que constituye su resultado. Una norma como «es obligatorio cerrar la puerta» ahora es para von Wright una norma de fin. La distinción entre normas de fin y normas de acción se disuelve así en la distinción entre normas y reglas técnicas.

Fuera del ámbito de la discusión lógica, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero han defendido también esta misma distinción, conectándola con la noción de discrecionalidad. En *Las piezas del Derecho* escriben lo siguiente:

> «(...) debe advertirse que el ver el consecuente (la solución) de las normas en términos de calificación normativa de una *determinada conducta* es sólo adecuado

Deontic Logic: Introductory and Sistematic Readings, 1971) y en «Deontic Logic and the Theory of Conditions» (Crítica, vol, II, núm. 6, México, 1968) encontrarnos sistemas de lógica de las normas de fin. En uno de sus últimos trabajos sobre lógica deóntica, *Norms*, *Truth and Logic* (*Practical Reason*, Philosophical Papers, vol, I. Basil Blackwell, 1983), presenta dos simbolismos para un mismo sistema, permitiendo una interpretación del sistema como una lógica de normas de acción y otra como una lógica de las normas de fin.

[7] Von Wright, *Norma y acción*, pág. 33.

[8] Aunque todas las reglas ideales son reglas de fin, no todas las reglas de fin son reglas ideales. Las reglas ideales tienen un matiz que las asemeja a las reglas definitorias: definen cómo debe ser un «lo que sea» ideal. En cambio, no puede decirse lo mismo de muchas reglas de fin. Una norma que diga que «es obligatorio que la puerta esté cerrada» es una regla de fin, pero es absurdo pensar que hay algo así como una puerta ideal que se define -entre otras cosas- por estar cerrada. Las reglas de fin, en cambio, sí hacen referencia a cuál es el «mundo ideal» o el estado de cosas ideal en relación con la puerta de que se trate: estar cerrada.

[9] G.H. von Wright, «Ought to be - Ougth to do», *Six Essays in Philosophical Logic*, Acta Philosophica Fennica, Helsinki, 1996, págs. 63-70.

para el tipo más común de reglas jurídicas de mandato, a las que proponemos llamar reglas de acción. Junto a ellas, los sistemas jurídicos contienen también reglas que califican deónticamente no una determinada conducta, sino la *obtención de un cierto estado de cosas*. Proponemos denominar a las reglas de mandato de este último tipo *reglas de fin*. La diferencia entre las reglas de acción y las reglas de fin es relevante en ocasiones, si bien en otras puede tratarse de una mera cuestión de estilo legislativo. Así, por ejemplo, tanto da que -a no ser que concurra una causa de justificación- se prohíba la acción de matar como que se prohíba el estado de cosas consistente en haber producido la muerte: en este sentido, cualquier regla formulada en términos de regla de acción es «traducible» a términos de regla de fin (y una y otra no son más que dos formas de decir *lo mismo*). Pero la distinción es relevante cuando la disposición que estipula como obligatoria, por ejemplo, la producción de un determinado estado de cosas deja a la discreción de su destinatario la selección de los medios *causalmente idóneos* para producirlo: en este sentido, las reglas de fin dejan a sus destinatarios un margen de discreción que no existe en el caso de las reglas de acción»[11]..

Von Wright escribió en cierta ocasión que la posibilidad de transformación de las normas de un tipo en normas del otro es un problema lógico-filosófico abierto[12]. En las páginas que siguen quiero volver a este problema abierto, indagando en ambos tipos de normas, analizando la posibilidad de «traducción» de un tipo al otro y profundizando en la sugerencia de Atienza y Ruiz Manero de que esta distinción tiene relación con la noción de discrecionalidad[13].

[11] Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, Las piezas del Derecho. Ariel, Barcelona, 1996, pág. 8. Nótese que la terminología usada por estos autores para trazar la distinción puede dar lugar a equívocos: para ellos una regla de fin es la que califica deónticamente «la obtención de un cierto estado de cosas», mientras que las reglas de acción califican deónticamente una conducta o acción. Pero podría pensarse que las acciones consisten también en obtener un estado de cosas (von Wright. Norma y acción, pág. 53), con lo que la diferencia entre ambos tipos de normas, así trazada, se desdibuja. Por otro lado, en Las piezas del Derecho, Atienza y Ruiz Manero trazan una distinción paralela entre reglas de acción y reglas de fin en el nivel de los principios: los principios en sentido estricto y las directrices.

[12] «Una introducción crítica», en «Lógica deóntica», pág. 19.

[13] En realidad, me parece que el párrafo de Las piezas del Derecho donde sus autores trazan la distinción entre reglas de acción y reglas de fin puede interpretarse de tres maneras distintas: (1) Si lo que Atienza y Ruiz Manero están afirmando es que, debido a ciertas peculiaridades estructurales (califican deónticamente la obtención de un estado de cosas» y no una conducta), las normas de fin, a diferencia de las normas de acción, dotan de discrecionalidad al destinatario de la norma, entonces mi postura sería la de tratar de mostrar que también algunas normas de acción dotan de discrecionalidad. (2) Si su postura es que las normas de fin se definen como aquellas que dotan de discrecionalidad al destinatario de las normas, la relación entre normas de fin y discrecionalidad se vuelve analítica y no tengo nada que decir sobre ella, al margen de conveniencias terminológicas. (3) Si su postura es que la distinción entre normas de fin y normas de acción sólo es relevante en aquellos casos en que las normas de fin permiten dotar al destinatario de discrecionalidad mientras que las normas de acción no lo permiten (porque en estos casos no son traducibles unas a otras), entonces estoy completamente de acuerdo con ellos.

Comencemos por el principio, esto es, por el concepto de acción.

4. En realidad es un principio demasiado ambicioso, porque dar una noción de acción que abarque todos los supuestos que llamamos acciones (acciones naturales, acciones institucionales, acciones mentales, acciones intencionales, actos reflejos, etc.) es una empresa sencillamente ingente. Nos ha de bastar con una noción que sirva para algunos casos que sean centrales. Con esta advertencia, podemos decir, con palabras de von Wright, que «muchos actos pueden describirse adecuadamente como el *provocar* o efectuar ("a voluntad") un cambio», entendiendo que un cambio es el paso de un estado de cosas a otro estado de cosas[14]. Que la puerta se ha abierto o se ha cerrado es un suceso o cambio, algo que ha ocurrido en el mundo; que el guardián del templo cierra la puerta es una acción, consistente en producir el cambio de que la puerta pase de estar abierta a estar cerrada.

Pero esta caracterización de las acciones es todavía demasiado vaga y no toma partido por una alternativa conceptual con la que inevitablemente acaba tropezando el teórico de la acción: Algunos autores, como Donald Davidson y Elizabeth Anscombe, sostienen que las acciones son secuencias de movimientos corporales que pueden interpretarse de una u otra manera[15]; frente a esta postura, se puede sostener que las acciones son movimientos corporales ya interpretados o descritos de cierta manera. Una analogía con el concepto de norma puede aclarar esta noción de acción, que es la que voy a asumir aquí: desde una postura sintáctica, a veces se identifica a las normas con los enunciados normativos (la «formulación normativa»); desde una postura semántica, se las identifica con el significado de los enunciados normativos; y desde una postura mixta, Alchourrón y Bulygin han propuesto una noción según la cual las normas no son enunciados sin más y tampoco significados sin más, sino «oraciones significativas, esto es, oraciones dotadas de un significado definido y constante»[16]. De la misma manera podría decirse que una acción no es ni una mera secuencia de movimientos corporales ni una descripción de movimientos corporales, sino movimientos corporales con un sentido definido y constante. De acuerdo con esta caracterización de las acciones, la descripción o interpretación, esto es, el sentido que le atribuimos a los movimientos corporales, es un elemento intrínseco de la acción.

---

[14] G. H, von Wright, *Norma y acción*, pág. 43 y ss.

[15] Véase, por ejemplo, Donald Davidson, «De la acción», en *Ensayos sobre acciones y sucesos*, UNAM-Crítica, 1995, trad. de Olbeth Hansberg, José Antonio Robles y Margarita Valdés.

[16] Eugenio Bulygin, «Dogmática jurídica y sistematización del Derecho», en *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 468. Carlos Alchourrón, «Systematization and Change in the Science of Law», *Rechtstheorie*, núm. 10, 1986, pág. 173.

Ahora bien, ¿de qué depende tal interpretación? Me parece que la respuesta es la siguiente: Un movimiento corporal suele provocar una cadena de cambios (por ejemplo, cuando en 1914 Gavrilo Princip apretó el gatillo de su arma en Sarajevo, también disparó la pistola, mató al archiduque Francisco Fernando, asestó un golpe a Austria, vengó a Serbia y fue el detonante de la Primera Guerra Mundial). Al interpretar los movimientos corporales seleccionamos uno de esos cambios y lo utilizamos para individualizar y dar nombre a la acción. Esta selección la realizamos guiados por ciertos criterios que constituyen algo así como «la gramática del actuar», como son la intención del agente, la longitud de la cadena causal, la relevancia social del cambio, etc.[17]. De forma que si una acción es un movimiento corporal interpretado de una determinada manera en función de un cambio, entonces tal cambio también es un elemento intrínseco de la acción: en palabras de von Wright, éste es el resultado de la acción. La diferencia radica en que von Wright parece reducir los criterios para seleccionar un cambio como el resultado de una acción a la intención del agente[18].

Avancemos más en nuestro análisis.

5. Una de las preguntas sobre las acciones que más atención ha recibido por parte de los filósofos de la acción es «¿por qué x hizo tal cosa?». Esta pregunta abre un mundo de razones, motivos, deseos e intenciones ante nosotros. Sin embargo, aquí voy a optar por una pregunta distinta y me temo que bastante más olvidada por los filósofos, con la salvedad de John Austin respecto a los actos de habla[19]: «¿cómo hizo x tal cosa?». ¿Cómo ha producido el guardián de nuestra historia el cambio consistente en que la puerta se cerrara? No podemos contestar esta pregunta diciendo simplemente que lo ha hecho cerrando la puerta, esto es, con la acción de cerrar la puerta, porque lo que en realidad estamos preguntando es precisamente cómo ha realizado esta acción. Una respuesta más adecuada sería, siguiendo con nuestro ejemplo, decir que lo ha hecho presionando el botón, o empujando la palanca, o dando vueltas a la manivela. Esto es, debemos señalar alguna otra acción que guarda una relación especial con la acción por la que estamos preguntando. Desde esta perspectiva, realizar una acción consiste en realizar otra acción que *genera* la primera acción. La pregunta «¿cómo hacemos acciones?» puede responderse diciendo que hacemos acciones con acciones, salvo en un caso: Este proceso tiene como límite las acciones que consisten exclusivamente en movimientos corporales o acciones básicas, que

[17] Ricardo Guibourg, *El fenómeno normativo*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 52.

[18] G.H. von Wright, Norma y acción, pág. 58. Daniel González Lagier, *Acción y norma en G.H. von Wright*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pág. 68 y 96 y ss.

[19] John L. Austin, *Como hacer cosas con palabras*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1988, trad. de Genaro R. Carrió y Eduardo Rabossi.

son aquellas que hacemos directamente[20]. Esto es lo que permite a autores como Feinberg distinguir entre actos simples y actos complejos: los primeros son aquéllos que no requieren que hagamos algo más (como levantar un brazo o flexionar un dedo); los segundos requieren que, como un medio, hagamos primero algo más (como abrir una puerta o matar a alguien)[21]. Estoy convencido de que ustedes estarán esperando que les diga cómo hacemos aquellas acciones que no hacemos con otras acciones. Me temo que voy a defraudarles: no lo sé; mi única excusa es que la respuesta, o bien no es filosófica (al menos en el sentido moderno de «filosofía»), sino que debe provenir de otras ramas del conocimiento, como la neurología, o bien es demasiado filosófica para que yo aspire a encontrarla, porque se relaciona con el viejo problema de la conexión mente-cuerpo.

Por otro lado, soy consciente también de que la relación de generación entre acciones es oscura y controvertida, pero no puedo detenerme en ella[22]. Me limitaré a dos consideraciones:

En primer lugar, hemos visto que una misma secuencia de movimientos corporales puede dar lugar a una cadena más o menos larga de cambios en el mundo, por lo que la interpretación o descripción de esos movimientos corporales puede variar de acuerdo con el cambio al que prestemos atención. Así, en nuestro ejemplo, los mismos movimientos corporales que pueden describirse como «presionar el botón», pueden describirse también como «cerrar la puerta». Dado que para nosotros una acción no es un mero movimiento corporal, sino una combinación de un movimiento corporal y una interpretación del mismo, en la medida en que un mismo movimiento corporal sea interpretado de varias maneras, pertenecerá a acciones distintas. Es entre estas acciones que «comparten», por decirlo así, un mismo movimiento corporal donde surge una relación de generación.

En segundo lugar, la relación de generación puede ser al menos de dos tipos: causal, como la relación entre disparar un arma y matar, o convencional (en un sentido amplio del término), como la relación entre decir «Yo prometo» y estar asumiendo una obligación, o entre mover la reina y hacer jaque mate.

Volvamos ahora a la pregunta «¿cómo ha hecho el guardián para cerrar la puerta?». En nuestro ejemplo había tres maneras de cerrar la puerta: presionar

---

[20] Aunque algunos autores han negado que las acciones básicas sean los movimientos corporales, y han dado este carácter a las intenciones, al intentar hacer algo, etc. Véase Carlos J. Moya, *The Philosophy of Action. An Introduction*, Polity Press, 1990, pág. 17 y capítulo 2.

[21] Joel Feinberg, «Action and responsibility», en A.R. White, *The Philosophy of Action*, Oxford University Press, 1968, págs. 95-119.

[22] Sobre el concepto y los tipos de generación entre acciones puede verse Alvin I. Goldman, A Theory of Human Action, capítulo 2, «The Structure of Action», Priceton University Press, 1970.

el botón, empujar la palanca y mover la manivela. Supongamos que el guardián ha presionado el botón. Entonces podemos contestar satisfactoriamente la pregunta diciendo que el guardián ha cerrado la puerta presionando el botón, o que ha cerrado la puerta al presionar el botón. En ambos casos, la acción que hemos introducido (presionar el botón) indica cómo se ha realizado la acción por la que preguntábamos.

Tenemos ahora dos acciones distintas -la acción por la que preguntamos y la acción con la que respondemos- que apuntan a dos tipos distintos de acción, así que deberíamos acuñar nombres distintos para estos tipos. A la acción por la que estamos preguntando la llamaré «acción final»; a la acción con la que indicamos cómo se ha hecho la acción final la llamaré «forma» de la acción final. Por supuesto, esta distinción es relativa a un observador (que podría ser incluso el propio agente): El observador pregunta cómo se ha realizado una acción (o cómo se ha producido el cambio que da nombre a esa acción); ésta es entonces la acción final. Le contestamos haciendo referencia a otra acción; ésta es la forma de la acción final.

6. Pero llegados a este punto podríamos preguntarnos lo siguiente: ¿no cabría dar una respuesta distinta -más detallada- a la pregunta acerca de cómo ha cerrado el guardián la puerta? Quizá podríamos decir: Pues bien, el botón está en lo alto del muro, así que el guardián ha tenido que subir unos escalones, después se ha quitado los guantes, porque éstos volvían torpes sus movimientos, ha acercado su mano derecha al botón, ha apoyado el dedo índice sobre el mismo y lo ha empujado hacia adelante. Esta podría ser una respuesta satisfactoria. E incluso podríamos hacer una descripción todavía más cercana a meros movimientos corporales del guardián, aunque esto resultaría extraño -a veces, ridículo[23]-, creando un efecto semejante a las «Instrucciones para subir una escalera» de Julio Cortázar:

> «Las escaleras se suben de frente -nos instruye Julio Cortázar-, pues hacia atrás o de costado resultan particularmente incómodas. La actitud natural consiste en mantenerse de pie, los brazos colgando sin esfuerzo, la cabeza erguida aunque no tanto que los ojos dejen de ver los peldaños inmediatamente superiores al que se pisa, respirando lenta y pausadamente. Para subir una escalera se comienza por levantar esa parte del cuerpo situada a la derecha abajo, envuelta casi siempre en cuero o gamuza, y que salvo excepciones cabe exactamente en el escalón. Puesta en el primer peldaño dicha parte, que para abreviar llamaremos pie, se recoge la parte equivalente de la izquierda (también llamada pie, pero que no ha de confundirse con el pie antes citado) y llevándola a la altura del pie, se la hace seguir hasta colocarla en el segundo peldaño, con lo cual en éste descansará el pie, y en el primero descansará el pie».

[23] Salvo en procesos de aprendizaje e instrucción, en casos de ejercicios terapéuticos o de entrenamiento deportivo, en clases de canto o de idiomas, etc. no nos fijamos mucho en los movimientos corporales necesarios para realizar una acción.

¿Qué relación guarda cada una de estas acciones -subir los escalones, quitarse los guantes, etc.- con la acción de «cerrar la puerta»? Parece claro que también existe aquí una relación condicional. Dado el contexto descrito, subir las escaleras, quitarse los guantes, etc. son acciones que el guardián ha hecho para presionar el botón y, de esta manera, cerrar la puerta. Sin embargo hay una diferencia importante entre estas acciones y las que hemos llamado «formas» de la acción. Esta diferencia se manifiesta en dos circunstancias: La primera, que la referencia a una de estas acciones, al contrario de lo que ocurre con las formas de la acción, no es una respuesta satisfactoria a la pregunta «¿cómo ha cerrado el guardián la puerta?». Si nos hacen esta pregunta, no podemos contestar diciendo «El guardián ha cerrado la puerta quitándose los guantes», o «El guardián ha cerrado la puerta al quitarse los guantes», porque ésta es una respuesta incompleta o significa algo totalmente distinto[24]. La segunda, que la relación entre estas acciones y la acción final no es una relación directa, sino que pasa a través de las formas de la acción. A estas acciones que guardan una relación condicional no directa con la acción por la que preguntamos y no ofrecen respuestas completas las llamaré fases de la acción final.

Por tanto, las acciones -salvo las acciones simples o básicas- son el producto de otras acciones. Algunas de éstas son fases en relación con la acción final, otras son formas en relación con la acción final.

Trataré ahora de trazar con mayor precisión la distinción entre fases y formas de la acción.

7. Donald Davidson ha escrito que «Nunca hacemos más que mover nuestros cuerpos; lo demás se lo dejamos a la naturaleza»[25]. Con esta frase, Davidson pretende identificar a las acciones con los movimientos corporales, pero aun con nuestra noción de acción como movimientos corporales interpretados la frase sigue teniendo mucho de verdad. El éxito en cualquiera de nuestras acciones -salvo quizá las acciones simples- nunca depende por entero de nosotros. Quizá sólo depende de nosotros en una medida muy pequeña. Esto es cierto incluso para las acciones generadas convencionalmente,

[24] Parece que estuviéramos indicando «cuándo» (y no «cómo») ha presionado el botón. Sin embargo, también puede significar -lo que es más interesante- algo así como: «El guardián ha cerrado la puerta (involuntariamente) cuando se quitaba los guantes» (por ejemplo, porque al quitarse los guantes ha accionado el botón o la palanca inadvertidamente). Aquí de nuevo se introduce un circunstancial de modo, sugiriéndose que la acción fue involuntaria o accidental, ya que quitarse los guantes no es normalmente una manera adecuada de cerrar una puerta, esto es, no es la manera que el agente habría escogido si hubiera querido cerrar la puerta. Esto conecta con la tesis de algunos autores de que la adecuación o no del medio elegido para realizar una acción es un indicador de si la acción fue voluntaria o involuntaria (véase Carlos S. Nino, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Eudeba, Buenos Aires, 1987. pág. 39).

[25] Donald Davidson, «De la acción», en *Ensayos sobre acciones y sucesos*, pág. 82.

porque en éstas también aparecen tramos causales: por ejemplo, en una determinada posición de las fichas, para hacer jaque mate debemos mover la reina, pero el movimiento de la reina a una determinada casilla depende de factores causales.

Que el éxito de nuestras acciones nunca dependa por entero de nosotros se puede explicar recurriendo a la noción de contexto causal. Estrictamente hablando, un suceso nunca es producido únicamente por lo que llamamos su causa. Para que ocurra un suceso es necesario que se produzca una conjunción de condiciones tal que todas ellas, consideradas globalmente, sean condición suficiente del suceso. Así, para que se produzca un incendio no basta con que alguien encienda un fósforo y lo arroje al bosque: es necesario además la presencia del oxígeno en el aire, que el nivel de humedad no supere cierto límite, etc. La causa del suceso es sólo un elemento que individualizamos porque es un elemento extraño, anormal, en el contexto[26]. De manera que cuando actuamos tratamos de ser o de provocar el elemento diferencial que cierra un contexto causal y produce un cambio. Por ello, cualquier acción requiere en última instancia la intervención de la naturaleza, y siempre es posible que suceda algún imprevisto.

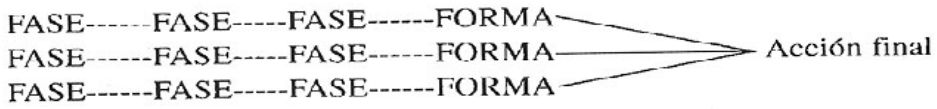
Y sin embargo, siendo cierto lo anterior, estamos seguros -razonablemente seguros- de que podemos abrir una puerta, cerrar una ventana, levantarnos cada mañana, encender la luz, preparar una tostada y desplazarnos en coche hasta nuestro trabajo. Todas las acciones (salvo las acciones simples) requieren acciones preparatorias, que van cerrando el contexto causal, pero inevitablemente llega un momento en que ya no podemos hacer más, sólo esperar y confiar en nuestro éxito. El guardián de nuestro ejemplo presionó el botón (para ello tuvo que hacer otras cosas), y una vez hecho esto sólo cabía esperar que la puerta se cerrara. Una vez presionado el botón, lo demás no le correspondía. Lo mismo podemos decir si ha empujado la palanca o si ha dado varias vueltas a la manivela, pero no si sólo ha subido los escalones o se ha quitado los guantes. Tras subir los escalones y quitarse los guantes, todavía le quedan algunas cosas por hacer antes de cerrar la puerta.

Teniendo en cuenta estas observaciones, podríamos decir que presionar el botón, empujar la palanca y dar vueltas a la manivela pueden considerarse condiciones *razonablemente* suficientes (cada una de ellas) de la acción de cerrar la puerta. Un lógico puede encontrar desconcertante que se hable de condiciones razonablemente suficientes, pero me temo que es un concepto con el que debemos contar en teoría de la acción, al menos por dos razones: la primera, el carácter inductivo de nuestro conocimiento de las relaciones

[26] Ernest Nagel, *La estructura de la ciencia*, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1981, pág. 80.

causales; la segunda, el hecho de que nunca podemos estar absolutamente seguros de que el contexto causal en un determinado momento sea exactamente el adecuado para producir el cambio que pretendemos, porque sus variables escapan a nuestra capacidad de análisis. Por otro lado, quitarse los guantes o subir los escalones son condiciones preparatorias de «cerrar la puerta», pero no son condiciones razonablemente suficientes de ello[27].

En el siguiente cuadro trato de resumir las nociones de forma y fase de la acción y sus relaciones[28]:



Para terminar con la noción de forma de la acción, tres consideraciones más:

La primera es que, en nuestro ejemplo, cerrar la puerta es una acción que puede realizarse de tres formas distintas. Pero existen acciones que pueden realizarse de incontables (aunque no infinitas) formas distintas y acciones que sólo pueden realizarse de una forma. Las formas de una acción dependen de cuestiones lógicas o conceptuales (por ejemplo, abrir una puerta nunca puede ser una forma de cerrar esa misma puerta), fácticas (relaciones causales, capacidad humana,...) y (si nos referimos a acciones individuales y no a acciones genéricas) contextuales.

La segunda consideración es la siguiente: Debe observarse que lo que llamo forma de la acción no es simplemente la conjunción de las fases de la acción. No basta con realizar todas las fases de una acción para generar esa acción: realizar todas las fases es la parte que nos corresponde a nosotros, pero después debemos esperar la «ayuda» de la naturaleza para que realmente tenga lugar el cambio que deseamos. Si ese cambio no se produce, no hemos logrado generar la nueva acción.

Y la tercera consideración es la siguiente: He caracterizado las formas de la acción en términos condicionales causales o convencionales. Se trata de acciones que constituyen condiciones razonablemente suficientes de otras acciones. Sin embargo, llamarlas «formas» de una acción parece sugerir

[27] Por condición preparatoria entiendo condición necesaria, pero no suficiente, o condición meramente contribuyente. Obsérvese que las fases tampoco pueden ser condiciones suficientes de la forma de la acción, porque en ese caso serían también condiciones suficientes de la acción final y, por tanto, formas de ésta.

[28] Cada forma de la acción es condición suficiente de la acción final, y su disyunción es condición necesaria de la misma. Cada fase de la acción es condición preparatoria de la acción final. En relación con la forma correspondiente son condiciones necesarias o meramente contribuyentes.

alguna conexión de otra índole, quizá por las resonancias aristotélicas de la expresión. La relación entre forma y acción recuerda a la relación entre forma y materia. De la misma manera que la materia debe adoptar una determinada forma, la acción debe manifestarse en alguna de sus formas. Es difícil determinar si esta relación es un tipo específico y peculiar o si es una relación de género a especie, o meramente causal, o conceptual, o de algún otro tipo. No me siento capaz de decantarme ahora por una respuesta, pero sí voy a hacer la siguiente observación: el hecho de que yo haya caracterizado la relación en términos condicionales no excluye que desde otra perspectiva la relación aparezca con un carácter distinto[29]. Lo que quiero decir es que el tipo de relación que existe entre dos elementos puede variar de acuerdo con la perspectiva que adoptemos. Un ejemplo de Ernest Nagel puede servir para ilustrar este punto:

> «Hubo una época -escribe este autor-, en la cual se identificaba el cobre mediante propiedades entre las que no figuraba ninguna de las propiedades eléctricas de esta sustancia. Después del descubrimiento de la electricidad se afirmó, sobre bases experimentales, que la oración «el cobre es un buen conductor de la electricidad» es una ley de la naturaleza. Con el tiempo, sin embargo, la alta conductividad fue incluida en las propiedades definitorias del cobre, de modo que la oración «el cobre es un buen conductor de la electricidad» adquirió un nuevo uso y un nuevo significado. En su nuevo uso, la oración ya no expresó simplemente una verdad lógicamente contingente como antes, sino que sirvió para enunciar una verdad lógicamente necesaria»[30].

Trasladando esto a nuestra distinción podemos decir que, si nos parece que existe alguna conexión lógica, o conceptual, o de género a especie, entre las formas de una acción y la acción correspondiente, ésta relación se apoyaría en una abstracción del hecho de que las formas de una acción son causal o convencionalmente medios adecuados para generar esa acción.

8. Ya estamos suficientemente pertrechados para volver a la distinción entre normas de acción y normas de fin, de la que a estas alturas pensarán ustedes que me he olvidado. Hemos encontrado que, a pesar de la aparente homogeneidad del contenido de las normas, algunas pueden referirse a estados de cosas y otras a acciones. Y si nos fijamos sólo en aquéllas cuyo contenido es una acción, todavía tenemos que distinguir si se trata de una acción final, de una forma de acción o de una fase de acción. De manera que hay que tener en cuenta esta diversidad dentro de las normas de acción para establecer el alcance de la distinción entre normas de fin y normas de acción.

---

[29] Por ejemplo, desde una perspectiva posterior a la acción, o si nos referimos a acciones genéricas, podemos decidir no tener en cuenta las conexiones causales, en cuyo caso la relación entre forma y acción final no se vería como una relación causal.

[30] Ernest Nagel, *La estructura de la ciencia*, pág. 62.

Volvamos a nuestro ejemplo: Como sugería con la historia del comienzo, la norma «Es obligatorio que la puerta esté cerrada» es una norma de fin que puede traducirse en la doble norma de acción «Es obligatorio evitar (o impedir) que se abra la puerta, si está cerrada, y es obligatorio cerrarla, si está abierta»[31]. Para que la «traducción» de una norma de fin a una norma de acción sea correcta ambas normas deben ser equivalentes (entendiendo que dos normas son equivalentes cuando las obligaciones que se derivan de ellas son las mismas para los mismos individuos[32]); para ello se han de tener en cuenta ciertos requisitos, entre los que cabe destacar los siguientes:

(1) Una norma de fin debe traducirse, al menos, en una conjunción de dos normas de acción con condiciones de aplicación distintas: una norma que obligue a impedir un cambio (por ejemplo, que se abra la puerta) y una norma -cuya condición de aplicación requiere la violación de la primera que obligue a restablecer la situación inicial (cerrar la puerta).

(2) Las normas de fin deben traducirse a normas de acción cuyo contenido es una acción final (o bien una disyunción de todas las formas de acción de esa acción final). En nuestro ejemplo, la norma «Es obligatorio que la puerta esté cerrada» no es equivalente a una norma que dijera «Es obligatorio presionar el botón», pero sí -prescindiendo del anterior requisito- a una norma que dijera «Es obligatorio cerrar la puerta» o una que dijera «Es obligatorio presionar el botón o empujar la palanca hacia arriba o dar varias vueltas a la manivela».

De todo esto parecería deducirse que todas las normas de fin pueden traducirse a normas de acción. Si esto fuera así, los únicos motivos -aunque no desdeñables- que tendría la autoridad para utilizar un tipo u otro de norma serían de índole práctica o estilística (parece más engorroso el recurso a normas de acción). Sin embargo, hay algunas consideraciones más que hacer, relacionadas con la noción de discrecionalidad y con el tipo de cambios que tiene sentido regular por medio de normas.

9. Vayamos primero con la noción de discrecionalidad. Supongamos que uno de los guardianes de nuestro ejemplo es el destinatario de una norma que dijera: «Es obligatorio empujar la palanca, cuando la puerta está abierta». Nuestro guardián sabe que cuando se empuja la palanca la puerta se cierra; sabe asimismo que la puerta se cierra también cuando se presiona el botón y cuando se gira la manivela. Sin embargo, estas dos últimas posibilidades no son alternativas que él deba tener en cuenta. Se trata de un supuesto

[31] Asumo que una acción, en realidad, puede consistir tanto en producir cambios como en evitar que sucedan. Véase Von Wright, *Norma y acción*, pág. 46 y ss.

[32] Para simplificar, dejo de lado consideraciones relativas a la ocasión y las condiciones de aplicación de las normas.

en el que, auque existen diversas formas de la acción, no existe discrecionalidad.

Se da un caso de discrecionalidad, por tanto, cuando existen varias formas de una acción y al destinatario de la norma le está permitido escoger entre varias de ellas. Supongamos que nos interesa dotar a un agente de la máxima discrecionalidad posible respecto a un caso. Una manera de hacerlo podría ser la de dictar una norma cuyo contenido fuera una disyunción de todas las formas de una acción. Pero dado que para la mayoría de los casos puede resultar imposible enumerar todas las formas de la acción, la autoridad puede simplemente dictar una norma cuyo contenido sea la acción final o una norma de fin. «Es obligatorio impedir que la puerta se abra y cerrarla si se abre» y «Es obligatorio que la puerta esté cerrada» dotan de idéntica discrecionalidad a los guardianes de las puertas del Templo de Tun y el Templo de Sein. En cambio, si la norma dice «Es obligatorio presionar el botón», la discrecionalidad desaparece.

A la luz de estas observaciones parece que las normas de acción cuyo contenido es una acción final y las normas de fin son medios igualmente idóneos (con las salvedades prácticas y estilísticas mencionadas) para dotar de discrecionalidad al destinatario de las normas. Esta discrecionalidad disminuye en relación con las normas cuyo contenido es una o varias formas (pero no todas) de la acción y aquellas cuyo contenido es una o varias fases (pero no todas) de la acción. La relevancia de la distinción entre normas de fin y normas de acción final dependerá entonces de si hay normas que califican deónticamente cambios o estados de cosas que no pueden ser el resultado de una acción.

10. Vayamos ahora con los tipos de cambios que tiene sentido regular mediante normas. Tradicionalmente el principio «Debe entraña puede» se ha interpretado diciendo que sólo tiene sentido dictar normas sobre aquellos cambios que no son ni necesarios ni imposibles. Esto es, sólo respecto a aquellos cambios a los que podemos dar lugar. Pero la expresión «poder dar lugar» es demasiado vaga. En primer lugar, podemos preguntarnos si nos referimos a un agente concreto en una ocasión determinada, a un agente concreto en cualquier ocasión, al conjunto de todos los agentes en una ocasión determinada o al conjunto de todos los agentes en cualquier ocasión. Aquí me referiré a esta última noción, más genérica, de «poder». En segundo lugar, cabe preguntarse si el «poder» se refiere a una posibilidad lógica, a una posibilidad empírica o a una posibilidad técnica (algo puede ser empíricamente posible, pero técnicamente imposible). Me referiré a este tercer sentido de «poder», que incluye los demás. En tercer lugar, la distinción entre lo posible y lo imposible es demasiado tajante. En su lugar, propongo que distingamos entre cambios (razonablemente) dentro del control del agente

(como cerrar una puerta), cambios fuera del control del agente (como provocar que llueva mañana) y cambios parcialmente dentro (o fuera) del control del agente (como hacer que aumente la esperanza de vida o sacar un doce con los dados). Un cambio está dentro del control de un agente cuando puede realizarse una acción que constituye una condición razonablemente suficiente del cambio. Un cambio está totalmente fuera del control del agente cuando no puede realizarse ni una condición suficiente ni siquiera una condición preparatoria de ese cambio. Y un cambio está parcialmente dentro del control del agente cuando sólo pueden realizarse condiciones preparatorias del cambio, pero no condiciones suficientes del mismo.

Sobre este tipo intermedio de cambios nos podemos preguntar dos cosas: La primera, si el principio «debe entraña puede» se refiere también a ellos, o si sólo se refiere a un sentido fuerte de «poder» (esto es, a los cambios totalmente dentro del control). La segunda, si dar lugar a un cambio parcialmente dentro del control del agente es una acción (o el resultado de una acción), o sólo consecuencia en última instancia de nuestros movimientos corporales, pero fuera del ámbito de lo que llamamos acciones.

Vayamos con la primera cuestión. ¿Tiene sentido dictar normas sobre cambios parcialmente dentro del control del agente? En mi opinión no sólo tiene sentido, sino que de hecho podemos encontrar muchos ejemplos (como la mayoría de las normas programáticas de nuestras Constituciones). Una norma que tenga como contenido un cambio parcialmente dentro del control del agente cumple una doble función: por un lado, presenta ese cambio como un objetivo dotado de valor; por otro lado, prescribe realizar las acciones que posibilitan (aunque no aseguran) ese objetivo[33]. Las normas que Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero llaman directrices, que se caracterizan por obligar a alcanzar un determinado estado de cosas en la mayor medida posible, podrían verse como ejemplos de este tipo[34].

Vayamos ahora con la segunda cuestión. ¿Dar lugar a un cambio parcialmente dentro del control del agente es una acción o sólo algo que hacemos a través de acciones? ¿Existe una acción de «aumentar el nivel de vida», o de «sacar doce a los dados»? En mi opinión, una respuesta afirmativa resultaría distorsionadora. Me parece más correcto decir que éstas son cosas que hacemos con nuestras acciones, pero no son acciones nuestras. Lo que quiero sugerir es que entre los criterios que usamos más o menos inconscientemente para seleccionar el cambio que constituye el resultado de nuestras acciones, lo que he llamado «la gramática del actuar», encontramos

[33] De esta manera, estas normas reunirían las dos dimensiones que según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero tienen todas las normas. Véase *Las piezas del Derecho*, págs. 123-124.

[34] Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, pág. 10.

el criterio de que tal cambio se encuentre razonablemente dentro del control de agente, de manera que pueda decirse que este agente tenía o podía haber tenido la intención de realizar ese cambio. Pero obsérvese que, estrictamente hablando, nuestra intención puede abarcar la realización de las condiciones preparatorias de tales cambios, pero no puede dirigirse directamente a ellos. Podemos tener la intención de *intentar* sacar un doce a los dados, pero no la intención de sacar un doce (salvo si hacemos trampas). Y si tengo razón en esto, estos cambios sólo pueden ser regulados por medio de normas de fin[35], y no por medio de normas cuyo contenido es una acción final.

Unas palabras más sobre esto, antes de pasar a las conclusiones con las que quisiera terminar mi exposición: Identificar aquellas cosas que hacemos con nuestras acciones puede ser un error. Actuar es hacer algo, pero no siempre que hacemos algo estamos actuando. De la misma manera que no todo lo que no hacemos constituye omisiones nuestras (mientras les leo estas páginas, por ejemplo, no estoy omitiendo pasear por el Nepal), tampoco todo aquello que hacemos constituye acciones nuestras. Como escribe Jesús Mosterín, «mientras dormimos, hacemos muchas cosas: respiramos, sudamos, damos vueltas, apretamos la cabeza contra la almohada, soñamos, quizá roncamos o hablamos en voz alta o andamos sonámbulos por la habitación»[36]. Estas cosas que hacemos dormidos no son acciones nuestras, aunque son cosas que hacemos. Lo mismo podemos decir de la producción de un cambio que está sólo parcialmente dentro del control del agente: producir ese cambio (por ejemplo, disminuir la tasa de mortalidad infantil) es algo que hacemos, y es algo que hacemos con nuestras acciones, pero no constituye una acción nuestra. Respecto a estos cambios, la pregunta apropiada ya no es «¿Cómo hacemos acciones?», sino -parafraseando a Austin- «¿Cómo hacemos cosas con acciones?».

11. En definitiva, las conclusiones de estas páginas serían las siguientes:

(1) Alchourrón y Bulygin han sostenido que el contenido de las normas es siempre una conducta o un estado de cosas resultado de una conducta. Para el último von Wright -si tal cosa existe-, el contenido de las normas es siempre un estado de cosas. A estas afirmaciones se puede oponer la conveniencia de distinguir entre normas de acción y normas de fin. Estas últimas pueden ser de dos tipos, según que el cambio o estado de cosas al que hagan referencia se encuentre totalmente dentro o parcialmente dentro del control del agente. En el primer caso, estas normas de fin son traducibles a

[35] O por medio de una norma que especificara todas las condiciones preparatorias de ese cambio.

[36] Jesús Mosterín, *Racionalidad y acción humana*, Alianza Editorial, 1987, pág. 142.

normas de acción, pero no así en el segundo caso. Sólo en este segundo caso la distinción entre normas de acción y normas de fin es relevante.

(2) Aun suponiendo que el contenido de una norma sea una acción, esta afirmación esconde bajo una apariencia de homogeneidad una diversidad de normas: aquéllas cuyo contenido es una acción final, aquéllas cuyo contenido es una forma (o varias formas) de la acción y aquéllas cuyo contenido es una fase (o varias fases) de la acción. Estas distinciones pueden tener relevancia para el Derecho penal -cosa de lo que no hemos podido hablar aquí-. Piensen, por ejemplo, en distinciones de la dogmática penal, como la de delitos de mera actividad o delitos de resultado, o la de tentativa, delito frustrado y delito consumado. Además, junto con las normas de fin, constituyen un abanico de posibilidades para que el legislador dote de mayor o menor discrecionalidad al destinatario de las normas.

(3) En suma, la conclusión más importante, quizá la única conclusión de la que estoy seguro, es que la teoría de la acción abre un interesante campo de posibilidades para profundizar en el análisis del concepto de norma. Mostrarles esto ha sido la intención de mi ponencia; aburrirles ha sido sólo una consecuencia y, por tanto, de acuerdo con von Wright, no intencionada.

TEORÍAS DEL DERECHO E INDETERMINACIÓN NORMATIVA*

Introducción

El problema de la determinación del derecho es un tema de permanente debate dentro de la teoría jurídica. Las tesis que se defienden y se rechazan al respecto, están sustentadas en argumentos de muy diversa naturaleza. En la primera parte de esta exposición, distinguiré tres versiones de la discusión entre las que denominaré posiciones «deterministas» e «indeterministas». El objetivo principal es subrayar los distintos significados con que se predica el carácter determinado o indeterminado del derecho, y poner énfasis en la necesidad de discernir los problemas que subyacen a cada discusión.

En la segunda parte me referiré exclusivamente a la determinación del contenido del derecho. Este problema pone en cuestión la posibilidad de que un sistema jurídico brinde respuestas unívocas. Conforme a una posición determinista, lo que el derecho establece puede ser identificado de forma definida, mediante proposiciones necesariamente verdaderas o falsas. Conforme a una posición indeterminista, en algunos casos, las proposiciones jurídicas pueden carecer de valor de verdad. La confrontación entre estas dos concepciones está ligada a consecuencias teóricas y prácticas importantes. En primer lugar involucra un desacuerdo respecto al principio de bivalencia aplicado al discurso jurídico. En segundo lugar, involucra un desacuerdo respecto a la existencia de discreción judicial.

En relación con este tema, y a partir de las consideraciones que expongo a continuación defenderé que, si se rechaza el realismo metafísico respecto de la ontología jurídica y se acepta que la vaguedad constituye un problema semántico, la tesis indeterminista respecto del contenido del derecho es inevitable. Asimismo, frente a quienes sostienen que esta indeterminación tiene carácter radical defenderé que, aunque ello sea una característica posible del lenguaje, es un rasgo necesariamente ausente en el ámbito del derecho.

* Este trabajo fue realizado con el apoyo de la Fundación Caja de Madrid.

PRIMERA PARTE

I. Las premisas del debate

Para que las posiciones deterministas e indeterministas puedan describirse como tesis opuestas es imprescindible que estén de acuerdo respecto de aquello sobre lo que predican el carácter determinado e indeterminado, respectivamente. Si éste no fuese el caso, no estaríamos ante dos concepciones contrarias, sino ante dos teorías que tratan problemas diferentes. Asimismo, para que la discusión sea genuina es preciso que las posiciones contrastadas no presupongan como lógicamente necesarias o imposibles las tesis que discuten. Si lo hiciesen caerían en una petición de principio. En otras palabras, es necesario que las posiciones contendientes, por una parte, descansen en algunas premisas comunes y, por otra, que no prejuzguen acerca del carácter determinado o indeterminado del derecho.

Estas dos condiciones se satisfacen en relación a las premisas que menciono a continuación. Ellas, de hecho, constituyen un punto de partida compartido por las teorías que me propongo analizar, y no presuponen ni la tesis determinista ni su negación:

1. Premisa normativista: el derecho consiste en un conjunto de normas y principios.

2. Premisa anti-metafísica: las normas y principios que constituyen el derecho no son entidades metafísicas y, para la identificación de su contenido, tampoco es necesario presuponer entidades metafísicas.

Las proposiciones que anteceden no describen, sino que delimitan las condiciones mínimas que debe satisfacer aquello a lo que se denomina «derecho» en este contexto. En este sentido, cumplen la función de un modelo metodológico o conceptual, y fijan los límites dentro de los que cabe identificar las concepciones admisibles a los efectos de la discusión. Por ejemplo, en virtud de la primera premisa, no entra en el debate el enfoque del realismo jurídico extremo, que reduce el derecho a las decisiones individuales de sus operadores. En virtud de la segunda premisa, resulta excluido el enfoque del iusnaturalismo clásico, comprometido con la existencia de valores eternos e inmutables independientes de nuestro conocimiento o percepción.

Debe advertirse que el modelo diseñado por estas dos premisas es menos comprometido que el del positivismo metodológico, puesto que no incorpora un rasgo que las teorías post-positivistas reprochan: la exigencia de separación entre derecho y moral. En efecto, las premisas 1. y 2. podrían ser aceptadas por teorías que defiendan la conexión necesaria entre derecho y moral; siempre y cuando esta conexión no nos remonte a terrenos metafísicos.

No está claro si el positivismo metodológico se compromete o no con una teoría jurídica indeterminista. Es decir, es materia de debate si la existencia de discreción judicial, i.e. una de las tesis centrales de una concepción indeterminista, está o no implícita en el concepto positivista de derecho.

Si lo estuviese, habría que advertir que el positivismo metodológico es una posición desde cuya perspectiva no cabe discutir sobre el carácter determinado del derecho; sencillamente, porque parte de un marco conceptual que presupone su negación. En cualquier caso, lo que me interesa destacar es que las premisas metodológicas propuestas anteriormente nada dicen (ni explícita ni implícitamente) acerca de este rasgo. Conforme a ellas, la determinación no es una propiedad conceptualmente necesaria ni tampoco imposible del derecho. La plausibilidad de predicarla deberá apoyarse en datos sustantivos acerca de cómo son y cómo funcionan los sistemas jurídicos.

II. Aclaración preliminar

Determinación causal

En ciertos contextos, la pregunta por el carácter determinado o indeterminado del derecho expresa una inquietud acerca del carácter causalmente determinado o indeterminado de las decisiones judiciales. Este tema constituye una de las principales preocupaciones del realismo jurídico extremo, puesto que para esta posición el derecho se reduce a las acciones individuales de los jueces. Por el contrario, para una concepción normativista como la asumida en un comienzo, la pregunta por el carácter determinado o indeterminado del derecho, si bien puede traducirse en un interrogante acerca del *status* de ciertas acciones, hace referencia a acciones genéricas, no individuales, y a una determinación deóntica (específicamente jurídica), no causal.

Es posible que las decisiones judiciales estén causalmente determinadas y, sin embargo, no estén normativamente determinadas. Es decir, puede ser verdad que el juez esté totalmente condicionado a decidir de una manera específica y, no obstante, desde un punto de vista jurídico su decisión sea discrecional. Lo será si la acción sobre la que debe expedirse no está normativamente calificada por el derecho. A la inversa, es factible que la decisión judicial esté normativamente determinada, aún cuando no esté causalmente determinada. Es decir, la decisión del juez puede ser libre, en el sentido de ser causalmente indeterminada y, sin embargo, jurídicamente no discrecional, porque la acción sobre la que debe expedirse tiene una calificación en el derecho.

Desde un punto de vista causal, el tema de la determinación de las acciones judiciales representa un ejemplo especifico de la reflexión general acerca de si los eventos futuros dependen o no del estado actual del mundo. La investigación acerca de si el mundo es determinado en este sentido, y si específicamente las normas jurídicas intervienen causalmente en la toma de decisiones judiciales, forma parte de un debate diferente al del determinismo normativo. Este último constituye un problema relativo a la justificación de acciones, que no debe confundirse con el de su producción causal.

III. La determinación jurídica de las acciones

Sistemas completos o incompletos

Desde una perspectiva normativa la noción de determinación suele ser tomada como sinónimo de regulación o calificación deóntica. Se dice que una acción está determinada en un sistema jurídico, si a dicho sistema pertenece una norma que califique esa acción, y está indeterminada si no existe en él una norma que la regule. En esta interpretación, el carácter determinado o indeterminado es una propiedad todo o nada, y no se predica del derecho, sino de clases de acciones. Una acción no está más o menos determinada, sino que lo está o no lo está.

Desde este punto de vista, la tesis determinista sostiene el carácter completo de las calificaciones ofrecidas por el derecho, i.e. necesariamente toda acción encuentra una calificación en un sistema jurídico. Por el contrario, la tesis indeterminista defiende la posibilidad de que existan lagunas, i.e. no necesariamente toda acción está regulada en un sistema jurídico.

Tratando de precisar estas ideas, cabe advertir que la tesis determinista puede significar dos cosas. En primer lugar, que para todas las situaciones previstas por un sistema jurídico hay una acción regulada: el sistema es completo y/o, en segundo lugar, que cualquier situación está prevista por el sistema jurídico: el sistema es omnicomprensivo. Tomaré estas dos interpretaciones como expresión de una idea común, sólo que una más abarcativa que la otra. La tesis del carácter completo afirma que toda acción está jurídicamente calificada, en relación a los casos previstos por el sistema. La tesis de la omnicomprensión afirma que toda acción está jurídicamente calificada, en relación a cualquier caso concebible. En consonancia con estas interpretaciones del determinismo, el indeterminismo también ofrece dos interpretaciones posibles. O bien significa que los sistemas tienen lagunas normativas en sentido estricto, i.e. hay situaciones previstas por el sistema para las que, sin embargo, él no regula acción alguna. O bien significa que los sistemas no son omnicomprensivos, i.e. hay situaciones no previstas por el sistema para las que, en consecuencia, no hay ninguna acción regulada.

La oposición determinismo-indeterminismo, entendida como un desacuerdo acerca del carácter completo u omnicomprensivo de los sistemas jurídicos discute acerca de si necesariamente todas las acciones están reguladas por el derecho. Este modo de entender el problema de la determinación jurídica plantea una discusión acerca de las normas y principios que pertenecen a un sistema jurídico, independientemente de cuáles sean las calificaciones deónticas que ellos establecen. El principio cuya validez se debate sostiene que toda conducta tiene algún status jurídico, por el momento no importa cuál.

En esta aproximación, el tema de la determinación del derecho se analiza desde un punto de vista lógico. Conforme a las posiciones deterministas, el derecho es necesariamente completo en virtud de un principio de clausura

según el cual toda acción, o bien esta jurídicamente permitida, o bien está jurídicamente prohibida. El status de este principio ha sido ampliamente estudiado. Se ha demostrado que si se adopta como un principio lógico (necesariamente verdadero) no puede cumplir la función de clausura. Para que cumpla con dicho propósito debe entenderse como una norma de conducta, pero en esta hipótesis, su pertenencia al sistema es meramente contingente. Si no pertenece, puede haber acciones indeterminadas, i.e. acciones para las que no existe una calificación. Esta comprobación es suficiente para confirmar la verdad de la tesis indeterminista: no necesariamente toda acción encuentra una regulación en el derecho.

Es interesante destacar que aún cuando, en este sentido, deba aceptarse una tesis indeterminista, ello no implica que las proposiciones jurídicas puedan carecer de valor de verdad. Cuando en un sistema jurídico una acción está indeterminada en virtud de la ausencia de una norma que la califique deónticamente, cualquier proposición que afirme que ella es obligatoria, prohibida o permitida será falsa. En otras palabras, la existencia de indeterminación, entendida de este modo, no impugna la bivalencia del discurso jurídico.

IV La determinación del contenido derecho

La oposición determinismo-indeterminismo también suele expresar la confrontación de la tesis de la única respuesta correcta y la tesis de la discreción judicial. Desde este punto de vista, generalmente se contrastan las posiciones de Herbert Hart y de Ronald Dworkin. Según Hart, en algunos casos, el derecho está indeterminado y no es posible identificar exactamente lo que requiere. En estas ocasiones, forzosamente, los jueces tienen que decidir discrecionalmente. Por el contrario, según Dworkin, el derecho siempre está determinado. Es decir, siempre es posible identificar aquello que nos exige. Conforme a este autor, los jueces no solo no necesitan, sino que tampoco deben tomar decisiones discrecionales.

En esta interpretación, el carácter determinado o indeterminado se refiere al contenido de las disposiciones jurídicas. La tesis determinista afirma el carácter unívoco de las calificaciones que ofrece el derecho. Sostiene que, a pesar de discrepancias interpretativas, las acciones reguladas cuentan siempre con una única calificación correcta. Frente a esta idea pueden destacarse dos tesis indeterministas: una parcial y otra radical. Conforme a la primera, puede haber casos en que haya más de una calificación válida en relación a una acción. Conforme a la segunda, puede haber casos en los que cualquier calificación resulte admisible, i.e. justificable como una respuesta válida conforme a las disposiciones jurídicas. Consecuentemente, pueden distinguirse tres posiciones diferentes respecto del contenido del derecho.

Se dice que una norma está determinada cuando establece de manera definida los casos que prevé y las acciones que califica. Consecuentemente, su

contenido, permite formar una división o partición, y las proposiciones que aplican la norma, i.e. que enuncian la solución que ella brinda ante un caso, son necesariamente verdaderas o falsas.

Una norma está parcialmente indeterminada, cuando hay al menos un caso o una acción genéricos que no pueden considerarse ni determinados ni indeterminados por ella. Es decir, estos casos quedan sin determinar. El contenido de esta norma, obviamente, no da lugar a una división. Excluyendo ambos extremos, una norma parcialmente indeterminada puede estarlo en mayor o menor medida. Cuando más determinada esté, más serán los casos y acciones respecto de los que la norma establece criterios para decidir su inclusión o exclusión. Cuando una norma está parcialmente indeterminada, algunas proposiciones que la aplican carecen de valor de verdad.

Una norma está totalmente indeterminada cuando cualquier caso o acción puede juzgarse incluido o excluido en su contenido. En otras palabras, todos ellos están sin determinar en relación a la norma, y todas las proposiciones que pretendiesen aplicarla carecerían de valor de verdad.

Como veremos más adelante, la determinación del contenido de una norma puede involucrar tanto un debate valorativo como uno estrictamente semántico. Cabe remarcar que, cuando involucra una dificultad de tipo semántico, constituye una discusión acerca de los criterios de aplicación de los términos en que ella se expresa, y no acerca de si un caso individual satisface dichos criterios. En otras palabras, plantea una discusión relativa a los casos genéricos comprendidos en la norma. Es discutible si la dificultad en la subsunción de un caso individual en una norma pone o no en cuestión los casos genéricos que ella regula.

V. Algunas precisiones

Hasta aquí he mostrado tres versiones sobre el problema de la determinación del derecho. La primera, que fue inmediatamente dejada de lado, constituye una pregunta acerca de las causas de una decisión jurídica, la segunda presenta un interrogante acerca del carácter completo u omnicomprensivo del derecho; y la tercera, plantea una cuestión acerca de su contenido. Esto nos permite distinguir tres significados del predicado «determinación» aplicado a un caso o una acción (genéricos o individuales). En un primer sentido, la determinación significa que el caso o la acción son necesarios desde un punto de vista causal. En un segundo sentido, significa que al sistema pertenece una norma que prevé ese caso o califica deónticamente esa acción, es decir que los incluye dentro de su contenido. En un tercer sentido, significa que hay criterios que permiten, o bien incluirlos, o bien excluirlos del alcance de una norma. La determinación causal de una acción no implica su determinación normativa. Asimismo, la determinación normativa de una acción por parte de una norma no implica la total determinación del contenido de esa norma. Según cómo se resuelva un problema de

indeterminación en este último sentido, habrá o no un caso o una acción indeterminados, en el segundo sentido.

Asimismo, respecto de la determinación de un contenido cabe señalar una ambigüedad adicional, según se predique de contenidos normativos o proposicionales. La indeterminación de un contenido normativo significa la existencia de casos o acciones sin determinar, i.e. que no pueden incluirse ni excluirse del alcance de la norma, e implica la consiguiente duda en su aplicación. La indeterminación de una proposición significa que ella no es ni verdadera ni falsa. Una norma puede estar más o menos indeterminada, según sea la cantidad de casos y/o acciones genéricos cuya inclusión/exclusión se juzgue dudosa. Una proposición, en cambio, o bien está determinada, o bien no lo está, según tenga o no un valor de verdad.

VI. Pertenencia de normas y determinación del contenido del derecho

Condiciones de la distinción

Existe una forma de quitar sentido a las discusiones sobre el determinismo como completud, y como tesis de la univocidad o de los límites definidos del derecho: negando *ab initio* su posibilidad. En la primera hipótesis suelen colocarse quienes sostienen la tesis de la respuesta única que, por lo general, presuponen el carácter completo y omnicomprensivo del derecho. Es decir, entienden que existe una calificación para toda acción y que el debate sobre carácter determinado o indeterminado del derecho se refiere exclusivamente a la especificación de su contenido. Sin embargo, debe advertirse que esta reducción no es necesaria, puesto que es factible discernir ambos problemas y defender, por ejemplo, el determinismo como tesis de la respuesta única, sin comprometerse con el determinismo como completud u omnicomprensión. En este caso, se dirá que el derecho siempre brinda una respuesta definida, para aquellos casos que regula. Sin por ello postular que regula de manera completa todos los casos previstos, o que prevé todos los casos posibles. En otros términos, el carácter determinado del contenido del derecho, no implica el carácter determinado de todas las acciones posibles.

En la segunda hipótesis se colocan quienes adoptan una posición opuesta a la anterior. Desde esta perspectiva, se supone la determinación de los contenidos normativos y se pone en discusión sólo la pertenencia o no pertenencia de éstos a un derecho. Así, la pregunta por la determinación del contenido del derecho no constituye un problema interno al sistema jurídico, sino un paso empírico previo a su individualización. La identificación de una norma o un sistema equivale a la determinación de su contenido, i.e. a la identificación de todos los casos y acciones genéricos regulados por ellos. Al respecto, pueden presentarse dificultades epistémicas, pero hasta que éstas no se resuelvan no se habrá identificado las normas del sistema. El único obstáculo que puede presentarse en la aplicación de una norma

identificada es la dificultad de subsunción de un caso individual a un caso genérico previsto por la norma. A partir de estas premisas, el debate acerca de la determinación del derecho se reduce, o bien a un problema lógico de completud, o bien a un problema empírico de reconocimiento ante un caso individual. Esta interpretación bloquea la posibilidad de que el derecho contenga calificaciones genéricas sin determinar, porque presupone que la determinación de esas calificaciones es un paso anterior y necesario para la identificación del derecho.

En primer lugar, para no cerrar por decreto la posibilidad de que un sistema jurídico esté indeterminado en su contenido genérico es necesaria la siguiente condición:

1. Que la identificación de una norma en un sistema jurídico, i.e. su pertenencia, sea compatible, pero no presuponga la determinación de su contenido.

En efecto, para que la determinación del contenido genérico de un sistema pueda analizarse como un problema adicional y diferente del de la pertenencia de normas o principios, debe admitirse la posibilidad conceptual de que existan o pertenezcan pautas con contenido indeterminado, es decir, que dejen casos y/o acciones sin determinar. De lo contrario, se estará presuponiendo lo que, en la tercera versión del debate determinismo-indeterminismo es materia de discusión.

Ahora bien, la decisión que incluye o excluye casos y/o acciones genéricos en el alcance del derecho puede entenderse como un acto de identificación de nuevas normas implícitas, o como un acto de determinación del contenido de las normas jurídicas preexistentes. En la primera situación, las normas se presuponen determinadas y cada acto de interpretación, que amplía o restringe la cantidad de casos y/o acciones genéricos regulados, implica la admisión o expulsión de una nueva norma. En la segunda situación, el acto de interpretación (extensiva o restrictiva) se describe como un paso en la determinación de las normas, y ello presupone el carácter previamente indeterminado de sus contenidos.

En segundo lugar, para no trivializar la tarea descriptiva de identificar normas jurídicas, aún admitiendo que su contenido puede no estar nítidamente definido, es necesario asumir una segunda condición:

2. Que la identificación de una norma en un sistema jurídico, i.e. su pertenencia, es incompatible con la indeterminación total de su contenido.

En efecto, para poder identificar una norma perteneciente a un sistema debe ser posible conocer al menos un caso y acción genéricos previstos por ella. Es decir, es preciso admitir que, al menos, un caso y una acción genéricos están determinados por la norma. Desde una perspectiva indeterminista radical, esta posibilidad no está garantizada, lo cual hace que el conocimiento del contenido del derecho deje de ser un objetivo teórico posible. Carece de sentido intentar conocer qué determina una norma jurídica, si no se admite que ella algo determina. Cuando se sostiene que cualquier acción es compatible

con una norma jurídica, toda aparente aseveración acerca de su contenido es en realidad un acto de adscripción, toda adscripción es admisible y cualquier norma puede ser identificada como perteneciente al sistema. Esto es así porque si se discriminase entre adscripciones aceptables e inaceptables se abandonaría el indeterminismo radical, ya que se estaría aceptando que no cualquier contenido puede ser incluido en el alcance de la norma. Esta última es la idea que incorpora la condición número 2. que, en otras palabras, expresa una restricción impuesta por Hart. Desde el punto de vista de este autor, la existencia de una norma es incompatible con la indeterminación total de su significado. De no ser así, el derecho podría existir sin guiar o justificar acción alguna. En sentido estricto, afirmar que el contenido de una norma está totalmente indeterminado es incurrir en una contradicción en los propios términos. Una norma compatible con cualquier acción no es una norma en absoluto. Por el contrario, puede admitirse que una norma esté indeterminada de un modo limitado o parcial. El contenido de una norma está parcialmente indeterminado, cuando algunos casos y/o acciones genéricos están sin determinar en relación a esa norma. Es decir, respecto de ellos, no hay consenso acerca de si están o no cubiertos por la norma.

En resumen, la identificación de una norma en un sistema jurídico tiene como condición necesaria la determinación de un caso y acción genéricos, aunque no la fijación definitiva de todos los casos y acciones que ella regula.

Por ejemplo, si a un sistema jurídico SJ, pertenece la siguiente norma:

N1: «El que ilegítimamente privare a otro de su libertad será sancionado con prisión...

Conforme a una concepción interpretativa establecida, puede entenderse que es verdadera la proposición:

(i) Conforme a N1, está prohibido retener a una persona por un año sin justificación alguna.

Por el contrario, es falsa la siguiente proposición:

(ii) Conforme a N1, está prohibido retener a una persona por tres segundos, sin justificación alguna.

Y no es ni verdadera ni falsa la siguiente:

(iii) Conforme a N1, está prohibido retener a una persona durante pocos minutos, sin justificación alguna.

Esto significa que el contenido de N1 está parcialmente indeterminado. De las proposiciones que la aplican, las dos primeras están determinadas (una es verdadera y la otra falsa), mientras que la tercera está indeterminada (carece de valor de verdad).

A partir de las consideraciones precedentes, asumo que es posible abordar la reflexión sobre la determinación de los contenidos de un derecho, como una discusión que no se reduce a la pertenencia de normas y que admite un tratamiento separado del determinismo entendido como completud u omnicomprensión. La tesis indeterminista respecto al contenido del derecho es la única que pone en cuestión la bivalencia del discurso jurídico y reclama

la existencia de discreción judicial. En las siguientes secciones del trabajo me referiré al problema del determinismo sólo en este último sentido.

SEGUNDA PARTE

VII. Determinación y casos difíciles

Por lo general, el problema de la determinación del contenido del derecho se asocia a la distinción entre casos fáciles y difíciles. Al intentar precisar las exigencias del derecho suelen presentarse una serie de dificultades que, en principio, parecen avalar la verdad de la tesis indeterminista. Sin embargo, hay argumentos disponibles para mostrar que, bajo una interpretación adecuada, dichas dificultades no son prueba de indeterminación.

Los casos difíciles surgen a partir de problemas lógicos, empíricos, epistémicos, valorativos, etc. Por ejemplo:

(i) el sistema no prevé el caso que sometemos a consideración (no es omnicomprensivo),

(ii) el sistema no ofrece solución, para un caso previsto (lagunas normativas),

(iii) no sabemos si una norma es aplicable, porque ignoramos algunas de las características del caso individual (lagunas de conocimiento),

(iv) la solución establecida por una norma conduce a consecuencias que no estamos dispuestos a admitir, y/o es inadecuada respecto de una hipótesis de relevancia (conflictos respecto a los fines que perseguimos, y/o lagunas axiológicas),

(v) la solución que brinda una norma está en contradicción con la que establece otra norma o principio del sistema (inconsistencias),

(vi) los términos en que se expresa una norma pueden interpretarse de manera favorable a distintos valores subyacentes, y es discutible cuál de ellos hay que privilegiar (conflictos interpretativos),

(vii) pueden presentarse dudas en la subsunción de un caso individual en un caso genérico previsto en una norma (lagunas de reconocimiento).

Las dificultades mencionadas no constituyen una enumeración exhaustiva y, a su vez, no todas son mutuamente excluyentes ni independientes. Ello significa que a) puede haber aún más fuentes de problemas, b) algunos podrían presentarse conjuntamente, y c) otros necesariamente se presentan al mismo tiempo.

La posición determinista admite la existencia de estas dificultades, pero sostiene que ninguna habilita a afirmar que el derecho no regula las acciones de modo definido. La mayor parte de estos obstáculos son tan usuales, que el propio derecho da criterios para su solución. Así, por ejemplo, para evitar el problema lógico de las lagunas, el derecho suele prever reglas generales de clausura. Para salvar la ignorancia de datos empíricos, el derecho recurre al establecimiento de presunciones. Por lo general, las contradicciones

quedan solucionadas al tener en cuenta las jerarquías que el propio orden jurídico impone.

Según Dworkin, la presencia de estas dificultades, fundamentalmente las de carácter pragmático y valorativo, exige contar con una teoría jurídica que brinde parámetros para su resolución. Esta teoría, por una parte, debe adecuarse al conjunto de decisiones dictadas a lo largo de la historia institucional del sistema y, por otra, debe mostrar el material jurídico en su mejor versión. Por ejemplo, si respecto a un caso posible dudamos en aplicar la solución de una norma o de un principio, la teoría debe aportar argumentos que permitan identificar cuál es la respuesta correcta. Si no disponemos de estos argumentos, el problema no está en el material jurídico. Este no puede prever expresamente todos los casos posibles, ni es deseable que lo haga. El problema es de nuestra teoría interpretativa, que muestra ser bastante rudimentaria. Desde este punto de vista, un sistema jurídico se integra por un conjunto de normas y principios, explícitos e implícitos; y todo desacuerdo en la identificación de su contenido puede ser resuelto por una interpretación adecuada del material disponible. El proceso de determinación del derecho puede ser complejo pero está a disposición de cualquier intérprete.

En conclusión, la concepción determinista no necesita negar la larga lista de inconvenientes que dan lugar a casos difíciles. Le basta con advertir que la existencia de casos difíciles no es equivalente a indeterminación del derecho. Esta concepción es discutible, pero aún si se acepta, no contrarresta el principal argumento a favor del indeterminismo: la vaguedad o indeterminación semántica del lenguaje en que el derecho se expresa.

VIII. Desacuerdos interpretativos y desacuerdos semánticos

Ronald Dworkin propone una distinción entre conceptos meramente vagos (que admiten indeterminación) y conceptos interpretativos (que admiten diversas concepciones políticas o morales). Los primeros se apoyan en acuerdos semánticos convencionales, mientras que los segundos se asientan en acuerdos morales de convicción. Sobre esta base, al tratar de fijar el alcance del contenido de una norma, es posible que existan dificultades meramente semánticas y dificultades interpretativas. Dworkin advierte que la tesis indeterminista cobra plausibilidad en virtud de la vaguedad que afecta a los lenguajes naturales. A pesar de ello, según este autor, los problemas en la identificación del contenido del derecho, y el de su determinación o indeterminación, no pueden ser captados a través de un enfoque exclusivamente semántico porque, fundamentalmente, ellos se basan en desacuerdos de carácter político y moral. En su opinión, la mayor parte de las dificultades en la determinación de un concepto son generalmente mal descritos por los positivistas como un problema de indeterminación semántica cuando, en realidad, constituyen un conflicto interpretativo.

La distinción entre problemas semánticos e interpretativos es seguramente útil para la teoría del derecho. Sin embargo, no hay razones para oponerlos entre sí, o, como parece hacer Dworkin, plantear una opción entre ellos. Las dificultades de origen semántico e interpretativo no son conjuntamente exhaustivas y, sobre todo, no son mutuamente independientes. Los conceptos que admiten varias concepciones están necesariamente ligados a los problemas de vaguedad. La indeterminación semántica no sólo está siempre presente en los conceptos interpretativos, también afecta a los criterios de resolución de los conflictos valorativos que ellos provocan. Por esta razón, aún cuando la tesis de la respuesta correcta sea verdadera ante los problemas interpretativos, es irrelevante respecto al problema de la indeterminación semántica. Esta última es una característica ineludible de los lenguajes naturales en los que se expresa el derecho, y no queda excluida por la presencia de problemas interpretativos, ni por el hecho de que estos tengan una única solución.

Ahora bien, según Dworkin, también hay una forma de clausurar la indeterminación generada por los conceptos vagos, mediante el uso de reglas de construcción. Estas, son normas de segundo nivel que intentan determinar la aplicación de las normas vagas. Por ejemplo: «las normas imprecisas deben aplicarse sólo a aquellos casos que caen indudablemente en el núcleo de su significado, i.e. los casos claros».

Esta propuesta se apoya en la suposición de que los conceptos vagos permiten individualizar de forma nítida casos claros de casos de penumbra. Bajo esta hipótesis, las reglas de construcción solucionan el problema limitando la aplicación sólo a los casos claros. En contra de la viabilidad de esta estrategia, se ha mostrado que la propia distinción entre casos claros y casos de penumbra es imprecisa. No hay una clasificación tripartita nítidamente demarcada entre casos de aplicación, casos de no aplicación y casos de duda. Los límites entre estas categorías están indeterminados y son discutibles. Paralelamente, las reglas de construcción que se apoyan en esa distinción también padecen indeterminación. Para eliminar esta vaguedad de segundo orden se requeriría una regla de construcción de tercer nivel; pero como el problema volvería a presentarse, necesitaríamos una nueva regla y así hasta el infinito.

Es posible coincidir con Dworkin en que la discusión generada por los problemas interpretativos es más relevante que la provocada por la mera vaguedad de un término. Aún es posible coincidir con él en que esto exige contar con una teoría política, y que el enfoque del derecho como integridad es el más plausible. Sin embargo, nada de eso logra erradicar la vaguedad de los propios conceptos interpretativos, ni la de los enunciados en los que se expresa la concepción política con la que justificamos una interpretación. El único modo de evitar la tesis indeterminista basada en razones semánticas sería mostrando que el lenguaje de esa teoría política carece de vaguedad.

En conclusión, a pesar del esfuerzo determinista de Dworkin, puede sostenerse que el problema de la indeterminación actual o potencial:

1. afecta a los conceptos interpretativos,
2. afecta a cualquier criterio que se proponga para identificar una respuesta ante «los casos difíciles»,
3. no es un problema erradicable mediante criterios o reglas de construcción.

VIII. Vaguedad y bivalencia

Indeterminación o incertidumbre

Admitir que el derecho se expresa en lenguaje vago no significa aún aceptar que pueda estar indeterminado. Es posible defender que la vaguedad no consiste en un defecto en los criterios que guían el uso de una expresión, sino en un problema de ignorancia respecto de alguna propiedad o estado de cosas cuya presencia es necesaria para la correcta aplicación de un término o la verdad de una proposición. Cuando la vaguedad se caracteriza de este modo, como un problema epistémico, las consecuencias indeterministas no se producen. Respecto de una proposición expresada en lenguaje vago habrá ocasiones en que desconozcamos su valor de verdad, pero ello no significa que carezca de él. Por el contrario, de acuerdo a una concepción semántica, cuando las proposiciones se expresan en lenguaje vago hay ocasiones en las que no son ni verdaderas ni falsas.

Según advierte Dworkin, sostener que un enunciado no es ni verdadero ni falso no es menos comprometido que sostener que dicho enunciado es falso, o que es verdadero. Es decir, en los tres casos necesitamos argumentos sustantivos para apoyar nuestras afirmaciones, ya que ninguna de ellas puede estar justificada por defecto, i.e. por falta de razones. La falta de argumentos a favor de la verdad o de la falsedad de un enunciado implica que ignoramos su valor de verdad, y justifica nuestra incertidumbre. Esta constituye un problema epistémico; pero es totalmente compatible con que dicho enunciado sea, o bien verdadero, o bien falso. Cabría agregar, aunque Dworkin no lo dice, que la incertidumbre también es compatible con que el enunciado carezca de valor de verdad. Es decir, podemos tener incertidumbre acerca de si es verdadero, si es falso, o si no es ni verdadero ni falso. La certeza o incertidumbre son dos cualidades referidas al grado subjetivo de convicción frente a ciertos enunciados. El valor de verdad de una proposición es independiente del grado de certidumbre del sujeto que la evalúa. En consecuencia, la presencia de incertidumbre nada implica en relación al valor semántico de un enunciado.

Dworkin admite la posibilidad de que ciertos juicios carezcan de valor de verdad. La indeterminación es uno de los *status* semánticos posibles de un enunciado, i.e. no contradictorio. En la propuesta de este autor, la distinción entre incertidumbre e indeterminación está destinada a mostrar que

sólo la primera puede defenderse desde un punto de vista externo. La indeterminación, al igual que la verdad o la falsedad de una proposición, siempre debe apoyarse en razones sustantivas. Por lo tanto, nunca puede ser externa o descomprometida.

Ciertamente, las consideraciones antes mencionadas hacen conveniente distinguir entre dificultades semánticas y epistémicas; y subrayar que sólo las primeras están ligadas a las consecuencias indeterministas. Si la vaguedad representa un problema epistémico debe admitirse que el lenguaje vago del derecho genera simplemente incertidumbre, no implica la ausencia de una respuesta única y no exige el abandono de la bivalencia. En otras palabras, quedaría rebatido el argumento más fuerte de la tesis indeterminista.

Haré sólo dos observaciones respecto de la interpretación de la vaguedad como un problema de ignorancia. El síntoma principal de la vaguedad de un concepto o de una proposición es que, en ciertos casos, se presentan dudas sobre la aplicación del concepto o la verdad de la proposición. Por ejemplo, conocemos todas las concepciones disponibles acerca de la privación ilegítima de la libertad, al mismo tiempo, conocemos todas las características relevantes de una situación en la que se ha retenido a una persona en contra de su voluntad, sin embargo, permanecemos en la duda acerca de si esa situación debe calificarse o no como «privación ilegítima de la libertad». Una dificultad similar tiene lugar cuando, a pesar de conocer exactamente cuánto mide una persona, no estamos seguros de llamarle o no «alta». En primer lugar, si en estos casos no hay ningún conocimiento adicional que pueda resolver la duda, resulta llamativo describir la situación como un problema de ignorancia. En segundo lugar, la única forma de presentar esta dificultad como un problema epistémico es admitiendo que la privación ilegítima de la libertad, o la altura de una persona, son propiedades sobrevinientes, que trascienden a los usos y/o reconstrucciones semánticas de los conceptos. Los casos de dudas serían justamente la prueba de que aún no conocemos esas propiedades cabalmente. Pero, si rechazamos la existencia de estas propiedades como algo independiente de nuestros conceptos, el problema epistémico se desvanece. En otras palabras, para una concepción según la cual la privación ilegítima de la libertad, o la altura, son sólo lo que nuestros conceptos delimitan (si es que lo delimitan), el problema de la vaguedad es necesariamente semántico. No puede ser epistémico, porque no hay objeto de conocimiento. No hay una entidad tal como la privación ilegítima de la libertad, o la altura, trascendentes a los criterios de uso de las expresiones «privación ilegítima de la libertad» o «altura». En estos ejemplos, si hay alguna dificultad en la aplicación de las expresiones es porque sus significados, i.e. los criterios de uso, no están lo suficientemente precisados. La duda que se presenta no es síntoma de desconocimiento, sino de indecisión acerca de si incluimos o no ciertos casos en el alcance de las expresiones «privación ilegítima de la libertad» o «alto».

El enfoque epistémico de la vaguedad de los predicados jurídicos tales como privación ilegítima de la libertad, libertad de expresión, alquiler, hipoteca, etc., tiene sentido sólo si se entiende que esos predicados representan clases, o universales, cuyo conocimiento imperfecto es el que genera la imprecisión de los conceptos. Esta es la perspectiva del realismo metafísico aplicada a la ontología jurídica. Conforme a las premisas asumidas al comienzo del trabajo, toda propuesta que para la identificación del derecho exija presuponer entidades metafísicas resulta inadmisible. Desde esta posición anti-metafísica, la concepción epistémica de la vaguedad pierde todo sustento.

IX. El carácter continuo de la vaguedad

Aún entre quienes admiten que la vaguedad es un problema semántico que genera indeterminación, no hay acuerdo en la caracterización que ofrecen de ella. Como vimos anteriormente, la definición de vaguedad resulta objetable cuando se apoya en la posibilidad de una distinción clara entre extensión positiva, extensión negativa y zona de penumbra de un concepto. En contra de esta caracterización se sostiene que no es factible reconocer de modo preciso estas tres áreas. No existe una frontera definida entre las situaciones que podrían mostrarse como claramente incluidas o excluidas de su referencia. Esta caracterización de la vaguedad como un continuo resulta avalada no sólo por la advertencia de la vaguedad de segundo nivel sino, también, por la aplicación de la paradoja de sorites. Conforme a esta última, no hay forma de justificar un límite en la aplicación o no aplicación de un concepto vago.

Una interpretación apresurada podría llevar a pensar que la caracterización de la vaguedad que parte la extensión de un concepto en tres áreas definidas es necesaria para sostener la tesis del indeterminismo parcial; y que la vaguedad de segundo nivel junto a la paradoja de sorites conducen irremediablemente a la admisión del indeterminismo radical. Ciertamente, la anterior forma de definir la vaguedad insinúa que la indeterminación es siempre parcial. Conforme a ella, todo concepto, aún siendo vago, tiene necesariamente un núcleo claro de aplicación. Es decir, no todos pueden ser casos de penumbra. Asimismo, es verdad que la vaguedad de segundo nivel y la paradoja de sorites ponen de manifiesto que la indeterminación de un concepto vago podría ser radical. Sin embargo, el que la definición de vaguedad admita la posibilidad de que un lenguaje esté totalmente indeterminado no implica ninguna tesis acerca de cómo es el lenguaje del derecho. No deben confundirse la o las definiciones de vaguedad, con las tesis sobre la determinación o indeterminación del lenguaje en el ámbito jurídico, o en cualquier otro ámbito. El indeterminismo parcial no niega la definición de la vaguedad como un continuo. En otras palabras, acepta que la vaguedad de un concepto podría ser radical. La razón para sustentar el indeterminismo

parcial en relación al derecho no radica en que la vaguedad, por definición, siempre sea parcial. Es decir, la verdad de la tesis determinista parcial no está garantizada por la definición de vaguedad, sino por la forma de entender en qué consiste una norma. Una norma es un contenido significativo que prohíbe, obliga o permite ciertos comportamientos. Puede ofrecer un marco abierto a la interpretación y, en este sentido, dejar un conjunto de casos y/o acciones sin determinar. Pero si no determinase al menos una clase de comportamientos, por definición, dejaría de ser una norma. Sería una símbolo vacuo al que podría adscribírsele cualquier significado. En consecuencia, las normas jurídicas, necesariamente, son aplicables o inaplicables a ciertos casos, mientras que pueden no otorgar criterios para la inclusión o exclusión de otros. Los primeros muestran que, en alguna medida su contenido está determinado, los segundos muestran que en alguna medida, también, su contenido está indeterminado.

La tesis del indeterminismo parcial, por una parte, niega que el derecho esté, de modo necesario, totalmente determinado. Esto significa que es posible que algunas proposiciones jurídicas carezcan de valor de verdad. Por otra parte, afirma que la indeterminación, cuando se produce, es necesariamente parcial. En consecuencia, no todas las proposiciones aplicativas de una norma pueden carecer de valor de verdad. El indeterminismo parcial afirma que toda norma establece una clasificación más o menos estable entre casos de aplicación y no aplicación, por una parte, y casos de penumbra, por otra parte; pero no exige que esa clasificación esté justificada o sea inamovible. La vaguedad de segundo nivel y la aplicación de la paradoja de sorites no impugnan la tesis del indeterminismo parcial, porque no niegan que pueda existir una clasificación entre casos claros y casos de penumbra. La vaguedad de segundo orden sólo pone en evidencia que ella podría haberse realizado de otro modo. Mientras que la paradoja de sorites pone en cuestión la justificación de cualquier clasificación.

En resumen, según el indeterminismo parcial el derecho puede estar determinado, pero siempre existe la posibilidad de que sus contenidos no sean lo suficientemente precisos, y que ciertos supuestos caigan en una zona de penumbra. La indeterminación parcial del contenido del derecho supone que a la par de los casos y/o acciones determinados e indeterminados por las normas, hay casos y/o acciones sin determinar, i.e. caso dudosos que forman un área de penumbra. El área de penumbra puede desplazarse, y casos que ayer fueron juzgados sin determinar, hoy pueden juzgarse determinados o indeterminados, y viceversa. Sin embargo, según el indeterminismo parcial, la penumbra nunca afecta a toda la referencia. Es decir, nunca todos los casos están sin determinar en relación a una norma, puesto que esa situación equivaldría a no haber identificado norma alguna.

Insisto en que el problema de la indeterminación del contenido se manifiesta en una duda acerca de qué casos genéricos están incluidos en una norma. La duda reside en cuál es, en definitiva, la norma en cuestión. El determinismo,

ante esta pregunta responde que las normas están establecidas y que, consecuentemente, dan respuestas precisas acerca de qué casos y qué acciones están previstos. Por el contrario el indeterminismo afirma que las normas tienen un halo de indeterminación. Es decir, siempre hay un margen para la extensión o la restricción de su alcance, y los casos y acciones correspondientes a ese margen no están determinados ni indeterminados por la norma, antes de que se tome una decisión restrictiva o extensiva.

Conforme expuse anteriormente, una norma general puede juzgarse indeterminada por razones diferentes de la vaguedad de los conceptos. Sin embargo, la indeterminación derivada de la vaguedad es la única imposible de eliminar mediante la formulación previa de criterios generales. Quien se encuentra ante un predicado semánticamente indeterminado puede, y debe, si desea suprimir la indeterminación, introducir una nueva precisión que conduzca a su aplicación o a su exclusión. La introducción de esta precisión es discrecional, ya que, por hipótesis, no está guiada por los criterios hasta ahora disponibles para el uso del término. Esa precisión hace que el caso y/o acción que se discute pase a tener un status definido, i.e. será considerado, o bien determinado, o bien indeterminado por la norma. A su vez, esto hace que el contenido de la norma aplicada esté más determinado que antes y que la proposición que afirma su aplicación adquiera un valor de verdad, i.e. recupere la bivalencia.

X. Indeterminación semántica e indeterminación ontológica

La relación entre lenguaje y realidad plantea una alternativa ineludible. Los hechos que admitimos en un dominio especifico (como por ejemplo la física, la psicología, las matemáticas, el derecho, etc.) o bien son independientes de toda conceptualización y pensamiento humanos, o bien son fruto de una construcción teórica. En la primera interpretación, los hechos trascienden al lenguaje, y se presuponen externos a él. En la segunda, son nuestros conceptos los que parcelan y constituyen aquello que designan. Podemos individualizar ciertos hechos u objetos sólo porque contamos con conceptos que nos los delimitan. Esta segunda alternativa constituye una posición anti-metafísica respecto a los hechos que admite.

En el ámbito de las entidades empíricas, a pesar de que el conocimiento está necesariamente mediado por nuestros conceptos y teorías, es usual admitir la existencia de hechos independientes del lenguaje por el cual se accede a ellos. No sucede lo mismo respecto de las entidades abstractas como por ejemplo, las normas, los significados, las relaciones, etc. La posición anti-metafísica asumida en un comienzo tiene aquí una consecuencia importante. La existencia de hechos jurídicos tales como una obligación contractual, una cláusula de rescisión, un interés punitorio, etc. depende de lo que establezcan ciertas normas o principios. A su vez, en una visión no metafísica, estas normas o principios son entidades dependientes de un lenguaje,

sea el de un grupo social, el de ciertas fuentes formales o el de una teoría interpretativa. En cualquier caso, los hechos jurídicos estarán determinados o indeterminados en idéntica medida en que lo esté dicho lenguaje. En otras palabras, todo problema de indeterminación semántica, planteará un problema de indeterminación ontológica.

La discusión determinismo-indeterminismo en el ámbito jurídico exige una reflexión sobre los compromisos ontológicos que se asumen en ese dominio. Es decir, requiere un debate claro acerca del tipo de entidades que hacen verdaderas o falsas las proposiciones jurídicas. Al respecto, se plantea la misma alternativa que en relación a cualquier otro objeto. O bien entendemos que los creamos por medio de nuestras prácticas lingüísticas, o bien admitimos existen independientemente de nuestro lenguaje.

Si uno de los parámetros para juzgar los méritos de una tesis teórica ha de ser el que ella pueda sostenerse en un equilibrio reflexivo con nuestras intuiciones básicas, éste es el punto en el que hay que decidir qué debe prevalecer. La posición determinista se encuentra en tensión con la admisión de una ontología jurídica dependiente del lenguaje. Puesto que el lenguaje puede estar indeterminado, y eso repercute en la «realidad jurídica» constituida a través de él. Por lo tanto, o bien se adopta una posición determinista, pero se abandona la idea de que el derecho depende del lenguaje, o bien se conserva la idea de la dependencia lingüística, pero se abandona la tesis de que el derecho puede estar determinado, si el lenguaje no lo está. Conforme a las premisas metodológicas propuestas al comienzo de este trabajo los datos que hacen verdaderas las proposiciones jurídicas dependen del contenido de normas y principios jurídicos. La admisión de que estas pautas son constructos lingüísticos en conjunción con la idea de que nuestros conceptos están fatalmente afectados de vaguedad, conduce necesariamente a la tesis indeterminista. Para evitarla hay dos posibilidades: superar de algún modo la vaguedad de los conceptos, o rechazar que la ontología jurídica dependa del lenguaje. La segunda opción quizás sea la más plausible, pero se compromete con el realismo metafísico respecto a los hechos jurídicos. Dentro de un modelo anti-metafísico, la única forma de sostener la tesis determinista requeriría bloquear los efectos de la vaguedad. Pero sabemos que éste es un objetivo inalcanzable, y muy probablemente indeseable.

Conclusiones

1. La expresión «indeterminación» es ambigua cuando se predica de un caso o una acción tanto individuales como genéricos. Puede significar que (i) no son causalmente necesarios, (ii) no pertenece al sistema una norma que prevea el caso o califique deónticamente la acción, o (iii) no hay criterios para establecer si están incluidos o excluidos en el contenido de una norma perteneciente al sistema. En esta última situación sería mejor hablar de casos y/o acciones sin determinar.

2. La expresión «indeterminación» es ambigua en un segundo sentido. (i) Cuando se predica del contenido de las disposiciones jurídicas significa que hay al menos un caso o acción genéricos respecto de los que no hay criterios para afirmar o rechazar su inclusión en una norma, razón por la cual se presenta una duda. En esta hipótesis, se trata de una propiedad gradual, cuyo aumento o disminución depende de la medida en que esté precisado el significado de una formulación normativa. (ii) Cuando la indeterminación se predica de un contenido proposicional significa que no es ni verdadero ni falso. En esta hipótesis, no se trata de una propiedad gradual. Una proposición no puede estar más o menos determinada.

3. Si se admite el indeterminismo parcial del contenido del derecho, se acepta que:

(i) algunas proposiciones que identifican el contenido del derecho pueden carecer de valor de verdad y

(ii) en la tarea de aplicación del derecho existe un marco de discreción.

4. Si se admite la tesis determinista, se acepta que las proposiciones que identifican el contenido del derecho siempre tienen un valor de verdad: o bien son verdaderas, o bien son falsas y

5. La verdad del indeterminismo en relación al derecho presupone:

(i) que «los hechos» que hacen verdaderas las proposiciones jurídicas dependen del lenguaje,

(ii) que la vaguedad es un rasgo inerradicable del lenguaje y

(iii) la vaguedad del lenguaje es un problema semántico.

6. Si se asume que la «realidad jurídica» depende de normas y principios, y que éstos son el significado de un conjunto de enunciados, entonces es verdad 5.(i): los hechos que hacen verdaderas las proposiciones jurídicas dependen del lenguaje.

7. La indeterminación de un lenguaje natural no puede eludirse recurriendo criterios generales que se expresen en un meta lenguaje natural, puesto que éste también es susceptible de indeterminación. Sólo puede solucionarse ante un caso genérico concreto mediante una decisión discrecional que lo incorpora o excluye del alcance del concepto que se discute. Asimismo, siempre es posible plantear un caso novedoso que ponga en duda la aplicación de un predicado hasta ahora preciso. Por estas razones, es verdad 5.(ii): la vaguedad (aunque sea a nivel potencial) es un rasgo inerradicable del lenguaje.

8. Respecto del significado de un término pueden presentarse dificultades epistémicas. Pero, las dudas de aplicación basadas en un problema de vaguedad, no provienen de la ignorancia o falta de información. La única forma de entender la vaguedad como un problema epistémico es admitiendo que los conceptos genéricos hacen referencia a clases o universales trascendentes al lenguaje. Esto implica asumir un realismo metafísico respecto de los significados. Si se rechaza este realismo metafísico, no parece plausible caracterizar la vaguedad como una dificultad epistémica, sino como

una indeterminación en el significado del término. Consecuentemente, puede aceptarse 5.(iii): la vaguedad del lenguaje es un problema semántico.

9. En la identificación del derecho es aconsejable distinguir la dificultad generada por la vaguedad, de los restantes problemas que se estudian bajo el rótulo de «casos difíciles» (lagunas normativas, contradicciones, conflictos axiológicos). Sólo la vaguedad implica estrictamente la tesis indeterminista.

10. La tesis de la respuesta correcta ante los casos difíciles puede aceptarse pero, al no clausurar la vaguedad, es irrelevante respecto del problema de la indeterminación en los sistemas jurídicos.

11. La vaguedad de segundo orden muestra que los límites entre un caso determinado o indeterminado y otro sin determinar son imprecisos. El razonamiento sorites muestra un problema en la justificación de cualquier límite que intente imponerse. No obstante, ni la vaguedad de segundo orden, ni sorites muestran que el lenguaje esté de hecho radicalmente indeterminado, i.e. que no logre establecer clasificaciones más o menos estables. Sí permiten destacar la ineludible posibilidad de impugnar cualquier clasificación, y el carácter arbitrario de las mismas, i.e. no justificado por los criterios de uso.

12. La indeterminación del lenguaje podría ser radical. Pero, para que una norma exista, al menos un caso genérico tiene que estar determinado por ella. Esto significa que debe haber una clasificación. No significa que dicha clasificación esté justificada y/o sea inalterable.

13. Si el lenguaje de las normas estuviese totalmente indeterminado no existiría lo que normalmente entendemos como un sistema jurídico. En lenguaje de Hart, habríamos dejado dejugar el juego del derecho para entrar al juego de los árbitros, puesto que todo dependería de sus decisiones discrecionales. Mientras la determinación total es admisible, aunque no está garantizada en un sistema jurídico, la indeterminación total es conceptualmente imposible.

14. La discusión sobre la determinación o indeterminación en un ámbito especifico, en este caso el derecho, refleja los compromisos ontológicos que se asumen en dicho ámbito. La posición determinista se encuentra en tensión con la aceptación de una ontología jurídica dependiente del lenguaje. O bien abandonamos la idea de que el derecho es un hecho institucional que depende de una práctica lingüística, o bien dejamos de lado la tesis determinista.

A R T Í C U L O S

LA INTENCIÓN EN LA INTERPRETACIÓN*

La relevancia de la intención legislativa para la interpretación jurídica se ha convertido en una cuestión de debate político. Tal vez esté bien que así sea. No hay duda que el papel que los tribunales asignan a la intención legislativa en la interpretación jurídica tiene consecuencias políticas significativas. Se puede argumentar que esas consecuencias afectan al papel que se otorga a la intención en la interpretación. Es decir, las cuestiones acerca de si la intención debe o no jugar algún papel en la interpretación jurídica y, si debe jugar alguno, cuál deba ser éste, son cuestiones que deben ser parcialmente determinadas a la luz de las consecuencias políticas de tales decisiones. He de volver a este punto hacia el final de este trabajo. Sin embargo, la mayor parte de la controversia política que rodea el papel de la intención en la interpretación es irrelevante para el argumento de este trabajo. Su principal tema es el papel que la intención debe tener, el papel que no puede dejar detener, en la interpretación de la legislación. Es un argumento acerca de aquello que los tribunales no tienen elección para dejar de hacer, acerca de lo que no pueden dejar de hacer en tanto sigan la legislación. Donde reina la necesidad, las consideraciones de deseabilidad moral y política no tienen papel alguno que jugar.

No se niega que muchas prácticas interpretativas son locales. En algunas jurisdicciones los escritos de juristas distinguidos son una ayuda para la interpretación, en el sentido de que una interpretación consistente con ellos es preferida a las interpretaciones inconsistentes con ellos. En otros países los escritos de los juristas ni siquiera pueden ser citados por los tribunales.

---

* Texto original: Joseph Raz, «Intention in Interpretation» en Robert P. George (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 249-286.

Este trabajo es la primera parte de un análisis más completo de la interpretación en la aplicación del derecho. Estoy agradecido a los participantes en el *1993 USC Workshop* de teoría del derecho en Oxford por sus valiosos comentarios y al Profesor C. Wellman por sus detallados e instructivos comentarios por escrito.

En Gran Bretaña, «hay una presunción *prima facie* de que el Parlamento no tratará de actuar en violación del Derecho internacional, incluyendo en él las obligaciones específicas derivadas de los Tratados»[1] y la interpretación de las leyes es afectada por ella. Otros países siguen prácticas diferentes. Algunos países permiten que los debates parlamentarios sirvan como ayuda a la interpretación. Otros lo excluyen completamente o lo autorizan únicamente de forma muy limitada,[2] etc. Este trabajo, al ser una reflexión desde la teoría jurídica sobre el lugar de la intención en la interpretación jurídica, no tomará en cuenta las prácticas interpretativas específicas de algunos sistemas jurídicos o de algunos tipos de sistemas jurídicos (sistemas de *common law*, sistemas de *civil law*, etc.). Su objetivo es explorar un aspecto de la interpretación jurídica en la medida en que puede iluminar una teoría del derecho. La pregunta «¿qué es el derecho?» está vinculada a la pregunta «¿cómo es el derecho susceptible de interpretación?». Ello no significa que deba haber convenciones universales de interpretación jurídica con un contenido lo suficiente específico para proporcionar respuestas concretas a las preguntas acerca de la interpretación. Incluso si hubiera tales convenciones universales interpretativas específicas su estudio no agotaría el tema de este trabajo. Aun si no hay tales reglas universales y concretas de interpretación, es más que probable que las convenciones variables de interpretación de diferentes jurisdicciones compartan características comunes que son rasgos necesarios de la interpretación jurídica. Si son únicas, o si son compartidas por la interpretación de la música o de otras formas de interpretación, permanecerá -en la medida en que el argumento de este capítulo se mantiene- como una cuestión abierta.

1. Algunas características generales de la interpretación

La «interpretación» está íntimamente relacionada con la explicación. En muchas ocasiones el uso de las dos nociones es intercambiable. Una excepción clara la constituyen las interpretaciones ejecutivas, esto es, aquellas que consisten en la ejecución de una obra, ópera, o composición musical, una sesión de danza, o una lectura de prosa o de poesía, etc. Por lo tanto, hay la tentación de pensar que «interpretación» es multívoca. Puede significar o bien una explicación (quizás una explicación de una cierta clase) o una ejecución. Pero tal conclusión es prematura. Es posible igualmente que «interpretación» sea unívoca, y esté íntimamente relacionada con la explicación,

[1] Diplock. L. J. (como entonces se llamaba) en *Salomon v. Comissioners of Custom and Excise* [1967] 2 QB 116, 143.

[2] Para un cambio reciente en la regla inglesa relativa al uso de estos materiales, vd. *Pepper v. Hart* [1992] 3 WLR, 1032.

o con una cierta clase de explicación de una forma que también es aplicable a las interpretaciones ejecutivas. Después de todo, una ejecución pude tener el mismo efecto que una explicación, esto es, hacernos comprender la obra ejecutada. Algo semejante a esta última vía es lo que voy a explorar.

Ahora bien, no es aconsejable fundamentar una investigación sobre el análisis de «interpretación» en bruto. Los límites del uso adecuado del término son demasiado fluidos, y el lenguaje es demasiado tolerante con aquello que un intolerante podría considerar como usos desviados, para hacer de la investigación sobre «interpretación» en bruto algo filosóficamente -como opuesto a lexicográficamente- provechoso.[3] Por lo tanto, aunque la investigación de este trabajo será sobre la interpretación, usualmente comprendida, tal y como es practicada en el derecho, me tomaré la libertad de concentrarme en la noción tal como se usa para expresar una actividad que tiene un papel especial en humanidades, siendo tal vez la vía más particular de lograr una comprensión de la historia o de las obras literarias o de las artes visuales. Esto no nos compromete con el punto de vista de acuerdo al cual, cuando la usamos sin tales connotaciones, o en otros contextos (e. g. «la mejor interpretación del experimento sugiere que...»); el término tenga un significado diferente o sea susceptible de un análisis distinto. Todo lo que significa es que -siguiendo una respetada tradición- sostendré que la interpretación puede considerarse como una forma de lograr una comprensión de especial importancia en humanidades, y esta vía será el núcleo de la exploración a seguir. Que la interpretación de los experimentos o de cosas semejantes se adecue al análisis será marginal para nuestros propósitos.

En lo que sigue «interpretación» no será contemplado como un término técnico. Mi objetivo consiste en aislar, con el fin de prestarle especial atención, un tipo de contexto o un tipo de uso del término y sus derivados con todos los cuales tenemos familiaridad y comprensión intuitiva, la clase de comprensión adquirida con el dominio del significado y del uso correcto del término en español [«in English» en el original]. Nada he de decir del uso del término en algunos escritos filosóficos que sólo pueden tomarse en serio bajo el supuesto de que el término «interpretación» se toma como un término técnico con un significado estipulado. En este trabajo «interpretación» conserva su significado natural y lo que va a ser investigado es un contexto típico de su uso.

Tal vez los cuatro siguientes elementos pueden tomarse como rasgos centrales, relativamente indiscutidos, de la interpretación que, en la medida

[3] Menos aún si hay un interés filosófico en el estudio de la interpretación como término técnico en la teoría jurídica o en alguna otra disciplina. Dado que la interpretación se ha convertido en el *flavour* de la década, el término ha sido usado de forma que tome el significado que a alguien se le antoje.

en que no se consideren ni condiciones necesarias ni suficientes, pueden ayudar a prestar atención directa a algunos de sus rasgos más significativos. Son -debería añadirse- elementos que tienden a una explicación de la interpretación como la actividad de interpretar. El producto de tal actividad, cuando tiene éxito, es una comprensión de lo que ha sido interpretado. Me parece que referida a un producto «interpretación» tiene un uso más amplio y menos característico que cuando se usa para designar una actividad.

(1) La interpretación lo es de un original. Siempre hay algo que ha de ser interpretado. En realidad, en muchas ocasiones existe más de un candidato para la interpretación. La interpretación jurídica, por ejemplo, muy probablemente será interpretación del derecho, o de una práctica, o de un acto (legislativo o judicial) o de una ley o de una decisión judicial, o de su texto o lenguaje. Se da lugar a gran confusión cuando los autores no logran identificar con claridad el original de la interpretación que ellos mismos u otros proponen o critican.

(2) Una interpretación establece o muestra (e. g. en las interpretaciones ejecutivas) el significado del original.

(3) Las interpretaciones están sujetas a la evaluación como acertadas o erróneas (correctas o incorrectas), o como buenas o malas (o algunas aproximaciones de estos adjetivos, tales como «casi correcta»). Usaré a menudo «válida» como un término que establece una línea divisoria entre los dos tipos de evaluación. Son juzgadas como correctas o incorrectas por su éxito al establecer, mostrar o extraer el significado del original. Tales juicios deben ser distinguidos de la evaluación del éxito de una interpretación mediante otros parámetros. Por ejemplo, de una interpretación puede decirse que es clara, accesible, etc., cuando es juzgada por el éxito en transmitir efectivamente el significado identificado; puede decirse que es interesante, estimulante, etc., cuando es juzgada por la cualidad del significado que extrae o explica.

(4) La interpretación es un acto intencional. Nadie interpreta excepto que intente interpretar. Lo que mi amigo me dijo anoche puede ser una interpretación de un sueño que tuve la semana pasada. Sin embargo, él no interpretó mi sueño. Puede que yo lo hiciera si tomara sus palabras como susceptibles de proporcionar una interpretación del sueño.[4]

[4] He discutido este punto brevemente en «Morality as interpretation, on Walzer's "Interpretation & Social Criticism"», *Ethics* 101 (1991) 392.

Tomemos ahora un contraejemplo. John dice: «Muchos parlamentarios son repugnantes». Jill le oye por causalidad. Cuando Jack le pregunta qué dijo John, ella contesta: «Dijo que los parlamentarios son repelentes». Esto nos dice cómo ella interpretó la emisión de John. Pero ella no intentó interpretar. Meramente intentó reproducir el contenido de la observación de John a Jack. ¿Muestra ello que no hace falta que la interpretación sea intencional? No, si uno se centra en el área del uso a la que me referí. En este ejemplo, que me sugirió Timothy Endicott, al cual estoy agradecido, interpretación significa precisamente comprensión. No se refiere a ninguna

Las interpretaciones difieren de otras maneras de referirse a un original, por ejemplo, por ser inspirado por él, en que son explicaciones o elucidaciones del significado de un original. Un escultor inspirado por la veta de un bloque de mármol al crear la estatua que él esculpe no está interpretando el bloque.[5] Cuando una estatua inspirada por un bloque de mármol o una obra inspirada por una discusión parlamentaria es juzgada como buena o mala no lo es por su éxito en la explicación del significado de lo que la inspiró.

Un tipo especial de interpretación puede ser denominada interpretación conservante. Una interpretación conservante es aquella que consigue un éxito o un fracaso en la medida en que alcanza a recuperar o restablecer el significado que el original tiene para alguien, o su significado en una cultura determinada en algún tiempo pasado. Una interpretación es conservante si logra explicar o transmitir el significado del original para su autor, si tiene alguno, o su significado para su auditorio original, o algún otro grupo de referencia. No todas las interpretaciones tienen que ser conservantes. Yo puedo explicar lo que un original significa: «autodidacta» significa que se enseña a sí mismo. Al ofrecer tal explicación no estoy diciendo que esto es lo que significa para ti o para alguien en particular. Es sencillamente el significado de la palabra. En este sentido mi explicación no es, conservante. Al mismo tiempo es plausible pensar que nada puede tener significado excepto que lo tenga para alguien. El significado es revelado. El significado puede estar oculto a alguien, pero no a todos. Obviamente no es preciso que nadie sea capaz de articular el significado de un original para que el original tenga tal significado, y posiblemente no es preciso que nadie sea capaz de percibir el significado del original en todas sus dimensiones. Su significado puede ser un compuesto o una abstracción del significado que tiene para varias personas. Pero parece carecer de sentido que algo tenga un significado sin significar determinada cosa o alguna otra semejante para alguna persona u otra. ¿Qué querría decir que «geap» significa salvación aunque nadie lo supiera hasta que yo lo descubriera hoy?

---

actividad en absoluto. Es falso que Jill interpretó la observación de John a Jack. Es verdad que ella interpretó (=comprendió) que John quería decir repelentes cuando dijo «repugnantes». Esto sería verdad en relación a Jill aunque no le hubiera dicho nada a Jack. Su observación a Jack no era una observación interpretativa (y no fue intentada como tal). Meramente reveló a aquellos que la escucharon (y que sabían suficiente del contexto) cómo ella interpretó (=comprendió) a John.

Las señales de la interpretación son importantes, para captar el significado de la interpretación como un tipo de actividad (algunas veces nada más que una actividad mental) a través de la cual uno obtiene comprensión. No se aplican a «interpretación» cuando esta expresión se usa como intercambiable con «comprensión».

[5] Alguien puede inspirarse en un acontecimiento para escribir, digamos, una obra que ofrece una interpretación de aquel acontecimiento, pero no todas las inspiraciones conducen a interpretaciones.

Ahora bien, la interpretación puede ser convencional, esto es, aquella que explica el significado que la gente (i. e. la gente en el momento y lugar de la interpretación) usualmente entiende que el original posee, sin ser conservante. Es convencional si, al explicar el significado del original, acuerda con el punto de vista común. Es conservante sólo si logra explicar el significado que tiene el original para un grupo de referencia que puede o no ser «el punto de vista común de la gente aquí y ahora».

Algunas interpretaciones son nuevas o innovadoras. Esto es posible de una de las dos siguientes formas. Una interpretación puede ser nueva u original al explicar por primera vez el significado que el original tiene (o tuvo en algún tiempo pasado o para algún grupo diferente). El significado no es nuevo. Es el significado convencional del original. Pero nunca había sido articulado o explicado explícitamente, al menos no de esta forma. En este sentido una interpretación convencional (tanto como una conservante) puede ser nueva u original. Reservaré el término «innovadora» para designar las interpretaciones que muestran que el original tiene un significado distinto al que comúnmente tiene para la gente (o tuvo para la gente en el pasado). La posibilidad auténtica de interpretaciones innovadoras es problemática. ¿Cómo pueden reconciliarse las tres proposiciones siguientes que yo he aseverado? (1) Que un original significa aquello que significa para alguna gente o grupo. (2) Una interpretación innovadora muestra que el original tiene un significado distinto al significado que comúnmente tiene. (3) Una interpretación no es una creación libre, explica un significado que tiene un original. La disolución de este problema pertenece a otra ocasión.

Estas observaciones apuntan a una complejidad ulterior. Si lo que es interpretado puede tener varios significados, entonces puede haber varias interpretaciones diferentes aunque válidas de ello. Una distinción ulterior nos ayudará a esclarecer esta idea. Diremos que dos interpretaciones son compatibles si pueden combinarse en una comprensión más compleja y abarcadora del original sin convertirlo en auto-contradictorio. Una interpretación de una novela, por ejemplo, puede subrayar su significación social, como un retrato del ascenso de una nueva clase industrial, con una voz diferenciada. Otra interpretación puede subrayar las reacciones psicológicamente complejas de la heroína hacia su padre y sus efectos en el resto de su vida. Una tercera interpretación puede centrarse en la forma en que el autor usa y transforma la «narración en primera persona» como técnica narrativa. Aunque diríamos al hablar de estas cosas que cada una de estas críticas literarias tiene una interpretación diferente de la novela, todos sabemos que no hay conflicto alguno entre ellas. Es así si pueden combinarse en una concepción más ampliamente comprehensiva de la novela. Cuando esto es posible, las interpretaciones son compatibles.

Las interpretaciones incompatibles ofrecen concepciones del original en conflicto. No pueden contemplarse como partes complementarias de una interpretación "completa" o "exhaustiva".[5] Así las interpretaciones que atribuyen a los personajes de una novela motivaciones inconsistentes y los toman (i.e. a los personajes) por consistentes son incompatibles. Cuando lo que se interpreta puede ser ejecutado, y los aspectos de la ejecución a los cuales las diferentes interpretaciones se refieren no pueden combinarse en una única ejecución, las interpretaciones son inconsistentes. Así, si una interpretación de un poema requiere una lectura de una manera que es inconsistente con otra interpretación, entonces las dos son incompatibles. ¿Tiene que ser al menos una de ambas interpretaciones errónea? Como veremos, no es necesariamente así. Si un original puede tener varios significados, entonces las dos posibles interpretaciones incompatibles pueden ser ambas válidas. Son ambas válidas si cada una logra revelar uno de los significados del original.

Con esta distinción en nuestro poder puede sugerirse que una interpretación es juzgada como correcta o incorrecta, acertada o errónea, si es juzgada con un estándar que excluye la validez de más de una interpretación incompatible. Las interpretaciones serán juzgadas como buenas o malas si son juzgadas por un estándar que admite la validez de interpretaciones incompatibles.

Es interesante no referirse a una interpretación como verdadera, aunque pueda ser verdadera para el original o para alguna otra cosa (la versión del maestro del intérprete, por ejemplo). Al mismo tiempo las proposiciones interpretativas («Hamlet estaba celoso de su tío») pueden ser verdaderas o falsas, y su verdad o falsedad dependerán de si la interpretación que ofrecen es correcta (o buena). La verdad de un enunciado interpretativo que expresa (un elemento) de una interpretación válida, la cual admite la validez de interpretaciones incompatibles, debe, so pena de contradicción, ser comprendida como relativa a la interpretación. Por ejemplo, alguien puede decir: «Según la interpretación psicoanalítica de Hamlet su parálisis para actuar era debida a un conflicto entre un deseo y el sentido de culpa por tener ese deseo». En este ejemplo tenemos una verdad incondicional de un enunciado relativizado. Más usualmente la proposición interpretativa aseverada no incluirá ninguna referencia explícita a la interpretación de la que es una expresión (parcial).

Cómo las interpretaciones incompatibles pueden ser válidas y qué significa decir que lo son, es otra tarea que permanecerá sin realizar en este trabajo.

[5] Pongo estas palabras entre comillas simples porque hay razones independientes, que emergerán más adelante, para denegar la posibilidad de que una interpretación sea completa o exhaustiva en el sentido de ser algo más que compatible con ella y verdadera.

Su resolución no es necesaria para el examen del papel de la intención en la interpretación. Para evitar cualquier malentendido de las conclusiones que se siguen es importante destacar algunos elementos de la descripción más amplia desde el principio. La posibilidad de interpretaciones innovadoras, y la posibilidad de que varias interpretaciones mutuamente incompatibles sean todas buenas interpretaciones, son familiares a nuestro conocimiento general. Mi objetivo con las anteriores clarificaciones terminológicas era reconocer estos hechos. Plantean algunos problemas difíciles para un estudio de la interpretación, problemas que no pueden ser explorados en este trabajo. Pero, ¿los problemas no son acerca de si puede haber dos interpretaciones incompatibles y válidas? Sabemos que algunas veces es posible que las haya. Los problemas residen en cuándo es posible y qué significa decir que una obra tiene dos significados. ¿Es el significado hallado o impuesto a una obra? ¿Cómo puede una interpretación ser a la vez verdadera de un original e innovadora? Estos son los problemas de cómo deben comprenderse determinados hechos familiares acerca de las interpretaciones. No dudamos de su existencia. Es por ello que es importante reconocerlos incluso en este trabajo que proporciona sólo un comienzo de un estudio de la interpretación.

2. La intención

(A) El argumento simple para la tesis de la intención

Algunos autores han afirmado que todas las interpretaciones lo son necesariamente de una intención del autor, o alternativamente que las interpretaciones de cualquier original son válidas sólo si captan las intenciones de los autores de tal original. Algunos significan por ello literalmente lo que dicen, esto es, que nada que no permita ser juzgado por su adecuación a la intención del autor cuenta como una interpretación. Otros consideran este punto como meramente formal. Algo cuenta como una interpretación sólo si es adecuado para presentarla como reveladora de una intención del autor, aunque esto no haya de ser tomado literalmente. Puede referirse a un autor ficticio de un original que no es el producto de ninguna intención del autor, como cuando interpretamos una práctica por referencia a la intención de la gente. Puede también referirse a un autor ficticio cuando interpretamos un original que tiene un autor real. Por ejemplo, podemos proponer una interpretación de una ley como correcta porque representa la intención que un legislador ideal habría tenido si hubiera promulgado tal ley.[6]

[6] Véase entre otros S. Knapp y W. Michels, «Against Theory», *Critical Review*, 8 (1982), 723; S. Fish, en -entre otros lugares- *Doing What Comes Naturally*: *Change*, *Rethoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, (Durham: Duke University Press, 1989), 296,

Esta concepción me parece artificial e inútil. Los comentadores que proponen una interpretación de las corrientes culturales de los años ochenta no creen que están expresando las intenciones de alguien, ni la gente que aprende de tales interpretaciones las consideran como revelando las intenciones de alguien. Exploran el significado de las corrientes culturales y de sus causas y efectos. Es claro que cuando hablamos del significado de algo podemos imaginar un ser real o ficticio que intenta realizar aquello a lo que atribuimos dicho significado. Algunas veces presentar las interpretaciones en estos términos es divertido. Otras veces no lo es. Pero, excepto que estén afectadas intenciones reales, hablar de intenciones hipotéticas de gente ficticia raramente es de ninguna importancia real. No nos permite progresar en nuestra comprensión de ninguna manera.

Es discutible si la interpretación jurídica tiene que ver sólo con originales (constituciones, leyes, precedentes, los textos en que fueron formuladas, reglas jurídicas y doctrinas, y el derecho mismo) que son criaturas de actos humanos que intentan crear constituciones, leyes, precedentes, etc. Pero ello no puede tomarse como garantizado desde el principio. Al menos una excepción a la regla es clara. Las prácticas jurídicas y judiciales son posibles objetos de interpretación y, aunque ellas son funciones de actos humanos intencionales, es claro que no son necesariamente (de hecho, muy difícilmente lo son) creadas por nadie que hiciera la acción precisamente de crearlas, i. e. crear las prácticas con las características con las cuales la práctica ha emergido. Sin embargo, dado que la mayor parte de la interpretación jurídica lo es de productos de creación deliberada, es poco sorprendente que una exigencia de la «teoría de la interpretación jurídica» sea la pretensión de que el propósito de la interpretación jurídica es establecer las intenciones de los legisladores. Denominaré a esta versión extrema de esta concepción *la tesis radical de la intención*. Afirma:

Una interpretación es correcta en derecho si y sólo si refleja la intención del autor.

Hay una gran cantidad de error en esta doctrina. Pero no es culpable de todas las objeciones que ha levantado en su contra. Ello significa que, aunque ha sido muy eficazmente discutida por muchos autores,[8] es necesario volver sobre ella de nuevo. Hay tres clases de objeciones que usualmente se aducen contra esta tesis. Primero, no hay razón para basar la interpretación

y «Play of Surfaces: Theory and Law» en G. Leyh (ed.), *Legal Hermeneutics*: *History*, *Theory and Practice*, (Berkeley, Calif.: University of California Press, 1992); A. Marmor, *Interpretation and Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1992).

[8] Entre ellos me parecen particularmente útiles G. C. MacCalluni Jr., «Legislative Intent» en R. Summers (ed.), *Essays in Legal Philosophy* (Oxford: Blackwells, 1968); R. Dworkin, *A Matter of Principle*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985), cap. 3.

en la intención del autor. Segundo, es imposible en principio establecer la intención relevante del autor y, a menudo, dicha intención no existe. Tercero, tal y como es practicada por los tribunales y sancionada por las prácticas judiciales, la interpretación no consiste, o no consiste exclusivamente, en establecer la intención del autor.

La primera clase de objeciones es claramente errónea. Pero hay en ella la suficiente verdad como para provocar nuestro paso a una tesis mucho más limitada. Comentaré esta primera clase para regresar a las otras sólo en la siguiente sección. Hay una razón fuerte para interpretar las leyes y los precedentes de acuerdo con las intenciones de sus autores. Puede ser útil para explicar este punto comenzar con una explicación errónea de él. Pensemos en la interpretación de las leyes como caso central. Algunos dirán que hay un argumento democrático que apoya la tesis radical de la intención. De acuerdo con el argumento, la teoría democrática requiere que la ley sea determinada por la voluntad del pueblo tal como es expresada por sus representantes elegidos democráticamente. Por lo tanto, puesto que el derecho legislado es el derecho tal como es establecido mediante la interpretación de las leyes, la teoría democrática requiere que las leyes sean interpretadas de acuerdo con las intenciones de los miembros de la legislatura elegidos democráticamente. He presentado el argumento de una forma muy tosca. Mucho de lo que es erróneo en esta presentación puede ser fácilmente corregido sin mella para su fuerza. Pero se mantiene un problema más importante. Se aplica sólo a las democracias (en realidad sólo a las democracias de cierto tipo). El derecho existe en muchos países no-democráticos y, como estamos buscando una comprensión general de la interpretación jurídica del derecho creado por actos de legislación, este argumento no funciona. Al menos no funciona así planteado. Debe ser generalizado para aplicarlo a regímenes no democráticos también. Ello no debe ser especialmente difícil. Basta con señalar que la justificación -real o supuesta- de confiar los poderes de legislar a algunas instituciones no tiene sentido excepto que las leyes hechas por aquellas instituciones sean las leyes que ellas intentan hacer. Lo que sigue es una generalización de este argumento:

Dar a una persona o a una institución poderes legislativos es confiarle el poder para crear derecho por actos que intenten crearlo, o al menos que comprometen con el conocimiento de que crean derecho.[9] No tiene sentido dar a una persona o cuerpo poder legislativo si no se asume que el derecho que crean es aquel que intentan crear. Asumamos lo contrario. Asumamos que el derecho creado por la legislación no guarda relación alguna con el

[9] Típicamente, los poderes legislativos comportan la obligación de ejercerlos con deliberación. Tales deberes pueden jugar su papel en la revisión judicial de la acción legislativa. Pero estos son rasgos contingentes. El argumento no se apoya en su presencia.

derecho que el legislador intentó crear. Para que este supuesto sea completamente imaginable el legislador debe ignorar qué derecho se crea por sus acciones. Si el legislador puede predecir que si hace una cosa un impuesto se incrementará en cierta cantidad y si hace otra disminuirá en cierta cantidad, entonces considerará que esa acción tiene el efecto que él desea que tenga, esto es, el derecho que crea será el derecho que intenta crear.

Para asumir que el derecho creado por la legislación no es aquél que quería el legislador, debemos asumir que el legislador no puede predecir qué derecho está creando cuando la legislatura aprueba cualquier disposición legislativa. Pero si esto fuera así, ¿por qué importaría quiénes fueran los miembros de la legislatura, que fueran elegidos democráticamente o no, que representaran diferentes regiones del país, o clases de la población, que fueran adultos o menores, cuerdos o dementes? Dado que el derecho que ellos terminarían creando no representaría sus intenciones, el hecho de que sus intenciones fuesen estúpidas o clarividentes, parciales o imparciales, en interés propio o guiadas por el interés público, carecería de relevancia. Sería distinto si hubiera algún mecanismo de la mano invisible o un procedimiento de voto, que garantizara leyes deseables con independencia de las creencias e intenciones de los legisladores, o tal vez como una función de estas creencias e intenciones, aunque una función que no se adecuara a ninguna de estas intenciones. Pero tal mecanismo no existe,[10] y nuestro concepto de legislación está moldeado por el patrón de los acuerdos institucionales que sabemos o creemos posible que se produzcan en el mundo real. De forma que la verdadera idea de las instituciones legislativas es la de instituciones que pueden crear el derecho que intentan crear. Ninguna supuesta justificación de las instituciones legislativas que no incluya tal presuposición puede tener sentido. Ninguna puede ser creíble.

Siendo éste el mejor argumento que conozco en apoyo de la concepción según la cual la interpretación debe reflejar las intenciones de los legisladores, ha de conceder en seguida que no alcanza a vindicar la fuerza completa de la tesis radical de la intención. El argumento apoya la conclusión de que

En la medida en que el derecho deriva de la legislación deliberada, su interpretación debe reflejar las intenciones de su legislador.

[10] Los dos únicos tipos de mecanismo de la mano invisible que conozco, i. e. los argumentos democráticos que sugieren que los representantes tienden a expresar los deseos de la gente a la que representan y los argumentos tipo Hayek al efecto de que el common law tiene ventajas para la eficiencia del mercado, asumen que el mecanismo funciona a través de las creencias e intenciones de los legisladores y los tribunales. Recientemente J. Waldron ha sugerido la posibilidad de tres explicaciones diferentes para un mecanismo de la mano invisible. El hecho, que por razones de espacio no puede argumentarse aquí, de que ninguna de ellas sea plausible refuerza mi conclusión. Véase «"Legislators" Intentions and Unintentional Legislation» en A. Marmor (ed.), *Law and Interpretation* (Oxford: Oxford University Press, 1995).

Llamémosla tesis de la intención de la autoridad, para subrayar que el modo según el cual el argumento apoya la tesis descansa sobre la noción de autoridad y sus justificaciones aceptables. Es discutible si el derecho descansa completamente sobre la autoridad de los legisladores. Parece suficientemente claro que éste no es el caso en relación con el derecho consuetudinario. Está lejos de ser claro si el common law es más semejante al derecho legislado, con las decisiones que se convierten en precedentes si deliberadamente son asumidas como tales por un tribunal con autoridad para obligarse a sí mismo o a otros tribunales. O si el common law es verdaderamente derecho consuetudinario, que consiste en las prácticas de los tribunales. No hay razón para pensar que es una cosa u otra. Podría ser un poco de ambas, tal vez con diferentes tradiciones que prevalecen en diferentes jurisdicciones del common law. De manera similar, en países con constituciones escritas de carácter rígido combinadas con una doctrina de la revisión constitucional, hay razones para considerar el derecho constitucional no como derecho promulgado sino como una rama especial y privilegiada del common law. Si esto significa que escapa al alcance de la tesis de la intención de la autoridad o meramente que las intenciones relevantes son las de los tribunales constitucionales, depende de la forma en que en el país concernido se comprenda la creación judicial del derecho.

Abandonaré, por tanto, la tesis radical de la intención como una tesis falsa en cuanto referida a la naturaleza del derecho en general; ya que aunque pueda ser verdadera de algunos sistemas jurídicos carecemos de argumentos para creer que es verdadera de sistemas jurídicos como los nuestros. Así, cualquier referencia en las siguientes páginas a la tesis de la intención lo es a la tesis de la intención de la autoridad que es la que será analizada.[11]

(B) La presuposición valorativa de la tesis de la intención de la autoridad

Antes de abordar las objeciones a este argumento, uno de sus presupuestos, que será un rasgo destacado a través de todo este trabajo, debe ser subrayado. El argumento de la democracia fue rechazado en virtud de su dependencia de una determinada teoría normativa. Esto era visto como un defecto incluso si la teoría de la que dependía es válida. ¿Ello significa que las teorías de la interpretación no deben ser valorativas? Más bien no. El argumento

[11] Por comodidad de la expresión, me referiré de forma equivalente a legislación y a actos legislativos. Debe entenderse, sin embargo, que para los propósitos actuales «legislación» debe comprenderse de forma que se refiera solamente a los actos, legislativos deliberados. Afirmar un precedente como obligatorio es un acto de creación legislativa y, aunque no es verdaderamente un acto de legislación, será cubierto por el uso de «legislación» en las páginas siguientes.

generalizado para la tesis de la intención de la autoridad presentada antes depende de una premisa normativa. Es el supuesto de que, aunque el derecho pueda ser moralmente injustificable, debe comprenderse como un sistema que muchas personas creen que es moralmente justificable. A pesar de rechazar cualquier explicación de la naturaleza del derecho o de la interpretación jurídica que sea verdadera sólo si el derecho es moralmente bueno, debemos también rechazar cualquier explicación que no consiga hacerlo inteligible. Esto significa que cualquier explicación del derecho y de la interpretación jurídica debe, para ser aceptable, explicar cómo las personas creen que su derecho, el derecho de su país, es moralmente bueno.

Sería erróneo pensar que, puesto que las creencias de las personas en las cualidades morales de su derecho pueden estar equivocadas, la restricción sobre la aceptabilidad de las explicaciones del derecho que he descrito no pueden ser realmente significativas. Equivocadas como estas creencias pueden ser, deben ser creencias morales o políticas reconocibles, y no toda actitud hacia, o creencia acerca de otras personas u otras prácticas sociales, cumple con esta condición. El argumento generalizado para la tesis de la intención de la autoridad es un ejemplo de un argumento con resultados significativos para la comprensión del derecho, que no es nada más fuerte que el supuesto de que el derecho es moralmente inteligible, esto es, que la actitud de las personas hacia el derecho es moralmente inteligible, que es inteligible que ellos crean que el derecho debe ser moralmente obligatorio.

Desde este punto de vista, el supuesto no es un supuesto moral. No asume ni que el derecho es bueno ni que las creencias morales de las personas acerca de él son sólidas. Sin embargo, el supuesto es normativo por dos razones. En primer lugar, la distinción entre lo que es moralmente inteligible y lo que no lo es, es una distinción que depende de valoraciones. La concepción de cada uno de la moralidad colorea aquello que uno encuentra moralmente inteligible. No hay, es claro, ninguna conexión directa entre la concepción de cada uno de lo que es moralmente verdadero y lo que es moralmente inteligible. Concepciones morales diversas e inconsistentes pueden coincidir al menos en las grandes líneas de lo que es moralmente inteligible. Esta es la razón por la que la noción de inteligibilidad moral puede ser útil en una explicación del derecho, un tipo de institución social caracterizada por ser aceptada, a pesar de sus concepciones morales diferentes, por muchos que viven bajo él como moralmente buena. Pero nada de ello puede esconder el hecho de que, en el fondo, la noción de inteligibilidad moral es ella misma una noción moral, una cuyo empleo presupone concepciones morales sustantivas.

La otra forma en que la premisa de la inteligibilidad moral del derecho es una premisa normativa se hace patente cuando nos fijamos en los fundamentos

para aceptarlo. Estos consisten en que, aunque el derecho pueda ser moralmente muy defectuoso, e incluso pueda carecer de autoridad alguna, pretende que tiene autoridad (moral) y es, por tanto, inevitablemente contemplado así por aquellas personas que lo aceptan como obligatorio. Que el derecho sea moralmente inteligible se sigue del hecho de que muchas personas que viven bajo él creen que es moralmente adecuado o aceptable. Si es necesariamente el caso que la adecuación o aceptabilidad moral de cualquier sistema jurídico es creído por muchos de sus sujetos, entonces el derecho debe ser moralmente inteligible, ya que debe ser inteligible que ellos tienen esta actitud hacia su derecho. Todo ello es consistente con la situación, desafortunadamente demasiado familiar, de amplias poblaciones que viven bajo el yugo de un derecho opresor hacia el que no sienten lealtad alguna. Esto es verdad incluso si sólo un grupo de aquellos involucrados en la administración del derecho, en la dirección del gobierno, y algunos de los que se benefician de ello creen en la validez moral del derecho.[12] ¿Por qué aquellos involucrados en crear o aplicar el derecho deben creer en su aceptabilidad moral? Porque el derecho pretende determinar o reflejar los derechos y deberes (morales) de sus sujetos.[13] Una persona no pretende hacer esto excepto que crea, o haga como si creyese, que sus acciones tienen realmente el efecto moral que pretenden tener. Decir esto añade poco a la premisa normativa de que el derecho pretende determinar o reflejar deberes morales, porque ninguna persona puede actuar de una manera que tenga este significado sin que haga parecer que cree que el hecho de que el derecho tenga este significado está justificado.

Esta línea de razonamiento deja lugar para la posibilidad de que los legisladores y los tribunales y los administradores estén actuando hipócritamente cuando fingen que creen en la aceptabilidad moral del derecho. Pero, dejando al margen el hecho de que es humanamente imposible que todos sean insinceros, en la medida en que nuestro argumento es afectado, ello no importa. El derecho debe ser moralmente inteligible incluso para aquellas personas que se sirven de las instituciones jurídicas para ser insinceros

[12] Era, es claro, central a la teoría del derecho de H. L. A. Hart que un sistema jurídico estaba en vigor en un país sólo si los funcionarios lo aceptaban (i. e. su regla de reconocimiento), y, aunque en los casos normales la mayoría de la población lo acepta también, esto no era necesario. Hart, sin embargo, no creía que la aceptación expresara necesariamente la creencia en la aceptabilidad moral del derecho.

[13] Pretende determinarlos cuando la legislación pretende crear un nuevo derecho o deber. Pretende reflejar derechos y deberes morales cuando la legislación pretende incorporar en el derecho derechos y deberes morales que existen independientemente del derecho. Yo y otros hemos argumentado en favor de esta concepción demasiado a menudo en el pasado como para volver de nuevo a argumentarlo aquí. Véase, J. Raz, «Law, Morality and Authority» en *Ethics in the Public Domain* (Oxford: Oxford University Press, 1994).

acerca de sus creencias. La insinceridad requiere de la misma credibilidad que la sinceridad.

He analizado detalladamente la argumentación presupuesta por la tesis de la intención de la autoridad parcialmente para destacar los supuestos subyacentes a tal tesis, que dicen mucho sobre la naturaleza del derecho, y parcialmente para ilustrar una de las formas en que presuponen supuestos normativos. La concepción de acuerdo a la cual el derecho pretende reflejar y determinar la moralidad misma depende de supuestos normativos. Algunos de ellos conciernen a la naturaleza de la moralidad (e. g. que una concepción sobre una cuestión moral es una concepción moral). Algunos son concepciones normativas acerca de la naturaleza de la acción humana (intencional) (e. g. que, excepto en caso de *akrasia*, es hecha en la creencia de que la acción no es contraria a la razón). Otros supuestos normativos presupuestos aquí están relacionados con el propósito y, por tanto, con los estándares de éxito de la explicación de las prácticas y las instituciones sociales (e. g. que las explicaciones que destacan el significado de estas instituciones y prácticas para la gente que participa en ellas o en sus actividades disfrutan de cierta prioridad entre tales explicaciones, y que sin ellas las prácticas y las instituciones no son propiamente explicadas). Así la tesis de la intención de la autoridad descansa en un número de premisas normativas. Para lograr las otras conclusiones deberá esperarse hasta más adelante.

© *¿Las intenciones de quién? ¿Qué intenciones?*

Abandonada la tesis radical de la intención en favor de una versión más sensata de la tesis de la intención, podemos volver a examinar brevemente las otras objeciones en su contra. Se ha introducido mucha ingenuidad en la discusión de a qué intención se refiere la tesis de la intención de la autoridad, a menudo por parte de los oponentes a tal tesis que buscan mostrar cómo las múltiples ambigüedades que planean sobre la cuestión frustran cualquier defensa sensata de la tesis de la intención de la autoridad. Lo máximo que puede salvarse, se sugiere a veces, es un ficción inocua según la cual la interpretación jurídica establece la intención de un autor ficticio. Aunque no hay duda de que las ficciones pueden ser inocuas, raramente permiten avanzar en la comprensión y, a menudo, ayudan a ofuscarla. En una discusión de teoría del derecho es mejor evitarlas. La tesis de la intención de la autoridad es útil sólo si se refiere a intenciones reales. Dejando aparte por ahora la cuestión de si hay suficientes razones para interpretar el derecho creado deliberadamente por la intención de su autor, la cuestión que surge es la de si hay una intención del autor que pueda ser una guía para la interpretación jurídica y si podemos saber cuál es. Me ocuparé brevemente de estas materias y evitaré el detalle de los argumentos necesarios para sustanciar las conclusiones alcanzadas más adelante.

En concreto, deseo decir pocas cosas sobre la cuestión epistémica. No hay buenas razones para pensar que no podemos saber cuál fue la intención con la que acciones pasadas fueron realizadas. Es cierto que a veces no somos capaces de tener un conocimiento determinado de las intenciones de la gente, pero ello no afecta a la tesis de la intención de la autoridad. Muestra que a veces no estamos seguros de si la interpretación adoptada es la correcta. Esto es así para cualquier concepción de la interpretación que se asuma.[14]

Un gran debate se ha ocasionado por el hecho de que la mayor parte de los legisladores son instituciones más que seres humanos individuales. ¿Cómo pueden las instituciones tener intenciones? La respuesta es que, si pueden actuar intencionalmente, después de mucha deliberación (e. g. después de discutir la cuestión durante horas en la Cámara de los Comunes para aprobar el proyecto tal como fue enmendado en la comisión), entonces pueden tener intenciones. No vemos ningún problema en atribuir intenciones a las sociedades, a los grupos y a las instituciones en la vida ordinaria, y el derecho asume que las sociedades y algunos otros sujetos de derecho que no son seres humanos pueden actuar intencionalmente. Algunos teóricos opinan que la referencia a agentes institucionales o societarios es una mera forma resumida de referirse a agentes individuales («el presidente del consejo de administración», «uno de los directores ejecutivos», «la mayoría de los socios votando en la asamblea general anual», etc.). Esta concepción (que se conoce como individualismo metodológico) es errónea, aunque no puede ser considerada aquí.[15] En lo que sigue supondré que las instituciones son agentes que pueden actuar intencionalmente.

Esto nos permite considerar todas las tesis referidas a las relaciones entre las acciones de una institución y las acciones de sus miembros o cargos directivos. Una tesis que debe ser tomada en serio es aquella que sostiene que una institución sólo puede actuar intencionalmente en virtud de la actuación intencional de algunos seres humanos. Esto es, una institución sólo actúa cuando algunos de sus miembros o cargos directivos actúan, y actúa intencionalmente sólo si ellos lo hacen. No estoy seguro de si esta tesis puede considerarse válida generalmente. (Es posible, por ejemplo, que en algunos contextos una institución cuyas reglas convierten a ciertas consecuencias en altamente probables a través de la inacción, incluso de la ignorancia,

[14] Puede pensarse que no todas las concepciones de la interpretación la hacen susceptible de duda y responsable de errores en la misma medida, y que hay buenas razones de prudencia para seguir un método de interpretación que sea menos propenso a errores y dudas. Sin embargo, como se verá más adelante, la tesis de la intención no es un método de interpretación y no es susceptible de esta objeción.

[15] Véase la excelente discusión de D. Ruben, *The Metaphysics of the Social World* (London: Routledge, 1985).

de sus miembros y cargos directivos pueda, sin embargo, decirse que actúa intencionalmente produciendo tales consecuencias.) Pero la tesis parece plausible cuando es aplicada a los actos legislativos, al menos cuando dichos actos involucran el voto u otras manifestaciones del acuerdo y me apoyaré en ella. Algunas veces se dice que la intención de los miembros o cargos directivos es atribuida a la institución. Esta forma de plantear la cuestión puede reforzar la concepción de que las instituciones no existen y que la referencia a ellas no es más que una forma de referirse resumidamente a seres humanos. Sin embargo, no es preciso ser víctimas de este error para aceptar la tesis de que las instituciones legislativas actúan sólo si sus cargos directivos o miembros actúan, i.e. sólo a través de la acción de sus cargos directivos o miembros.

La cuestión de a través de quién actúan los legisladores es determinada por su constitución. No hay, por tanto, una respuesta teórico jurídica general a la pregunta de a través de quién actúan los legisladores. Depende completamente de quiénes sean los legisladores. Y la respuesta a la pregunta es también la respuesta a la pregunta de qué intención es «atribuida» a la institución. Algunos consideran el hecho de que la legislatura promulgue una ley si (normalmente) una mayoría de aquellos que votan a favor de ella como una fuente de perplejidad. La mayoría no es una persona. Las personas que constituyen la mayoría una vez no son las mismas que la constituyen otra vez. Nada de ello tiene por qué producir perplejidad. Significa únicamente que las acciones e intenciones de personas diferentes se atribuyen a la legislatura en momentos diferentes.

Esto nos lleva a una serie ulterior de preguntas: ¿cuáles, entre las diferentes intenciones, cuentan? Cuando las personas actúan intencionalmente tienen más de una intención. Intentan examinar los contenidos del frigorífico, ir a la cocina, abandonar la sala de estar, pasear, cruzar una cierta distancia, etc. Un miembro de la legislatura que vota a favor de un proyecto de ley puede intentar ganarse el favor del electorado, aparecer como valiente y decidido ante sus hijos, aliviar las aflicciones que sufren los progenitores solteros (supongo que el proyecto les beneficia de alguna forma), etc. ¿Cuáles de estas intenciones importan para la interpretación de la legislación? Puede pensarse que aquí también la respuesta es una cuestión relativa a la constitución del cuerpo legislativo. Es ésta la que determina qué acción ha de ser emprendida y con qué intención para que la acción sea un acto de creación de derecho. Hasta cierto punto es así. Pero esta vez es preciso decir algo más desde una perspectiva teórico-jurídica. La noción auténtica de legislación no es un concepto jurídico particular sino general. Aunque cada sistema jurídico pueda determinar quién, en su jurisdicción, tiene el poder legislativo y cómo debe ejercerse, no puede determinar qué sea la legislación.

La elucidación de tal noción es una tarea teórica. Y esta es una tarea que no puede llevarse a cabo sin referirse a la intención legislativa.

Intentemos identificar la legislación sin referencia a la intención legislativa. Supongamos, por ejemplo, que un acto es un acto legislativo si, de acuerdo al derecho, el resultado de su realización es que una nueva ley entra en vigor. Esto no lo convertiría en un acto legislativo. Consideremos la posibilidad de una persona que legislara por comerse un melón. Si se lo come, una ley que prohíbe las huelgas entra en vigor. El ejemplo es ridículo puesto que estamos buscando ejemplos para un fenómeno que, aunque es posible, carece de instancias en la vida real. Supongamos que la legislatura ha aprobado una ley que establece que si John Doe se come un melón antes de Navidad entonces las huelgas serán prohibidas. Si hubiera tal ley, sería comparable a una ley que estipulara que en todas las regiones afectadas por un terremoto de fuerza 6 o mayor sus residentes serán compensados por el gobierno por todos los daños causados por el terremoto. Esto es, el evento al que se otorga significación jurídica (terremotos o comer melones) no es en sí mismo un acto legislativo. La legislación es creada por el parlamento de la manera usual. Establece que el evento tendrá determinadas consecuencias jurídicas.

El ejemplo ha de entenderse bajo el supuesto de que John Doe no es consciente de la capacidad jurídica que sus hábitos culinarios han adquirido. Bajo este presupuesto, el hecho de que su acción efectúe un cambio en el derecho, o en los derechos y deberes de los individuos, no convierte a este hecho en legislación de igual modo que la ocurrencia de un evento natural que efectúa un cambio en el derecho, o en los derechos y deberes de los individuos, no hace de este hecho un evento legislativo. Sólo los actos ejecutados con la intención de legislar pueden ser actos legislativos. La razón es que la noción de legislación conlleva la idea de confiar poder sobre el derecho en las manos de una persona o institución, y esto comporta confiar un control voluntario sobre el desarrollo del derecho, o un aspecto de éste, en las manos del legislador. Esto es inconsistente con la idea de legislación inintencional.[16]

[16] Puede ser que esta condición sea demasiado fuerte. Si la idea básica de la legislación es que confía al legislador una medida de control sobre el derecho, entonces todo lo que se requiere para que un acto sea un acto legislativo es que sea ejecutado con el conocimiento de que afectará al derecho. Esto posibilita al legislador asumirlo solamente si él está deseando producir tal cambio. Pienso que el balance del argumento favorece la condición de la intención antes que la del conocimiento. Pero las dos son difíciles de evaluar con independencia de la práctica. Por razones muy convincentes, la mayoría de los sistemas jurídicos aíslan los actos legislativos, esto es, asignan efectos legislativos a actos (votar, firmar, declarar, etc.) que no tienen consecuencias (o tienen tan pocas como sea posible) más que aquellas que se siguen de sus efectos legislativos (o de la expresión de una intención de legislar). En general, un acto de legislación

Continuando con el mismo argumento, advertimos que la legislación exige no sólo intención de legislar, requiere conocimiento acerca de lo que se legisla. Difícilmente se controla el desarrollo de un aspecto del derecho si, mientras que es posible cambiar el derecho mediante actos dirigidos a ello, no se puede conocer qué cambios en el derecho conlleva esa acción. La sugerencia natural es que los legisladores crean el derecho que intentan crear, y que crean derecho mediante la expresión de la intención de hacerlo. Siguiendo un trabajo estándar en la teoría de los actos de habla,[17] y evitando complicaciones técnicas excesivas, decimos que *A*, un agente que posee autoridad jurídica para crear una norma que *p*, legisla (i. e. crea derecho) que *p* (donde *p* es una variable para el enunciado del contenido de una norma) mediante la ejecución de una acción que expresa la intención que *p* se convierta en derecho en virtud de la expresión manifiesta de esa intención.[18]

Pero esta caracterización de la intención requerida está abierta a una objeción obvia: los legisladores, seguramente, desconocen los detalles precisos de la legislación por la que ellos votan. Muchos conocen solamente sus líneas generales, y algunos pueden tener muy poca idea acerca de aquello sobre lo que están votando. La objeción está basada en un punto válido, pero ha de interpretarse cuidadosamente. Si, en la fórmula acerca de la intención requerida, *p* se sustituye por un enunciado acerca del contenido de la legislación, entonces la objeción es válida ya que esta intención no es necesaria

típicamente no es nada excepto la expresión de una intención de legislar. En esas circunstancias, la razón para legislar no es otra que legislar. Los actos legislativos son aislados precisamente para lograr este efecto.

[17] En particular el trabajo de Grice y Strawson. Véase Grice, *Studies in the Way of Words*, (Cambridge, Mass.: Harvard, 1989) y P. F. Strawson, «Intention and Convention in Speech Acts» en *Logico-Linguistic Papers* (London: Methuen & Co., 1971).

[18] Un par de clarificaciones: Primero, los enunciados acerca de que la legislación convierte en derecho que *p*, y el que un acto legislativo manifieste una intención de que *p* se convierta en derecho, deben ser entendidos como no comportando la implicación normal de que, al momento del acto, *p* no es y/o no se cree que sea derecho. Una promulgación puede simplemente proporcionar una nueva fuente jurídica (adicional a las existentes o reemplazándolas) para que *p* sea derecho. Segundo, me he referido a la intención por la cual el acto mismo de expresar la intención de modo manifiesto será una fuente de derecho, porque la publicidad de los actos legislativos parece ser de su esencia. Pero esa publicidad puede ser secreta, si la legislación no es difundida para la población general. Todo lo que se niega es que la legislación pueda consistir en un acto mental privado. Siguiendo a Grice se puede pensar de la legislación como requiriendo una intención de que sea reconocida como tal, i. e. como un acto de legislación o una intención de legislar. Pero esa condición puede ser innecesariamente estricta en este caso, así como también en el caso de otros actos de habla. Para una evaluación crítica de la aplicación del modelo de Grice a la legislación véase H. Hurd, «Sovereignty in Silence» en *Yale Law Journal* 99 (1990), 945. Mi propio punto de vista es que Hurd muestra la necesidad de relajar las condiciones requeridas por Grice para que la comunicación se produzca. Claramente las dificultades que ella señala afectan no solamente a la legislación sino otras instancias ordinarias, de comunicación (que no son cara a cara).

para la legislación. Así, para una buena caracterización de la intención exigida, la explicación provisoria (parenthetical) a los efectos que *p* es una variable para enunciados sobre el contenido del derecho ha de ser modificada para explicitar que, mientras la intención debe identificar la norma promulgada, no necesita identificarla mediante un enunciado comprensivo de su contenido. La forma más relajada de esta condición será decir que hay alguna descripción del derecho, *p*, tal que una persona adecuadamente autorizada legisla mediante la ejecución de una acción que expresa la intención de que *p* se convierta en derecho en virtud de que esa intención ha sido expresada de manera manifiesta.

¿Existe siempre tal descripción? Para que tenga éxito la caracterización de la naturaleza de la intención requerida por un acto para ser calificado como un acto legislativo debe ser el caso que, cuando se legisla, se intenta, bajo alguna descripción, hacer que lo que se está legislando se convierta en derecho. Creo que esto es así, y que la siguiente descripción está presente en todos los casos, salvo circunstancias muy excepcionales.[17] Una persona legisla (votando una ley, etc.) mediante la expresión de la intención de que el texto de la ley que está votando será -cuando es comprendido como tales textos son comprendidos en la cultura jurídica de su estado al ser promulgados en las circunstancias en la cual éste es promulgado-[18] derecho.[19]

Entendida de este modo, la intención requerida es mínima, y no incluye ninguna comprensión del contenido de la legislación. Podemos esperar que esta intención esté casi universalmente presente en los actos legislativos.[20] Pero, dado que es mínima, podría objetarse que no es suficiente para satisfacer

[17] Nótese que mi pretensión aquí es más fuerte que la exigida por la tesis. Ésta requiere sólo que cualquier legislador asuma el acto de legislación con alguna intención que satisface las condiciones especificadas antes. No exige la existencia de una intención que esté presente en todos esos actos.

[18] Esta cualificación es vital. El derecho es -por así decirlo- el significado de una emisión lingüística en un contexto específico, más que un texto vacío de contexto.

[19] Esta intención no ha de ser equiparada con la intención de que ésta será el derecho del país. Es la intención de que una ley sea derecho, i. e. una razón jurídica prima facie, la cual tiene efectos junto a otras -algunas veces competitivas- normas jurídicas y doctrinas. Para simplificar he omitido mencionar aquí el requisito de que la intención para hacer que una ley se convierta en derecho por medio de esta misma intención sea expresada abiertamente.

[20] Las dos excepciones son casos cuando no se conoce que uno está votando por una ley como puede ocurrir cuando se opera de modo accidental la palanca de la máquina para votar, o yendo borracho a las sesiones de votación, o cuando uno conoce que su acción es una acción de votar pero no lo hace para convertir la ley en derecho sino para escapar a un chantaje u otra consecuencia accidental. Como ha sido ya remarcado, los sistemas jurídicos desarrollan en gran medida mecanismos para minimizar que estos casos ocurran. Están, por consiguiente, justificados, dado el interés en la claridad acerca de si un acto de legislación ha tenido lugar o no, al presumir que todos los actos de votación expresan una intención de legislar, en el sentido explicado. La misma existencia de tal presunción absoluta hace más probable que los legisladores voten sólo cuando ellos tiene la intención relevante.

las razones de la exigencia, explicada anteriormente, de que la intención esté presente, esto es, que la legislación es un acto de crear el derecho que se intenta producir. Pero la objeción carece de fundamento. La intención mínima es suficiente para preservar la idea esencial de que los legisladores tienen control sobre el derecho. Los legisladores que tienen la intención mínima conocen que están, en los casos en que son mayoría, creando derecho y saben cómo detectar el derecho que están produciendo. Todo lo que deben hacer es establecer el significado del texto que tienen delante de ellos, una vez entendido que el significado estará acorde con la cultura jurídica, asumiendo que será promulgado en esa ocasión. Por supuesto, es difícil imaginar una teoría de la autoridad que no demande mucho más, esto es, que no demande que las autoridades, antes de suscribir la legislación propuesta, elaboren un juicio ponderado acerca de ésta. Pero es inteligible que el derecho dejase a los mismos legisladores el juicio acerca de lo que se necesita exactamente conocer e intentar para satisfacer este requisito moral. Por consiguiente, un sistema jurídico que no requiere ninguna intención más específica es inteligible.

Como vimos, esta caracterización de la intención legislativa relevante es la intención mínima requerida para que un acto sea un acto legislativo. No es infrecuente que el derecho haga depender la validez de la legislación de condiciones mentales adicionales. Una condición previa típica para la validez de la legislación subordinada en países del *common law* es que sea adoptada con la intención de promover uno u otro fin de una lista de fines jurídicamente estipulados. Cuando esto es así, la interpretación de tal legislación puede apoyarse también en estas intenciones. Así, la respuesta a la cuestión acerca de cual intención es relevante para la interpretación de normas jurídicas legisladas viene dada en dos partes. La primera se refiere a la intención especificada anteriormente que es necesaria para que cualquier acto cuente como un acto legislativo. La segunda parte se refiere a las intenciones adicionales, si hubiese alguna, que el derecho de diferentes países -mediante legislación, common law o la cultura jurídica aceptada del país hace relevante para la interpretación del derecho legislado.

3. Interpretación y Legitimación

Hasta aquí he tratado de dar el fundamento más fuerte, según mi conocimiento, para la tesis de la intención de la autoridad. Pero el mismo argumento para la tesis, la misma forma que ese argumento dio a la tesis, suscita dudas acerca de qué es lo que la tesis estableció exactamente. Vimos que, como el argumento para la tesis de la intención de la autoridad es un aspecto de la doctrina de la autoridad, la intención por la cual la legislación debe ser interpretada es la intención requerida para legislar. La autoridad posee realmente

control sobre el derecho sólo cuando su legislación es interpretada en este modo. Dejando de lado consideraciones acerca de las regulaciones jurídicas específicas de las prácticas legislativas en este o aquel país, la intención, parafraseando lo dicho anteriormente, es la intención de decir lo que normalmente se entendería como dicho, dadas las circunstancias en las cuales se dijo. Esto podría impactarnos como posiblemente verdadero aunque no es la respuesta útil que estamos buscando.

Considérese la siguiente objeción a la tesis de la intención de la autoridad. Demos por garantizado que casi cualquier legislador imaginable *puede* tener la intención estándar estipulada por la tesis. Pero, ¿deben todos ellos tenerla? ¿Qué hay para prevenir a cualquier legislador de intentar que la ley que él está votando favorablemente sea comprendida como sería comprendida si fuese interpretada conforme al código místico para la interpretación de los textos sagrados de la secta religiosa a la cual él pertenece? La respuesta es presumiblemente que él no puede intentar ser interpretado de ese modo, porque él conoce que no lo será, y que no se puede, al menos en esas circunstancias, intentar aquello que se sabe que no sucederá. Pero, el objetor puede cuestionarnos otra vez: ¿debe asumirse que no sucederá? Si su intención es conocida y si tengo razón en decir que la legislación es inteligible solamente si es interpretada mediante la intención del legislador, entonces ¿estarían los tribunales y los individuos generalmente obligados a seguir la intención del legislador de que su ley sea leída a la luz del código místico? Hasta aquí esta línea de razonamiento es fundada, pero no constituye una objeción a la tesis de la intención de la autoridad. El legislador puede convertir al código místico en el método de interpretación de algunos o todos sus actos. Todo lo que ha de hacer es expresar una intención de que así sea. Pero cuando expresa esa intención, será por medio de un acto que será interpretado como tales actos son normalmente interpretados mediante las convenciones prevalecientes en ese tiempo. Esto es, mientras los legisladores pueden cambiar las convenciones de interpretación, deben hacerlo mediante la expresión de una intención para esos efectos, una intención que en sí misma debe ser expresada conforme con la tesis de la intención de la autoridad.

En el ciclo de convención e intención, la convención viene primero. No en el sentido de que debe seguirse la convención antes que la intención, sino en el sentido de que el contenido de cualquier intención es aquello que ha sido interpretado conforme a las convenciones interpretativas de tales expresiones en ese momento. Y este es el caso aún con respecto a la intención que, una vez expresada, cambia aquellas convenciones.

Supongamos que no estamos investigando acerca de las relaciones entre intención y el derecho promulgado a través de su expresión sino acerca de

las relaciones entre lo que los individuos significan (i. e. intentan decir) y lo que ellos dicen, y la respuesta es que ellos intentan decir lo que han dicho. Aún si esto es verdad, difícilmente ayuda a interpretar lo que se dijo mediante referencias al significado otorgado por el hablante. Esto es realmente verdadero. No expone ningún defecto en los argumentos mencionados anteriormente. Sólo indica que la tesis de la intención de la autoridad, aunque válida, no juega ningún papel en la interpretación de la legislación. Podemos comenzar examinando este punto concentrándonos en la interpretación del lenguaje ordinario (o escritura ordinaria). Por supuesto, algunas veces los individuos dicen cosas que no querían decir, y quieren decir cosas que fallan en manifestar. Aquellos casos resultan de un control incompleto del lenguaje, una perdida momentánea de control de los aspectos físicos de los actos de habla, o de un impedimento permanente sobre tal control, o de una confusión momentánea de ideas, como cuando se quiere decir «el horno está encendido» y en cambio se dice «el frigorífico está encendido» o en casos de dislalia *(spoonerism)*. Pero no se sigue de esto que cuando hablamos primero tenemos la intención de decir algo, y luego tratamos de decirlo, siendo así siempre una cuestión abierta si se dijo lo que intentaba. Más bien, dejando aparte excepciones como las indicadas, uno significa lo que dice. No hace falta más para haber intentado decir *p* que haber dicho *p*, sin que se presente ninguna de las excepciones. Una excepción es cualquier explicación de lo que fue mal que establece, o bien que se estaba intentando decir algo o se había formado la intención de decirlo y se fracasó, o bien que no se quiso decir lo que se dijo a pesar que no había nada específico en lo que se intentó.[21] Pero ninguna condición permite que normalmente digamos que lo que se intentó es una cuestión de establecer una correlación entre dos variables independientes, intención y acción.

Así la manera normal de descubrir lo que una persona intentó decir es establecer lo que dijo. La idea de que el proceso puede ser revertido confunde el caso excepcional, en el cual la acción fracasa y se falla en decir lo que se intenta decir, con el caso normal. Lo mismo es verdad de la legislación, y todavía más. Dado que normalmente la legislación está institucionalizada en un modo en que virtualmente remueve el riesgo de un *lapsus linguae*, pérdida de control físico, y otra explicación de acciones fallidas, y dado que cualquier teoría concebible de la autoridad fomenta la relativa claridad en demarcar lo que cuenta como un ejercicio de autoridad y lo que no, la posibilidad de ir más allá de lo que se dijo para establecer lo que se intentaba decir deviene muy escasa. Para propósitos prácticos, ésta puede desaparecer por completo.

[21] Este punto se aplica a la relación entre intención y acción en general.

Se sigue que mientras la tesis de la intención de la autoridad es válida, ésta no provee una ayuda para la interpretación. Una vez que sabemos lo que la legislación significa, conocemos lo que el legislador significó. Él dijo eso. ¿Se sigue que la tesis de la intención de la autoridad es verdadera, pero vacía? No exactamente.

Primero, recordemos que los legisladores tienen muchas intenciones. Estamos considerando la intención mínima necesariamente requerida por la legislación, la que hemos llamado la intención mínima. Algunos sistemas jurídicos pueden especificar otras intenciones adicionales como relevantes para la interpretación, por ejemplo, la intención de conseguir ciertos fines sociales. Al interpretar la legislación en países en los cuales esto es el caso, sus tribunales pueden ser instruidos para permitir que aquellas intenciones desplacen a la intención mínima. Esto es, puede serles permitido u ordenado determinar que el derecho establecido por una ley no es lo que dice la ley sino lo que hubiese dicho para dar lugar a aquellas otras intenciones de los legisladores. En la próxima sección discutiré brevemente el argumento de que los tribunales siempre deben hacer esto en los regímenes democráticos.

Esta réplica aún no rescata la tesis de la intención de la autoridad de la vacuidad en lo que concierne a la intención mínima. Excluyendo instrucciones específicas a los tribunales para tomar en cuenta otras intenciones legislativas, no hay modo en el cual el proceso pueda ser revertido y descubrirse lo que el legislador dijo apelando a la intención mínima e independientemente de lo que ha promulgado. No se sigue, sin embargo, que la tesis de la intención de la autoridad sea vacía. La tesis de la intención de la autoridad es crucial para la legitimación de la legislación. Una disposición legislativa que no es interpretada conforme a lo que se decía o cómo se intentó que fuese entendida no puede apoyarse en la autoridad de la legislatura (al menos no puede apoyarse en esa autoridad solamente). Pero la tesis de la intención de la autoridad no sirve como una ayuda o método de interpretación.

Sería un error pensar que la tesis de la intención de la autoridad ha legitimado «solamente» un rol y no es de auxilio para la interpretación, que no posee consecuencias para la práctica de interpretación, que la interpretación hubiese procedido exactamente del mismo modo si la tesis hubiese sido falsa. La tesis requiere comprender a la legislación conforme al significado de lo que el legislador dijo. Lo que el legislador dijo es lo que sus palabras significan, dado las circunstancias de la promulgación de la legislación y de las convenciones de interpretación prevalecientes en ese momento.[22] Pero decir

[22] Naturalmente, no todas las convenciones interpretativas prevalecientes son relevantes para la interpretación de lo que el legislador dijo. Algunas de ellas son convenciones concernientes a cuando el significado de la legislación puede ser descartado a la luz de otros factores, e. g. cambios en las condiciones sociales o económicas, evidencia de «errores» legislativos de una clase u otra, o conflictos de normas jurídicas o doctrinas.

que la legislación tiene ese significado es imponer una severa restricción acerca de éste. No cualquier interpretación concebible satisfaría esta condición. Muchas teorías de la interpretación son inconsistentes con esta guía para la interpretación. Al mismo tiempo es verdad que la tesis de la intención de la autoridad no es en sí mismo un método de interpretación. Más bien remite a los tribunales a las convenciones interpretativas prevalecientes al momento de la legislación.[23]

4. Límites de la tesis de la intención de la autoridad

El argumento para la tesis de la intención de la autoridad es consistente con el punto de vista de que bien puede haber casos en los cuales los individuos creen que un buen derecho puede emerger de actividades humanas que no están dirigidas a crear derecho -típicamente de perdurables prácticas sociales, judiciales o comerciales. Pero el argumento asume que las ocasiones en las cuales cualquiera podría suponer que un buen derecho puede surgir por la legislación aún a pesar de que el derecho así creado no se conforma con las intenciones de los creadores de derecho son tan raras que son prescindibles. La tesis de la intención de la autoridad ni siquiera pretende aplicarse al derecho basado en prácticas. ¿Pero puede sostenerse ésta para todo derecho legislado? Consideraré tres réplicas realistas y parcialmente exitosas a este presupuesto. Ninguna de ellas se aplica a todos los casos de creación deliberada de derecho. Pero cada uno se aplica a una clase importante de casos.

Es importante no equivocar el carácter de los argumentos contra la tesis de la intención de la autoridad. Ellos no refutan la tesis. Más bien limitan la justificación para apoyarse en ella en la interpretación jurídica, aún donde el único interés jurídico es que cierta pieza de legislación tenga ciertos efectos. La tesis de la intención de la autoridad, podemos decir, determina la interpretación conservante básica de toda legislación, esto es, determina lo que cuenta como una elucidación exitosa del significado que tiene la legislación al ser promulgada. Los argumentos presentados más abajo indican las condiciones bajo las cuales la mejor interpretación no es la intención conservante

[23] Aquellas convenciones pueden decir que la legislación ha de ser interpretada por las convenciones de interpretación prevalecientes de tiempo en tiempo (más que aquellas prevalecientes al momento de la legislación). Si así lo hacen, entonces abandonan la distinción entre interpretaciones que recuperan el significado original de la legislación, como ha sido definida por la tesis de la intención, y la interpretación que la muestra con el significado adquirido tiempo después. Un sistema jurídico que sigue tales convenciones garantiza que el legislador conoce que sus palabras pueden tener un significado que él no puede prever, aún si así lo intenta. Como he destacado antes, esto es inconsistente con las razones para la doctrina de la autoridad. Sin embargo, como se explica en la próxima sección, la fuerza de la legislación no se apoya enteramente en la autoridad del legislador.

básica. Ellos sugieren que algunas veces es mejor desviarse del significado básico de la legislación. Esto subraya sus relaciones con la tesis de la intención de la autoridad, ellos la confirman al mismo tiempo que justifican suscribir interpretaciones que se desvían de ella bajo ciertas circunstancias.

El párrafo previo también señala el carácter moral de los argumentos siguientes. En esto difieren de los argumentos de la tesis misma de la intención de la autoridad. Por supuesto, invocar consideraciones morales en favor de un método de interpretación en contra de otros es consistente con una discusión que es parte de la teoría general del derecho, siempre que las consideraciones invocadas y las conclusiones que ellos apoyan tengan validez universal para la interpretación de todo sistema jurídico. Pero es importante darse cuenta que, al argüir por la tesis de la intención de la autoridad, no se ha invocado ninguna razón moral para suscribirla. Esto fue posible por el hecho de que la tesis no establece un caso para interpretar el derecho de un modo u otro. Todo lo que dice es que en tanto lo que se hace es comprender el significado de una norma tal como ha sido establecido por el legislador, se ha de interpretar ésta conforme con la intención del legislador (tal como es identificada por la tesis). Deja abierto si hay o no razones adecuadas para seguir normas legisladas. Todo lo que dice es que si hay tales razones, para seguirlas la interpretación debe seguir la tesis de la intención de la autoridad.

Algunas veces los legisladores carecen de autoridad o su legislación es tan inicua que no hay razones para seguir el derecho que ellos crean. El examen de tales cuestiones pertenece a la doctrina de la autoridad legítima y no es necesario ocuparnos de esto aquí. En lo siguiente se asume que la autoridad legislativa es legítima, y por consiguiente que hay razones adecuadas para seguir sus normas, y para interpretarlas conforme con la tesis de la intención de la autoridad. Pero -conforme a las primeras dos consideraciones destacadas a continuación- algunas veces las mismas razones que apoyan la tesis de la intención de la autoridad también crean un caso para desviarse de ésta en ciertas circunstancias. La tercera consideración que examinaré es de naturaleza más radical. Pretende que las razones para la tesis se acaban en ciertas circunstancias. Cuando ello es así, la tesis de la intención de la autoridad no tiene asidero. Pierde su fuerza porque depende de las razones para obedecer al legislador y algunas veces aquellas razones desaparecen. Ello sucede -para repetirlo- no porque el legislador no tenga autoridad ni porque no tengamos razones para obedecer normas legisladas, sino porque en ciertas circunstancias las razones para obedecer el derecho legislado se tornan independientes de la autoridad del legislador.

(A) Apoyando la coordinación

En muchos casos no importa cual es el derecho en tanto sea razonablemente claro lo prescrito sobre esas cuestiones. Hay casos donde el objetivo

del derecho es asegurar convenciones para la coordinación. Algunas veces beneficios importantes para la sociedad como un todo (i.e. bienes públicos y colectivos) o para algunos de sus miembros pueden ser mejor logrados si los individuos coordinan sus acciones y algunas veces una norma indicando el modo en que ha de lograrse la coordinación es el modo más efectivo de asegurar la coordinación. El derecho puede hacer claro a los individuos que el caso requiere de una acción coordinada, y dar confianza a ellos de que el número de tránsfugas y gorrones será limitado.[24] Dado que no importa si los individuos coordinan su comportamiento alrededor de un esquema u otro, no importa si la legislación establecida para lograr la coordinación es interpretada como asegurando un esquema de coordinación u otro. Por tanto, la legislación diseñada para asegurar una convención para la coordinación no necesita ser interpretada conforme con la intención del legislador. En tanto es interpretada de modo que asegura la convención para la coordinación, sirve completamente a la intención del legislador, sea o no que la convención interpretada para conferirle fuerza jurídica vinculante es la que el legislador quería. Lo mismo puede aplicarse a muchos casos donde el interés en la coordinación, aunque no sea la única, es la razón dominante para el derecho.

(B) Descartando las intenciones adicionales

Segundo, los legisladores tienen normalmente más de una intención.[25] Una intención, diferente a la intención estándar, parece relevante para la doctrina de la autoridad. Algunas veces el legislador puede intentar asegurar ciertos resultados económicos y sociales mediante la creación de una cierta norma, cuya obediencia y aplicación constituirá o dará lugar a estos resultados. Como es sabido, no es infrecuente que esta intención no produzca los resultados perseguidos. A causa de un cambio en la situación económica o social, o a causa de que el legislador estaba trabajando bajo una comprensión errónea de las condiciones realmente existentes o de cuales serán los efectos

[24] Véase mi discusión acerca de la coordinación y el derecho en el capítulo 3 de *The Morality of Freedom* (Oxford: Oxford University Press, 1986) y en «Facing Up» *Southern California Law Review*, pp. 1154 y ss, (1989) La relevancia para la interpretación del hecho de que una pieza de legislación intente asegurar la coordinación fue señalada por Marmor en *Interpretation and Legal Theory*.

[25] Para un argumento acerca de que algunas veces las intenciones adicionales de los legisladores deben contar en apoyo de una interpretación consistente con ellas, un argumento que encuentro muy convincente en general, véase Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, Capítulo 8. Mi preocupación en esta sección es paralela a la de Marmor. No es que la intención adicional del legislador debe contar al interpretar el derecho en cuestiones acerca de las cuales el mismo derecho se presta a diversas interpretaciones, sino que cuando la intención legislativa estándar está en conflicto con esta intención adicional, su intención estándar no debe contar cuando se aplica el derecho a casos donde, debiendo contar, su aplicación es clara.

económicos o sociales de la norma en ese entorno, o a causa de que el legislador no comprendió el impacto jurídico que la ley tendrá en el entorno jurídico, doctrinal o burocrático en los cuales ella operará, o por alguna otra razón, si la ley es interpretada conforme con la intención estándar del legislador, no tendrá aquellas otras consecuencias que el legislador intentaba conseguir. Cuando esto es así, parece inútil interpretar la ley conforme a la intención del legislador. La doctrina de la autoridad sugiere que a los legisladores les fue otorgada autoridad para crear las normas que ellos pensaban con buenas razones que serán correctas. Cuando es claro que las normas no consiguen, o no conseguirán, los resultados que (conforme a la doctrina de la autoridad) motivaron específicamente su promulgación, ¿no deben los jueces interpretar las normas en contra de la intención estándar del legislador y conforme con las otras, aunque legítimas, intenciones del legislador?

Una respuesta afirmativa está lejos de ser una conclusión inevitable. Primero, notemos que a menudo ninguna intención del tipo apropiado puede ser atribuida a la legislatura. Ya sea que no tenía ninguna razón (puede haber actuado por razones inadecuadas, o por ninguna razón, o diferentes miembros pueden haber actuado por diferentes razones adicionales haciendo imposible atribuir al parlamento ninguna razón específica) o sus razones eran imposibles de descubrir con certeza. En sí misma esta consideración no invalida el anterior argumento para superar la intención estándar de la legislatura en favor de su adecuada intención adicional. Esto sólo muestra que, si se aceptase, el argumento tendrá consecuencias limitadas. A menudo este argumento no estará disponible. Pero más allá de esto, el hecho de que tendrán que considerarse complicadas cuestiones fácticas acerca de las intenciones reales de los legisladores es una poderosa razón para rechazar completamente este argumento. Puede ser mucho más simple determinar el contenido de la legislación cuando es interpretado conforme con la intención estándar que cuando interpretado de acuerdo con las apropiadas intenciones adicionales. De allí que la probabilidad de una interpretación errónea puede incrementarse si se sigue la última alternativa. La voluntad de la legislatura puede prevalecer más frecuentemente si su intención adicional no es tenida en cuenta que si ella forma la base de la interpretación. Segundo, mientras algunas de las intenciones adicionales del legislador pueden no ser recogidas por la ley, otras posiblemente si lo están, y puede ser suficiente para justificar su interpretación conforme a la tesis de la intención de la autoridad. Cuando sabemos que una ley no logra capturar alguna intención adicional, ¿cómo sabemos que no captura otras? Tercero, puede no ser constitucionalmente apropiado, y puede tener muy malas consecuencias abrir en los tribunales la cuestión de las intenciones adicionales de los legisladores. Comunicaciones privadas pueden convertirse en evidencia relevante, etc.

Los tres contraargumentos pueden, sin embargo, circunscribirse si se adoptan ciertas convenciones, por ejemplo, la convención de que la intención adicional puede ser inferida solamente de un cierto rango de documentos públicos. Tal vez nuestra conclusión debe ser que, en principio, las intenciones adicionales son una base apropiada para la interpretación en preferencia sobre la intención estándar, siempre que hayan sido adoptadas las medidas para evitar las malas consecuencias indicadas por el contraargumento. Naturalmente, el grado en que esto ha sido hecho, y el grado en que los tribunales pueden ser autorizados para apoyarse sobre este argumento variarán de jurisdicción en jurisdicción, dependiendo del derecho y de sus convenciones (jurídicas). En algunos países puede estimarse indeseable otorgar a todos o algunos tribunales la capacidad de investigar los fines sociales que el legislador está persiguiendo, sobre la base de que esto llevará a tantas decisiones equivocadas que harán contraproducente a esta capacidad, o a causa de consideraciones acerca del status o prestigio de los tribunales y la legislatura. Pero, en tanto que el anterior argumento parece fundado y en tanto que la capacidad de los tribunales para apoyarse en éste no está limitada por el derecho o las convenciones, ellos deben hacerlo así, bajo el presupuesto de las pautas para evitar los inconvenientes indicados por los contraargumentos.

Hay, sin embargo, un argumento más poderoso en contra de apoyarse en tales intenciones adicionales. La doctrina de la autoridad, en verdad, confía poder a cualquiera que tenga autoridad así que ésta ponderará y promulgará las normas que conseguirán las consecuencias que parezcan justas o deseables. Pero esto también requiere una demarcación razonablemente clara de los modos en que se crea el derecho. Si una norma falla, cuando es interpretada adecuadamente, esto es, conforme a la tesis de la intención de la autoridad, en conseguir su pretendido resultado, eso no puede ser una razón para que los tribunales la interpreten de otro modo. Ellos no tienen razón para creer que la autoridad habría adoptado una norma diferente a la que de hecho adoptó si hubiese sido convencida que esto es necesario para conseguir el resultado que deseaba asegurar mediante la norma que creó. La norma que consigue este resultado puede tener consecuencias adicionales predecibles que podrían haber inclinado al legislador a abstenerse de cualquier medida antes que lograr su resultado deseado al costo de estas consecuencias adicionales. En muchos casos surge una ulterior complicación. Puede haber diferentes modos de lograr la intención adicional del legislador, todos ellos con una variedad de resultados adicionales predecibles e impredecibles. ¿Cómo conocen los tribunales cual de esos, si alguno, habría respaldado la legislatura si hubiese sido consciente de que la ley que escogió no conseguiría el fin pretendido?

Para abordar la objeción necesitamos distinguir dos argumentos en la alternativa propuesta a la tesis de la intención de la autoridad: primero, el argumento que los tribunales no deben seguir la intención estándar cuando está en conflicto con una apropiada intención adicional; segundo que ellos deben interpretar el derecho para dar efecto a la mencionada intención adicional. El contraargumento es convincente en la refutación de la idea de que la doctrina de la autoridad requiere dar efecto a la intención adicional del legislador. La doctrina no exige eso.[26] Pero el contraargumento no niega la fuerza del primer argumento, a los efectos de que la doctrina de la autoridad no cubre los casos en que la ley (interpretada correctamente conforme con la tesis de la intención de la autoridad) no captura la apropiada intención adicional del legislador. La doctrina está basada en la creencia de que la legislatura tiene competencia, lo que hace que sus normas merezcan obediencia y respeto. Pero, cuando la competencia falla de modo manifiesto, la creencia es refutada, y la doctrina de la autoridad no da más apoyo a la ley. Se sigue que, en tanto concierne a consideraciones universales de respeto por la autoridad, los tribunales tienen libertad para desviarse de la tesis de la intención de la autoridad en la interpretación de las leyes. No se sigue que ellos han de dar efecto a la intención adicional del legislador. Ellos tienen discreción para ofrecer una interpretación innovadora, un tópico aconsiderar en un artículo diferente.[27]

© *Normas antiguas*

Los dos límites de la tesis de la intención de la autoridad mostraron que el respeto por las intenciones adicionales del legislador puede, en ciertas condiciones, justificar la desviación de la intención estándar, o justificar la indiferencia a tales desviaciones. Ellos son límites impuestos a la tesis de la

[26] Excepto en casos donde la interpretación que sirve a las intenciones adicionales no involucra ninguna consecuencia que cualquier persona razonable pudiese encontrar indeseable y no están también involucradas en los efectos del acto cuando se interpreta conforme con la tesis de la intención de la autoridad. Cuando esta condición es satisfecha, hay una razón para seguir la intención adicional.

[27] Aún con todas las reservas expresadas aquí, la noción de «una intención adicional del legislador» es problemática. Es posible argüir que una institución no puede tener una intención legislativa a menos que existan convenciones firmes para atribuirsela a las intenciones de algunos individuos. Una vez que esta convención y todas las demás restantes necesarias para superar las objeciones discutidas antes acerca de apoyarse en tales intenciones están presentes, las intenciones adicionales están incorporadas en los documentos que deben ser considerados como parte de los textos legislativos. Por tanto, la intención que ellos expresan es la intención estándar, o un caso periférico de ésta. Tales dudas no socavan las conclusiones obtenidas en esta sub-sección. Pero ellas pueden mostrar que la distinción entre distinción estándar e intenciones adicionales se apoya sobre modos convencionales de considerar las intenciones que no cuentan con justificaciones teóricas substanciales.

intención de la autoridad al tomar nota de la intención del legislador, intención que es convertida en relevante por la doctrina de la autoridad. El tercer límite tiene menos que ver con las intenciones adicionales del legislador. Al igual que el segundo, arroja dudas acerca de la relevancia de la intención estándar porque arroja dudas acerca de si el respeto por la legislación siempre depende de la doctrina de la autoridad.

Cuando pensamos en la interpretación de las leyes recientes, la fuerza de la generalización del argumento de la tesis de la intención de la autoridad parece concluyente. Pero cuando pensamos en una ley o decisión de *common law* de 200 ó 300 años de antigüedad, la fuerza del argumento es menos concluyente. Considérese el ejemplo de un país democrático. Ser gobernado por la voluntad de aquellos que fueron legisladores 200 ó 300 años atrás no es la idea de todos sobre un gobierno democrático. Por una cosa, muchos países que son democráticos hoy no lo eran entonces. Pero, aún si así fuese, no hay una razón concluyente para pensar que la democracia incluye el poder de la mayoría de una generación para obligar a generaciones futuras. El hecho de que aquellas generaciones futuras puedan derogar la legislación vieja no es una respuesta. ¿Por qué ellas deben dedicar recursos escasos (y el tiempo legislativo es un recurso muy escaso) para hacer esto? A pesar de que la cuestión requiere una consideración mas cuidadosa de la que puede darse aquí, suscribiría que los argumentos democráticos no justifican interpretar leyes muy antiguas conforme a la voluntad de sus legisladores. Más aún, en tanto que no todos los países son democráticos, hay buenas razones para pensar que cualquier teoría de la autoridad que ellos suscriban igualmente no aprobará la tesis de la intención de la autoridad.

Tal vez este argumento es demasiado general. Aquí hay un contraargumento. Algunas leyes se dirigen a resolver problemas humanos tradicionales, como lo hace, por ejemplo, el núcleo del derecho penal, o las doctrinas básicas de los contratos o el derecho de propiedad. En tales casos, la doctrina de la autoridad bien puede vindicar la autoridad de cualquier autoridad apropiada para vincular a las futuras generaciones. Si es una buena autoridad para su generación, dirá la doctrina, entonces es buena también para las futuras generaciones; la razón será que las materias cubiertas por las leyes que regulan el homicidio, etc., afectan a todas las generaciones por igual. El argumento para los límites temporales de la autoridad de cualquier legislador se sostiene bien sólo respecto a una cuestión donde opiniones cambiantes, gustos o circunstancias pueden producir una diferencia en lo que es un derecho acertado y en lo que no lo es.

El núcleo de buen sentido de este contraargumento es innegable. Pero el modo en que hace impacto en el papel interpretativo de los tribunales es menos cierto. Una cuestión crucial es: ¿quién tiene autoridad para establecer la

autoridad de la antigua legislación? La nueva legislación aparece con la autoridad establecida del legislador. Ninguna cuestión acerca de la autoridad del legislador surge salvo aquellas que son sometidas al proceso de revisión judicial. Pero con la legislación más antigua los tribunales deben confrontar la cuestión acerca de si una pieza legislativa aún tiene el rango de autoridad que una vez tuvo. A menos que la jurisdicción específica en la cual operan prohíba investigar la cuestión a los tribunales, ellos están obligados a interrogarse, ya que no deben seguir a una autoridad caduca. Esto significa que, al interpretar leyes antiguas, surgen cuestiones acerca de su fuerza obligatoria que no surgen en la interpretación de leyes recientes. Por supuesto, la diferencia es una cuestión de grado y la libertad de los tribunales en la interpretación de leyes viejas se incrementa gradualmente con su antigüedad, permaneciendo iguales las restantes cosas.[28] Más aún, incluso respecto de leyes de rango relevante, se ha de distinguir el núcleo (una prohibición de homicidio) de los detalles de la ley o las ofensas o causas de acción que ella crea. Mientras que respecto del núcleo del que se ocupa la norma, la autoridad de la legislatura puede no disminuir, su autoridad sobre los detalles puede no ser tan segura. Éste es, de hecho, el caso más frecuente. Su manifestación está en la mayor libertad que las prácticas de interpretación de diferentes jurisdicciones permiten a los tribunales cuando se ocupan de la legislación más antigua. Esta libertad incluye la libertad de interpretar el derecho de modos que se apartan de la tesis de la intención de la autoridad. Cuando la autoridad de la legislación más antigua está afectada por los cambios de circunstancias, esto es consistente con las razones subyacentes a la tesis de la intención de la autoridad, esto es, con la doctrina de la autoridad.

Como dije al principio, ninguno de los casos niega completamente la fuerza de la tesis de la intención de la autoridad. Primero, ellos no niegan que, cuando la doctrina de la autoridad dicta que los tribunales deben respetar la autoridad de la legislatura (o la autoridad de un tribunal superior para establecer precedentes vinculantes), la tesis de la intención de la autoridad normalmente se sostiene bien. Ellos muestran solamente que la obediencia a la legislación no siempre reposa en la autoridad de la legislatura únicamente, y que, cuando lo hace, alguna intención adicional puede justificar apartarse de la intención estándar. Segundo, la pérdida de autoridad de las antiguas normas no es súbita sino gradual. Una manera en que esto puede expresarse es mediante una práctica jurídica conforme a la cual, en tanto

[28] El mismo hecho de que la diferencia entre lo reciente y lo antiguo es gradual convierte a los tribunales en la autoridad apropiada para ocuparse de sus implicaciones, aunque hay que admitir que no todos los sistemas jurídicos necesitan ser vistos de este modo.

que el tiempo en que la legislación fue aprobada se desvanece, los tribunales adquieren más y más poder para adaptarla a las cambiantes circunstancias sociales y económicas. Tercero, en el curso normal de las cosas, esperaríamos que los tribunales posean abundantes razones para respetar la legislación tal cual ha sido dictada por el legislador, esto es, interpretarla conforme con la tesis de la intención de la autoridad, aún después de que las razones para respetar la tesis de la intención de la autoridad ya no se apliquen. La razón más obvia es que, en el curso normal de los eventos, desde ese momento las expectativas de los individuos han quedado fijadas acerca de una interpretación del derecho basada en la intención, y esas expectativas no deben ser contrariadas demasiado de prisa.

No es correcto afirmar que, si el legislador adoptó una práctica de no respetar la tesis de la intención de la autoridad, en las tres clases de casos enumerados anteriormente, entonces no podría haberse formado ni contrariado ninguna expectativa. Dada la incertidumbre acerca de cuando las consideraciones que estamos debatiendo tienen lugar, cualquier disposición de contrariar la interpretación basada en la intención prevendrá, en verdad, la formación de expectativas, pero lo hará al parecer de un modo inadecuado. Así, los individuos algunas veces serán tomados por sorpresa por las decisiones de los tribunales las cuales contrariarán la interpretación basada en la intención cuando ellos esperaban que no sucediera así. Otras veces, ellos no se apoyarán en la interpretación basada en la intención aún cuando ellos deberían apoyarse en ella, frustrando así al menos parcialmente los propósitos de la legislación.

Nada de esto muestra que los tribunales deben descartar completamente la fuerza de los tres argumentos presentados anteriormente. Pero significa que ellos deben tender a pecar por exceso de precaución y dar peso a la interpretación basada en la intención aún cuando no se apoye en un argumento basado en la autoridad favorecido por la tesis de la intención de la autoridad que es su fundamento.

(D) Conclusiones

¿Por qué la interpretación tiene algún papel en la aplicación del derecho? ¿No deben los tribunales simplemente estar guiados por la moral, y abandonar cualquier interpretación?[29] Este modo de formular la pregunta

[29] Aquellos que piensan que la interpretación no limita al intérprete están diciendo esencialmente lo siguiente. Para ellos, el discurso interpretativo en que los tribunales se involucran es un intento de dar gato por liebre, y -de un modo u otro- ocultar o medio ocultar su poder real ante los ojos de los individuos. Pero en realidad ellos siempre pueden y siempre toman las decisiones que desean tomar, y esto significa que las decisiones en que ellos creen han de justificarse en las circunstancias donde lo que está justificado es determinado por medios diferentes a la interpretación.

puede confundir. Por supuesto los tribunales deben decidir los pleitos en un modo consistente con la moral. Cuando ellos no lo hacen así, esto no es necesariamente porque crean que no están vinculados por la moral, o porque ellos están obligados por un código superior que desplaza a la moral. Cuando las decisiones de los tribunales son inconsistentes con la moral, esto sucede porque se equivocan acerca de lo que la moral les requiere o permite hacer. La cuestión es: ¿qué es lo que la moral requiere a los jueces al decidir casos mediante la ayuda de medios interpretativos? Y, ¿qué y cómo deben ellos interpretar?

El examen de la tesis de la intención de la autoridad llevó a tres conclusiones principales. Primero, la interpretación de leyes, etc. conforme a las intenciones de los autores es un rasgo universal de los sistemas jurídicos que reconocen a la legislación como fuente del derecho, porque está implicada por la noción misma de legislación. En otras palabras, la interpretación conforme con la intención legislativa es exigida por cualquier teoría de la autoridad que sea concebible de modo realista.[30] Segundo, mientras que la teoría de la autoridad muestra que la legitimidad de lo legislado, esto es, derecho basado en la autoridad, depende de que sea interpretado conforme con las intenciones de sus autores, las guías para la interpretación que indica la teoría de la autoridad están apoyadas en las convenciones para la interpretación de la clase de textos legislativos en cuestión que prevalecían en la cultura jurídica al momento en que la legislación fue promulgada. La intención da legitimidad, pero las convenciones interpretan. Tercero, y finalmente, la doctrina de la autoridad no puede proporcionar una base completa y exhaustiva para todas las formas en que los argumentos interpretativos son parte en la aplicación del derecho. Se desprende que, aún donde las normas jurídicas bajo consideración son normas promulgadas, la doctrina de la autoridad, y con ella la base en la intención, no cubre todos los fundamentos de validez de esas normas.[31]

No es preciso decir que donde las normas jurídicas en cuestión están basadas en la práctica antes que en la autoridad, y cuando, a pesar que fueron establecidas por una autoridad, su interpretación mediante referencia a convenciones de interpretación es incompleta, o indescubrible, porque las convenciones son irremediablemente vagas o ambiguas acerca del tema en cuestión, la interpretación ha de encontrar otras rutas y una justificación diferente (o ser abandonada).

[30] La autoridad basada en la revelación es probablemente la excepción obvia a esta regla. A lo largo de este trabajo he desechado completamente las doctrinas teológicamente basadas.

[31] Esos argumentos finalmente vindican el abandono de la tesis radical de la intención en favor de la tesis de la intención de la autoridad.

En otras palabras, la doctrina de la autoridad proporciona el fundamento para el papel de la interpretación conservante en la aplicación del derecho. En la práctica de la aplicación del derecho, la interpretación desempeña un papel aún donde la doctrina de la autoridad no alcanza, y donde la interpretación conservante es o bien imposible o injustificada. La cuestión de porqué y cuándo deben los tribunales usar interpretaciones innovadoras en tanto que modo moralmente correcto de decidir casos aún debe ser respondida. Después de todos, cuando las decisiones de los tribunales son innovadoras (i. e. no están basadas en el respeto ala autoridad), ¿por qué deben ser interpretativas?

(Trad. de José Juan Moreso y Pablo E. Navarro)

EXPECTATIVAS Y GARANTÍAS. PRIMERAS TESIS DE UNA TEORÍA AXIOMATIZADA DEL DERECHO (*)

1 *Introducción. Términos primitivos y postulados*.- Desarrollaré un fragmento de una teoría del Derecho elaborada con el método axiomático[1]: o sea a través de la estipulación de un número limitado de *términos primitivos* y de *postulados,* la utilización como otros términos de la teoría sólo de los *términos definidos* por medio de los primitivos o de términos anteriormente definidos, la aceptación en fin como otras tesis de la teoría sólo de las que consisten en *definiciones* o en *teoremas* derivados de los postulados, o de las definiciones, o de otros teoremas sobre la base de reglas de formación y de transformación previamente establecidas. Postulados, definiciones y teoremas se expresarán tanto en el lenguaje común como en el lenguaje teórico artificial *LT*. Suministraré en el apéndice las reglas de formación y de trasformación de tal lenguaje, junto a la demostración de los teoremas; pero para cada uno de estos indicaré también en el texto, a la derecha de las fórmulas que lo expresan, las tesis de las cuales se deriva.

---

*Este texto está destinado al volumen *Logos dell'essere*, *logos della norma*, editado por Luigi Lombardi Vallauri, en prensa en la editorial Adriatica Editrice, Bari, 1998.

[1]Se trata de algunos parágrafos extraídos de los primeros tres capítulos de una teoría axiomatizada del Derecho, de próxima publicación en la editorial Laterza con el título *Principia iuris. Teoria giuridica della democrazia*. El fin de su publicación es el de mostrar en forma elemental y exponer a la discusión el método axiomático empleado, más allá de los límites de las tesis desarrolladas aquí, cuya relevancia puede medirse únicamente en el contexto de la teoría completa de la cual forman parte. Ésta se compone de cuatro partes, dedicadas respectivamente a la deóntica, al Derecho positivo, al Estado de Derecho y a las formas jurídicas de la democracia. He diseñado el proyecto de tal teoría y he llevado a cabo un primer desarrollo rudimentario en *Saggio di una teoria formalizzata del diritto*, en la «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», 1965, p. 55-105 y en *Teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milano 1970. He ilustrado sumariamente el método de la misma en *La semantica della teoria del diritto*, en U. Scarpelli (editor), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Edizioni di Comunità, Milano 1983, pp. 81-130 y en *La formazione e l'uso del concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1985, 2, pp. 401-422. Llamo en particular la atención sobre la distinción entre lenguaje teórico y lenguaje dogmático formulada en *Teoria* cit., pp. 11-17, en *La semantica* cit., pp. 105-114 y en *La formazione* cit., pp. 404 ss.

Estas páginas están dedicadas sobre todo al análisis de las «expectativas»: concepto extraño al léxico jurídico corriente, pero a mi parecer central para el análisis lógico de las diversas figuras de derecho subjetivo, así como de las relaciones jurídicas y de las correspondientes garantías. Al tratarse de un fragmento de una teoría general, los términos primitivos y los postulados aquí propuestos son únicamente los indispensables para su desarrollo[2].

Asumo pues como primitivos los siguientes cuatro términos: *permiso, modalidad*, *expectativa y sujeto*. El primero será empleado como predicado monádico, o sea para designar una propiedad, esto es un modo deóntico en contextos del tipo *PERx* (*x* está permitido, esto es su comisión está permitida) y $PER^{z}x$ (no -*x* está permitido, esto es está permitida la omisión de *x*). El segundo y el tercero serán empleados bien en contextos monádicos del tipo *MODy* y *ASPy* (y es una modalidad, por ejemplo una facultad, o una obligación o una prohibición, e y es una expectativa) bien en contextos diádicos, o sea para designar la relación entre una figura de cualificación deóntica y aquello que está deónticamente cualificado por ella en contextos del tipo *MODyx∧PERx* (y es modalidad de *x* y *x* está permitido), *MODyx∧PER x* (y es modalidad de *x* y no -*x* está permitido), *ASPyzx∧¬PERx* (y es expectativa de no -*x* y *x* no está permitido). El cuarto término, en fin, será usado en contextos diádicos del tipo *SOGzx*, para designar la relación entre un sujeto y aquello (comportamiento, o modalidad o expectativa) que le es imputado.

Asumo seguidamente como postulados las tres siguientes tesis:

P1 *De cualquier argumento o está permitida la comisión*, *o está permitida la omisión*.

(x) (PERx v PERzx)

P2 *De cualquier argumento vale que existe la expectativa de su comisión si y sólo si existe también una modalidad correspondiente en virtud de la cual no está permitida la omisión*.

$$(x)((\sum y')ASPy') \equiv (\sum y'')(MODy''x \cdot \neg PERzx))$$

P3 *Para toda modalidad y para toda expectativa existe alguien que es su sujeto*.

$$(y)((MODy \text{ v } ASPy) -> (\sum z)SOGzy)$$

El primer postulado enuncia una verdad autoevidente y casi analítica: de un acto o está permitida su comisión, o está permitida su omisión, o está

[2]Los términos primitivos y los postulados de la teoría completa son respectivamente catorce y quince; las definiciones alrededor de doscientas cincuenta; los teoremas alrededor de dos mil. En el estado actual de su elaboración, los otros términos primitivos de la teoría son: *«Comportamiento»*, *«interés»*, *«status»*, *«objeto»*, *«significado (prescriptivo)»*, *«regla»*, *«conjunto»*, *«causa»*, *«constituyente»* y *«democracia»*. No he asumido sin embargo como primitivo el término «derecho», que en el sentido de «Derecho objetivo» o «positivo» no es otra cosa más que el nombre del universo de la teoría: «Derecho» será por ello utilizable para designar, sin ulteriores especificaciones, el llamado «derecho subjetivo».

permitida una y otra cosa, mientras que es imposible que no esté permitida ni la comisión ni la omisión. En otras palabras, dado un universo cualquiera, si de un acto no está permitida la comisión entonces está siempre permitida la omisión del mismo, mientras que si no está permitida la omisión del mismo entonces está siempre permitida su comisión.

El segundo postulado vale para caracterizar las expectativas sobre la base de su correlación con las modalidades consistentes en la no permisión (negativa o positiva según, como veremos, se trate de expectativas positivas o negativas), o sea en la obligación o en la prohibición de la misma acción. Esto permitirá representar en términos de expectativas y de no expectativas positivas y negativas toda la fenomenología deóntica.

El tercer postulado enuncia el principio de que toda modalidad y toda expectativa supone siempre un sujeto, o sea un centro de imputación al que sean imputables. También ésta es una verdad evidente para cualquier universo, no siendo concebibles modalidades o expectativas que no sean propias de algún sujeto. Sobre esta tesis fundaré las diversas correlaciones entre las modalidades, las expectativas y sus titulares que proporcionarán la base de una teoría general del las garantías y de las relaciones jurídicas.

2. Los *modos deónticos y las modalidades deónticas*.- De cualquier acción por tanto -excluido por el postulado P1 que pueda ser no permitida tanto la comisión como la omisión- o está permitida tanto la comisión como la omisión, o está permitida la omisión pero no la comisión, o está permitida la comisión pero no la omisión. Estas tres hipótesis configuran otros tantos modos deónticos que convengo en denominar, respectivamente, *facultativo*, *prohibido y obligatorio*.

D1 *«Facultativo» es aquello de lo que está permitido tanto la comisión como la omisión.*

$$(x)(FCOx \equiv (PERx \cdot PERzx))$$

D2 *«Prohibido» es aquello de lo que está permitida la omisión y no está permitida la comisión.*

$$(x)(VIEx \equiv (PERzx \cdot \neg PERx))$$

D3 *«Obligatorio» es aquello de lo que está permitida la comisión y no está permitida la omisión.*

$$(x)(OBBx \equiv (PERx \cdot \neg PERzx))$$

Se deriva de ello la interdefinibilidad de «permitido», de «prohibido» y de «obligatorio»: «permitido» equivaldrá simplemente a «no prohibido» (T1) y a «no obligatorio que no» (T2); «permitido que no» a «no obligatorio» (T3) y a «no prohibido que no» (T4); «prohibido» a «no permitido que» (T5) y a «obligatorio que no» (T6); «obligatorio» a «no permitido que no» (T7) y a «prohibido que no» (T8). «Facultativo», en fin, resultará equivalente a «facultativo que no» (T9).

T1 $(x)(PERx \equiv \neg VIEx)$	P1, D2
T2 $(x)(PERx \cdot \neg OBBzx)$	P1, D3
T3 $(x)(PERzx \equiv OBBx)$	T2
T4 $(x)(PERzx \equiv \neg VIEzx)$	T1
T5 $(x)(VIEx \equiv \neg PERx)$	T1
T6 $(x)(VIEx \equiv OBBzx)$	T5, T2
T7 $(x)(OBBx \equiv \neg PERzx)$	T2
T8 $(x)(OBBx \equiv VIEzx)$	T6
T9 $(x)(FCOx \equiv FCOzx)$	D1

Pero las figuras deónticas pueden ser tratadas no sólo como *modos* (o propiedades, o predicados monádicos), sino también como *modalidades* (o relaciones, o predicados diádicos): no para denotar lo «facultativo» sino la «facultad», no lo «prohibido» sino la «prohibición», no lo «obligatorio» sino la «obligación»: no, en suma, aquello que está deónticamente cualificado sino la figura de cualificación deóntica. Se dirá, en este caso, que existe (o que Tizio tiene) el permiso o el no permiso *de (o de no)* realizar una determinada acción; o que existe (o que Tizio tiene) la facultad o la prohibición o la obligación *de* un comportamiento dado; o bien -en caso que se trate de aquellas figuras no genéricamente deónticas sino específicamente jurídicas que son las «situaciones»- que existe (o que Tizio tiene) el poder, o el deber o el derecho *de* realizar un determinado «acto jurídico». Defino pues los cinco tipos de modalidades correspondientes a los modos deónticos hasta ahora identificados: la *«permisión positiva»* (o de la comisión), la *«permisión negativa»* (o de la omisión), la *«facultad»*, la *«obligación»* y la *«prohibición»*:

D4 *«Permisión positiva» es la modalidad de lo permitido que.*

$$(y)(x)(PEMyx \equiv (MODyx \cdot PER))$$

D5 *«Permisión negativa» es la modalidad de lo permitido que no.*

$$(y)(x)(PEMyzx \equiv (MODyx \cdot PERzx))$$

D6 *«Facultad» es la modalidad de lo facultativo*

$$(y)(x)(FACyx \equiv (MODyx \cdot FCOx))$$

D7 *«Obligación» es la modalidad de lo obligatorio.*

$$(y)(x)(OBLyx \equiv (MODyx \cdot OBBx))$$

D8 *«Prohibición» es la modalidad de lo prohibido.*

$$(y)(x)(DIVyx \equiv (MODyx \cdot VIEx))$$

Estas cinco definiciones enuncian otras tantas correspondencias biunívocas entre tipos de modalidades y tipos de modos deónticos. De ello derivan como teoremas: *a)* las tres equivalencias entre «facultad», «obligación»y «prohibición» y las conjunciones, respectivamente, de «permisión positiva» y «permisión negativa» (T10), de «permisión positiva» y «no permisión negativa» (T11), de «permisión negativa» y de «no permisión positiva» (T12); *b)* las dos equivalencias entre «permisión positiva» y «permisión

negativa» y las disyunciones, respectivamente, de «facultad» y «obligación» (T13) y de «facultad» y «prohibición» (T14); *c)* las relaciones de incompatibilidad entre «facultad», «obligación» y «prohibición» en virtud de la implicación por parte de cada una de estas figuras de las negaciones de las otras dos (T15, T16, T17), así como entre permisión positiva y prohibición y entre permisión negativa y obligación (T18, T19); *d)* la distinción de las modalidades, correspondiente al postulado P1, entre «permisión positiva» y «permisión negativa» (T20) y la distinción todavía más importante entre «facultades», «prohibiciones» y «obligaciones» (T21); *e)* la tesis de que la modalidad de la comisión de un comportamiento lo es también de su omisión y viceversa (T22) así como que las equivalencias, correlativas a las expresadas en los teoremas T8, T6 e T9, entre obligación de la comisión y prohibición de la omisión (T23), entre prohibición de la comisión y obligación de la omisión (T24) y entre facultad de la comisión y facultad de la omisión (T25).

T10 $(y)(x)(FACyx \equiv (PEMyx \cdot PEMyzx))$	D4, D5, D6, Dl
Tll $(y)(x)(OBLyx \equiv (PEMyx \cdot \neg EMyzx))$	D4, D5, D7, D3
T12 $(y)(x)(DIVyx \equiv (PEMyzx \cdot \neg PEMyx))$	D4, D5, D8, D2
T13 $(y)(x)(PEMyx \equiv (FACyx \vee OBLyx))$	D4, D6, D7, D1, D3
T14 $(y)(x)(PEMyzx \equiv (FACyx \vee DIVyx))$	D5, D6, D8, D1, D2
T15 $(y)(x)(FACyx -> (\neg OBLyx \cdot \neg DIVyx))$	T10, T11, T12
T16 $(y)(x)(OBLyx -> (\neg FACyx \cdot \neg DIVyx))$	T15, Tl l, T12
T17 $(y)(x)(DIVyx -> (\neg FACyx \cdot \neg OBLyx))$	T15, T16
T18 $(y)(x)(PEMyx -> \neg DIVyx)$	T13, T17
T19 $(y)(x)(PEMyzx -> \neg OBLyx)$	T14, T16
T20 $(y)(x)(MODyx \equiv (PEMyx \vee PEMyzx))$	D4, D5, Pl
T21 $(y)(x)(MODyx \equiv (FACyx \vee OBLyx \vee DIVyx))$	T20, T13, T14
T22 $(y)(x)(MODyx \equiv MODyzx)$	T20
T23 $(y)(x)(OBLyx \equiv DIVyzx)$	T12, Tl l
T24 $(y)(x)(DIVyx \equiv OBLyzx)$	T11, T12
T25 $(y)(x)(FACyx \equiv FACyzx)$	T10

3. *El cuadrado lógico de las expectativas*.- Es posible, sobre esta base, afrontar el análisis de un nuevo concepto, tradicionalmente extraño tanto a la teoría del Derecho como a la lógica deóntica y considerado, comúnmente, una noción sociológica o en todo caso extra-jurídica[3]. En esta teoría tal

[3]El carácter prejurídico de la noción de «expectativa» es sostenido abiertamente, por ejemplo por R. Scognamiglio, *Aspettativa di diritto*, en *Enciclopediti del diritto*, Giuffrè, Milano 1958, III, pp. 226-232. Por lo demás, los estudios más relevantes sobre las expectativas son de carácter sociológico: véase, sobre todo, N.Luhmann, *Poltische Planung*, (197l), tr.it. de A.Febbrajo, *Stato di diritto e sistema sociale*, Guida, Napoli 1978, pp. 65-83; *Rechtssoziologie*, (1972), tr.it. de A.Febbrajo, *Sociologia del diritto*, Roma-Bari, Laterza 1977, pp. 40-157; Id., *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, (1974), tr.it. de A.Febbrajo. *Sislema giuridico e dogmatica giuridica*, II Mulino, Bolgna 1978, pp. 59 ss.

concepto será sin embargo formalizado como noción basilar para el análisis de la fenomenología del Derecho: la cual podrá ser vista enteramente en términos de expectativas, o sea de figuras deónticas pasivas, al igual que en términos de facultades, de obligaciones y de prohibiciones, o sea de figuras deónticas activas. En particular, este concepto se revelará esencial para obtener una definición satisfactoria de «derecho subjetivo» y para salir del atolladero de los muchos equívocos y de las muchas aporías que rodean esta noción[4].

Todos los derechos subjetivos consisten, en efecto, en expectativas: no sólo aquellos que podemos llamar «derechos a» o «positivos», como los derechos de crédito y los derechos sociales, los cuales consisten en la expectativa (positiva) de prestaciones, sino también los derechos que podemos llamar «derechos de» o «negativos», como la propiedad y las libertades, que por consistir en facultades y/o en inmunidades incluyen siempre expectativas (negativas) de no impedir y de no turbar su ejercicio o disfrute. Las expectativas, por otro lado, no tienen necesariamente por argumento prestaciones (comisivas u omisivas) ventajosas para sus titulares: son, en efecto, expectativas también la exposición a sanciones o a anulaciones, esto es la responsabilidad por actos ilegales y la anulabilidad de los actos inválidos. En fin, las mismas situaciones que no son en ningún sentido expectativas sino modalidades, como las obligaciones y prohibiciones, son siempre correlatos de expectativas positivas o negativas de su propio argumento -la realización de la obligación o la no realización de la prohibición- por parte de otros sujetos.

Es precisamente esta diversidad de sujetos a quienes se imputan las modalidades y las expectativas de un mismo argumento -considerado por las primeras como comportamiento propio y por las segundas como comportamiento ajeno- lo que proporciona la clave para identificar rigurosamente

[4]«Derecho subjetivo» será definido, en la tercera parte de la teoría, como «expectativa de prestaciones o de no lesiones», o sea como la suma lógica de la expectativa positiva de actos jurídicos conformes y de la expectativa negativa de actos jurídicos contrarios al interés de su titular. El elemento de expectativa, en el sentido indicado por el postulado P2 y de las tesis T26-T39 que como veremos derivan de él, me parece que es el que vincula a todas las distintas y heterogéneas figuras de los derechos subjetivos: de los derechos-pretensión a los derechos de libertad y de inmunidad, de los derechos patrimoniales a los derechos fundamentales. Diremos por ello, en base a nuestra definición, que «derecho subjetivo» aparece todas las veces en que expectativa e interés, sean a la comisión o a la omisión de un acto jurídico ajeno, coinciden en relación con un mismo sujeto. Es así como nuestra definición conjuga las dos concepciones tradicionales del derecho subjetivo, la del derecho como *facultas agendi* y la del derecho como interés protegido. Todos los derechos son intereses protegidos por imperativos a cargo de terceros, incluidos los consistentes en facultades o potestades, que, de manera semejante son intereses a la libertad y a la autodeterminación caracterizados como «permisos fuertes» en vez de como meros «permisos débiles» en cuanto se encuentran sancionados como expectativas negativas o inmunidades gracias a la prohibición de interferencia ajena.

el concepto de expectativa, tanto positiva como negativa. Una caracterización adecuada de tal concepto viene dada, en efecto, por las cuatro relaciones que podemos establecer entre las cuatro figuras del *permiso* identificadas por el clásico cuadrado deóntico de las oposiciones y los correspondientes argumentos de *expectativa: a)* decir que de un comportamiento está permitida la comisión equivale a decir que no hay expectativa de su omisión; *b)* decir que está permitida su omisión equivale a decir que no hay expectativa de su comisión; *c)* decir que no está permitida la comisión equivale a decir que hay expectativa de su omisión; *d)* decir que no está permitida su omisión equivale a decir que hay expectativa de su comisión.

Asumiendo por un momento «expectativa» como predicado monádico o de propiedad de los comportamientos, tendremos pues cuatro equivalencias que reproducen -en términos de «esperado» (o si se quiere de «pretendido»)- las cuatro figuras del cuadrado de los modos deónticos:

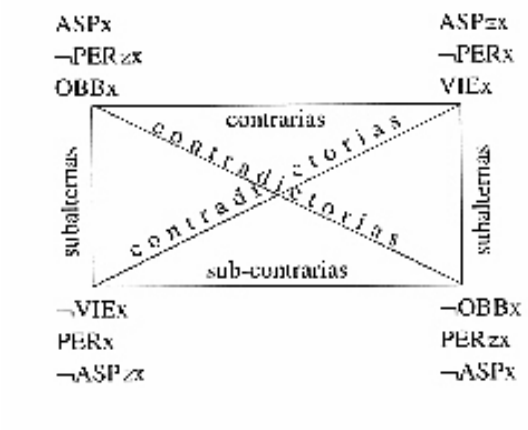
(a) $PERx \equiv \neg ASPzx$

(b) $PERzx \equiv \neg ASPx$

(c) $\neg PERx \equiv ASPzx$

(d) $\neg PERzx \equiv ASN$

Correlativamente a las relaciones entre los permisos y no permisos (positivos [u obligaciones] y negativos [o prohibiciones]), también las relaciones entre las expectativas y las no expectativas (positivas y negativas) pueden, pues, ser representadas mediante un cuadrado de seis oposiciones: dos de *contradictoriedad* (o de *alternatividad*) entre expectativas y no expectativas (positivas o negativas); una de *contrariedad* (o de *incompatibilidad*) entre expectativa negativa y expectativa positiva; una de *subcontrariedad* (o de *disyunción*) entre no expectativa positiva y no expectativa negativa; dos de *subalternación* (o de *implicación*) entre expectativa positiva y no expectativa negativa y entre expectativa negativa y no expectativa positiva.



Sintácticamente, sin embargo, el término «expectativa» es comúnmente (y será también aquí) usado no ya como predicado monádico de comportamiento, sino como predicado diádico de relación entre una figura deóntica y un comportamiento: esto es, en contextos del tipo «Tizio tiene derecho (o no tiene derecho) a obtener», o «está sujeto (o no está sujeto) a sufrir» la comisión u omisión de un comportamiento ajeno, que es el mismo comportamiento, por ejemplo una prestación o una sanción, cualificado por la modalidad correspondiente[5]. Son precisamente estos contextos los que evidencian la estructura de las expectativas -sean positivas (o de la comisión) o negativas (o de la omisión)- como *posiciones pasivas* correspondientes a sujetos distintos de aquellos a los cuales corresponden las *posiciones activas* expresadas por las modalidades del mismo argumento. Y es en base a estos sujetos como será posible, cuando disponga de los términos «sujeto» y «persona», elaborar las nociones, en primer lugar, de «relación deóntica» y, después, de «relación jurídica». Nuestras cuatro equivalencias podrán por tanto reformularse en las siguientes formas diádicas:

$$(a')\ PEMy''x \equiv \neg ASPy'zx$$

$$(b')\ PEMy''zx \equiv \neg ASPy'x$$

$$(e')\ \neg PEMy''x \equiv ASPy'zx$$

$$(d')\ \neg PEMy''zx \equiv ASPy'x$$

He expresado estas relaciones, equivalentes entre sí, con el postulado P2, que enuncia la correlación biunívoca[6] que se da siempre entre expectativas positivas y modalidades correspondientes a otros sujetos del no permiso del mismo comportamiento omisivo o bien, sustituyendo en P2 *x* con *zx*, entre expectativas negativas y modalidades correspondientes a otros sujetos del no permiso del mismo comportamiento comisivo (T26)

$$P2\ (x)((\sum y')ASPy'x \equiv (\sum y'')(MODy''\cdot\neg PERzx))$$

$$T26\ (x)((\sum y')ASPy'zx \equiv (\sum y'')(MODy''x\cdot\neg PERx)) \qquad P2, T22$$

Deriva de ello, uniendo este postulado con el postulado P1, el isomorfismo ya ilustrado entre el cuadrado de las expectativas y el de las modalidades: dada la correlación entre expectativas y no permisos (P2), si es verdadero que de toda acción está permitida o su comisión o su omisión (P1), es también verdad que de la misma acción o no existe la expectativa de la comisión

[5]Por eso no he juzgado necesario introducir, en correspondencia con la figura diádica «expectativa», una figura deóntica monádica como «esperado» o «pretendido (que o que no)» correlativa al modo monádico del «no permitido (que no o que)»

[6]A pesar de esta correlación biunívoca, expresada por el signo de equivalencia entre «expectativa de que» y «modalidad de lo que no es permitido que no», «expectativa» no es un término definido y el postulado P3 no es una definición. Esto depende del hecho de que la variable de la que «expectativa» es predicado está cuantificada existencialmente y no aparece en aquello que debería ser el *definiens*, el cual por tanto no puede reemplazar a «expectativa» en todas las ocasiones en que aparece.

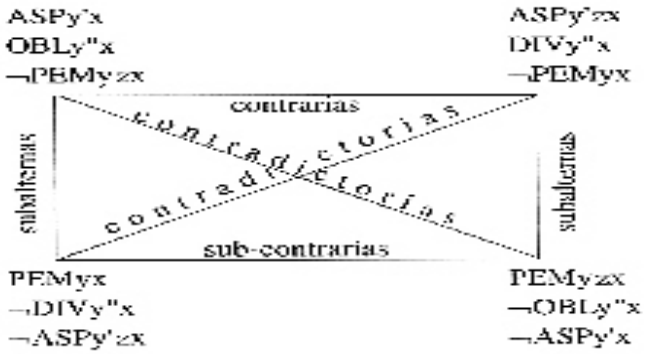
o no existe la expectativa de la omisión (T27); de forma que, si de algo existe la expectativa positiva no existe la expectativa negativa (T28), y viceversa (T29), siendo los dos tipos de expectativas incompatibles entre sí (T30) exactamente como las correspondiente obligaciones y prohibiciones (T16, T17)[7].

T27 $(x)(\neg(\sum y)ASPyx \vee \neg(\sum y)ASPyzx)$	P1, P2, T22
T28 $(y)(x)(ASPyx -> \neg ASPyzx)$	T27
T29 $(y)(x)(ASPyzx -> \neg ASPyx)$	T28
T30 $(y)(x)(\neg ASPyx \vee \neg ASPyzx)$	T28

Ahora bien, sabemos que las modalidades del no permiso de la omisión y del no permiso de la comisión -correspondientes respectivamente a la expectativa positiva y a la expectativa negativa- no son nada distinto que la obligación (D7) y que la prohibición (D8), dado que el no permiso de la omisión es lo obligatorio (T7), mientras que el no permiso de la comisión es lo prohibido (T5). Diremos por ello que la existencia de la expectativa de una comisión o de una omisión está siempre correlacionada con la existencia de una obligación o de una prohibición correspondiente; de forma que la obligación vale para definir la correspondiente expectativa positiva (y viceversa) y la prohibición vale para definir la correspondiente expectativa negativa (y viceversa). Precisamente, puesto que, según las tesis T23 e T24, la obligación de la comisión equivale a la prohibición de la omisión y la prohibición de la comisión equivale a la obligación de la omisión, según que se den o no se den expectativas positivas (o de la comisión) o expectativas negativas (o de la omisión), tendremos cuatro equivalencias o implicaciones recíprocas, ordenables de nuevo sobre la base de nuestro cuadrado: entre la existencia de expectativas positivas y la de obligaciones (T31), entre la existencia de expectativas negativas y la de prohibiciones (T32), entre la inexistencia de expectativas positivas y la inexistencia de obligaciones (T33) y entre la inexistencia de expectativas negativas y la inexistencia de prohibiciones (T34).

T31 $(x)((\sum y')ASPy'x \equiv (\sum y'')OBLy''x)$	P2, T7, D7
T32 $(x)((\sum y')ASPy'zx \equiv (\sum y'')DIVy''x)$	P2, T5, D8
T33 $(x)(\neg\sum y')ASPy'x \equiv \neg(\sum y'')OBLy''x)$	T31
T34 $(x)\ (\sum y')ASPy'zx \equiv \neg(\sum y'')DIVy''x)$	T32

[7]Adviértase que el contexto monádico de «expectativa» (ASPy) equivale a la suma lógica de la posibilidad de la comisión y de la posibilidad de la omisión de su argumento, o sea de dos figuras (la expectativa positiva y la expectativa negativa) que como se ha mostrado (T27-T30) son incompatibles entre sí. El lenguaje de la teoría de las expectativas es en efecto más pobre que el de la teoría de las modalidades: mientras que «modalidad» es un término de género respecto a las figuras de la permisión positiva o negativa, de la facultad, de la obligación y de la prohibición, «expectativa» es el único término en el cual se declinan todas las figuras del cuadrado correspondiente. En el lenguaje común esto podría provocar equívocos, que quedan excluidos sin embargo en nuestro lenguaje formalizado.



Además, según que no existan expectativas positivas, o que no existan expectativas negativas, o que no exista ningún tipo de expectativa, las modalidades correspondientes consistirán respectivamente en permisiones negativas (T35), en permisiones positivas (T36) y en facultades (T37). Diremos, así, que las facultades comportarán siempre la inexistencia de las expectativas correspondientes, sean ellas positivas o negativas (T38, T39).

$$T35\ (x)(\neg(\sum y')ASPy'x \equiv (y'')(MODy''x -> PEMy''z)) \qquad T33, T19, T21, T14$$

$$T36\ (x)(\neg(\sum y')ASPy'zx \equiv (y'')(MODy''x -> PEMy''x)) \qquad T34, T18, T21, T14$$

$$T38\ (x)((y'')FACy''x -> (\sum y')(ASPy'x \vee ASPy'zx)) \qquad T35, T36, T10 \quad T37$$

$$T39\ (x)((y''FACy''x -> (\neg(\sum y')ASPy'x \cdot \neg(\sum y')ASPy'zx)) \qquad T38$$

Obviamente, el hecho de que las expectativas sean figuras pasivas que no consisten en, sino que corresponden a modalidades referidas a otros sujetos (y viceversa) no excluye que puedan ser asociadas a modalidades deónticas referidas al mismo sujeto y viceversa. Por ejemplo, el derecho del propietario de hacer uso de la cosa de su propiedad (modalidad) está asociado con el derecho a no ser molestado en tal uso por parte de otros (expectativa); la obligación de pagar el resarcimiento de un daño o de no cometer delitos (modalidad) está asociado a la sujeción a sanciones en caso de desobediencia (expectativa); el derecho de crédito (expectativa) está asociado al derecho de acción (modalidad) que permite su justiciabilidad, etc. Modalidades (activas) y expectativas (pasivas) son efectivamente figuras deónticas por así decirlo *simples* o *atómicas*, las cuales conviven de diversas formas -a veces una de ellas como *garantía* de la otra- en las figuras *complejas* y *moleculares* constituidas por las situaciones jurídicas y en particular por los derechos fundamentales. La modalidad representada por el derecho de acción, por ejemplo, es una garantía (como veremos «secundaria») de la expectativa constituida

por el derecho de crédito y de la obligación correspondiente; de la misma manera que, inversamente, la expectativa de la sanción es una garantía (secundaria) de las modalidades consistentes en obligaciones o prohibiciones y de las correspondientes expectativas.

«Expectativa» es en todos los casos, al igual que «modalidad», una noción deóntica. En particular, las expectativas jurídicas son expectativas de efectividad de las normas jurídicas y de las obligaciones y prohibiciones dispuestas o predispuestas por ellas. En el lenguaje común, naturalmente, «expectativa» puede entenderse también en un sentido distinto: en el sentido, sociológico o cognitivo, de previsión de lo que de hecho sucederá (o no sucederá), o mejor de lo que es verosímil (o inverosímil) que pueda suceder. En una sociedad caracterizada por una alta tasa de criminalidad no dejaré abierta la puerta de casa, dado que, aun teniendo la expectativa jurídica de que nadie violará mi domicilio, tengo una realista expectativa de que el domicilio sea de hecho violado por los ladrones. El sentimiento de seguridad jurídica viene dado precisamente por la (máxima) correspondencia entre expectativas normativas y expectativas cognitivas, generada por la existencia de las garantías idóneas.

4. *Los sujetos y las relaciones jurídicas*.- De acuerdo con la caracterización sugerida por el postulado P4, *«sujeto»* es un individuo al que son adscribibles modalidades o expectativas (además de -pero de ello no hablaré en este fragmento de la teoría- comportamientos e intereses). Defino ahora como *«titular»* al sujeto al que son imputadas una «modalidad» o una «expectativa».

D9 *«Titular» es cualquier sujeto de una modalidad o de una expectativa.*

$(z)(y)(TITzy \equiv (SOGzy \wedge (MODy \vee ASPy)))$

Estamos en este punto en condiciones de definir, sobre la base de las tesis de las que disponemos, el concepto de «relación deóntica» entre sujetos. Se ha visto en el parágrafo anterior que a las obligaciones corresponden expectativas positivas (T31) y a las prohibiciones expectativas negativas (T32), mientras que a las facultades no corresponde ninguna expectativa (T39). Estos nexos entre imperativos y expectativas positivas o negativas pueden ahora configurarse como relaciones entre (posiciones de) sujetos distintos, vinculados por la identidad del comportamiento que es realización de unos y otras. De las tesis T31 y T32 se pueden deducir los dos teoremas:

T40 *Decir que un individuo es titular de una expectativa positiva equivale a decir que otro individuo es titular de la obligación correspondiente.*

$$(x)((\sum z')(\sum y')(TITz'y' \cdot ASPy'x) \equiv (\sum z'')(\sum y'')(TITz''y'' \cdot OBLy''x)) \quad T31, P3, D9, T21$$

T41 *Decir que un individuo es titular de una expectativa negativa equivale a decir que otro individuo es titular de la prohibición correspondiente*

$$(x)((\sum z')(\sum y')(TITz'y' \cdot ASPy'zx) \equiv (\sum z'')(\sum y'')(TITz''y'' \cdot DIVy''x)) \quad T40, T24$$

Llamo *«relación deóntica»* a la relación expresada por estos teoremas entre dos sujetos titulares respectivamente de una expectativa positiva y de la obligación correspondiente, o de una expectativa negativa y de la prohibición correspondiente.

D10 *Dos individuos están en relación deóntica entre sí si y sólo si uno de ellos es titular de una expectativa positiva y el otro de la obligación del mismo comportamiento*:

de lo cual deriva, por sustitución, que es una relación deóntica también la que existe entre dos sujetos de los cuales uno es titular de una expectativa negativa y el otro de la prohibición correspondiente:

$$\text{T42}\ (z')(z'')(\text{RAD}z'z'' \equiv (\sum y')(\sum y'')(\text{TIT}z'y' \cdot \text{TIT}z''y'' \cdot M(\sum x)(\text{ASP}y'zx \cdot \text{DIV}y''x)) \qquad \text{D10, T24}$$

De «relación deóntica» se puede por tanto hablar si y sólo si uno de los términos de la relación es una obligación o una prohibición; no, por el contrario, cuando es una facultad, dado que a ésta, como afirma el teorema T39, no le corresponde ninguna expectativa. Enunciaré por tanto, a través de los cuatro siguientes teoremas, dos parejas de relaciones biunívocas: la primera es que, si un sujeto es titular de una expectativa positiva, entonces ese sujeto está en relación deóntica con otro titular de la obligación correspondiente (T43), y viceversa (T44); la segunda es que, si un sujeto es titular de una expectativa negativa, entonces ese sujeto está en relación deóntica con otro titular de la prohibición correspondiente (T45), y viceversa (T46).

$$\text{T43}\ (z')(x)((\text{SOG}z' \cdot (\sum y')(\text{TIT}z'y' \cdot \text{ASP}y'x)) -> (\sum z'')(\sum y'')(\text{RAD}z'z'' \cdot \text{TIT}z''y'' \cdot \text{OBL}y''x)) \qquad \text{D10, T40}$$

$$\text{T44}\ (z'')(x)((\text{SOG}z'' \cdot (\sum y'')(\text{TIT}z''y'' \cdot \text{OBL}y''x)) -> (\sum z')(\sum y')(\text{RAD}z'z' \cdot \text{TIT}z'y' \cdot \text{ASP}y'x)) \qquad \text{D1O, T40}$$

$$\text{T45}\ (z')(x)((\text{SOG}z' \cdot (\sum y')(\text{TIT}z'y' \cdot \text{ASP}y'x)) -> (\sum z'')(\sum y'')(\text{RAD}z'z' \cdot \text{TIT}z''y'' \cdot \text{DIV}y''x)) \qquad \text{T43, T24}$$

$$\text{T46}\ (z'')(x)((\text{SOG}z'' \cdot (\sum y'')(\text{TIT}z''y'' \cdot \text{DIV}y''x)) -> (\sum z')(\sum y')(\text{RAD}z'z'' \cdot \text{TIT}z'y' \cdot \text{ASP}y'zx)) \qquad \text{T44, T24}$$

Sobre esta base se podrá construir la categoría de *«relaciones jurídicas»*, identificables con las relaciones deónticas que se dan entre las modalidades y las expectativas consistentes en *«situaciones jurídicas»* -o sea entre las que llamaré *«situaciones activas»*, como los poderes y deberes, y las que llamaré *«situaciones pasivas»*, como los derechos subjetivos y las responsabilidades- en cuanto sus argumentos son no meros comportamientos jurídicamente irrelevantes, sino *«actos jurídicos»* productivos de *«efectos»*. Modalidades y situaciones activas, al afectar a los comportamientos propios de los sujetos que son sus titulares, forman el lado activo de la relación; expectativas

y situaciones pasivas, al afectar a comportamientos ajenos, forman, por el contrario, su lado pasivo.

Toda la vida de relación, desde sus formas más simples a las más complejas, es por lo demás interpretable en términos de relaciones deónticas entre expectativas positivas o negativas y obligaciones o prohibiciones correspondientes. Si ordeno a alguien «cierra la puerta» tengo la expectativa de que la cierre. La prohibición «no fumar» genera la expectativa de que nadie fume. La prohibición de matar, sea moral o jurídica, corresponde a la expectativa de no ser matado. La estipulación constitucional de la libertad de manifestación del pensamiento genera la prohibición de la censura o de otras formas de limitación o de impedimento de su ejercicio; de la misma forma como la estipulación del derecho a la asistencia sanitaria o a la educación genera la obligación de proporcionar las correspondientes prestaciones. En todos los casos, las expectativas y los deberes correspondientes, sobre todo si tienen carácter universal *(omnium)* y/o absoluto *(erga omnes)*,valen para fundamentar -tanto en el Derecho como en la moral y en los demás sistemas normativos- la *reciprocidad* de las relaciones deónticas. Al mismo tiempo las relaciones deónticas forman la base de todas las formas -jurídicas y extrajurídicas- de *solidaridad*. El sentimiento de solidaridad, en efecto, no es otra cosa más que el sentimiento de obligatoriedad con el que cada uno advierte las obligaciones y las prohibiciones correspondientes a las expectativas de otros, y que se encuentra con el sentimiento recíproco de confianza en la satisfacción por parte de los demás de las propias expectativas. Es principalmente este sentimiento intersubjetivo de la reciprocidad de las relaciones deónticas lo que sirve para fundamentar la efectividad de cualquier modalidad o expectativa. El mismo equivale, como ahora veremos, al sistema de *garantías* a las que estas modalidades y expectativas están conectadas.

5. *Las garantías*- Como confirmación de lo que se ha dicho en el T43, los teoremas T43-T46 muestran que no hay ninguna prioridad lógica de las modalidades respecto de las expectativas. Se puede desarrollar una teoría del Derecho, y más en general de los sistemas normativos, partiendo de las modalidades (o sea de las figuras deónticas activas) y definiendo a través de estas las expectativas (o sea las figuras deónticas pasivas); pero se puede también desarrollarla partiendo de las expectativas y definiendo, a través de estas, las obligaciones, las prohibiciones y, aunque indirectamente, las facultades. En el primer caso tendremos una teoría del Derecho formulada, como por ejemplo la kelseniana, principalmente en términos de imperativos (o de deberes); en el segundo una teoría del Derecho formulada, como la que trato de desarrollar, prevalentemente en términos de expectativas (o de derechos). Lo mismo se puede decir del ordenamiento objeto de la teoría:

las normas pueden formularse en términos de obligaciones y prohibiciones, esto es como normas imperativas, o bien en términos de expectativas, esto es como normas atributivas. Entre las dos cosas no hay ninguna diferencia. Lo que es argumento de expectativa, en efecto, es debido a alguien o a todos por parte de alguno o de todos; de la misma forma que lo que es argumento de deber corresponde a una expectativa de todos o de alguno frente a todos o frente a alguno.

De hecho el lenguaje legal hace uso de ambas formulaciones. Las normas en términos de expectativas están más difundidas en los textos constitucionales, y esto justifica la opción por formular en términos de expectativas la teoría del Estado de Derecho y de la democracia. Son por ejemplo expectativas positivas o negativas los derechos de libertad, el *habeas corpus*, los derechos de las minorías lingüísticas, el derecho de huelga, el derecho al trabajo, los derechos a la salud, a la educación, a la retribución equitativa y similares, establecidos en la primera parte de la constitución italiana. Por el contrario, las normas imperativas están más difundidas en la legislación ordinaria, y en particular en la penal, formada por prohibiciones de comportamiento sancionados como delitos. En cuanto al Derecho civil, éste se expresa tanto en términos de expectativas (o sea de derechos), como en términos de obligaciones.

Las razones de estos diversos estilos legislativos son evidentemente tanto de carácter técnico como de carácter político. Las constituciones privilegian las formulaciones en términos de «derechos», o sea de expectativas, dejando de ordinario sobreentendidas las prohibiciones y las obligaciones correspondientes, en cuanto que nacen como solemnes convenciones dirigidas a proclamar inmunidades, libertades y pretensiones de tutela o satisfacción de necesidades fundamentales a cargo de los poderes públicos y para fundamentar sobre estas promesas la legitimación política de los ordenamientos. Las leyes penales privilegian por el contrario las formulaciones en términos de prohibiciones y dejan sobreentendidas las correlativas expectativas negativas de inmunidades, en cuanto se vinculan al respeto del principio de taxatividad en la configuración de los comportamientos que son violaciones de estas expectativas. Las normas civiles, en fin, bien pueden formularse tanto en términos de derechos como de obligaciones, a causa del carácter de ordinario simétrico de las posiciones de sus titulares y de la forma horizontal y paritética de sus relaciones deónticas.

Sea cual sea la técnica de formulación adoptada, expectativas y modalidades imperativas, como muestran las tesis T43-T46, se implican recíprocamente como posiciones de sujetos distintos en relación deóntica entre sí. Al ser las expectativas positivas y negativas de un sujeto respectivamente la otra cara de la obligación o de la prohibición imputadas a otro sujeto y viceversa,

no se dan pues, en el plano técnico, expectativas sin obligaciones o prohibiciones correspondientes, y ni siquiera obligaciones y prohibiciones sin las correspondientes expectativas. En el plano práctico esto quiere decir que la estipulación de un derecho, al consistir siempre como veremos en su momento en la atribución de una expectativa, exige que sea identificable el sujeto titular del deber correspondiente; y que por tanto, aunque las constituciones sean charlatanas en las promesas de derechos, estas promesas son serias, es decir lógicamente consistentes, únicamente si van acompañadas por la identificación de los correlativos deberes y de los sujetos, públicos o privados, a los que se imputan estos deberes. Lo mismo debe decirse de las responsabilidades y de las anulabilidades, que son, también ellas expectativas (de sanción y de anulación) cuya consistencia depende de la predeterminación de los sujetos obligados a declararlas. Podemos en efecto demostrar -sobre la base de una definición semántica de «efectividad» como la comisión de comportamientos que obedecen a una obligación o satisfacen una expectativa positiva y como la omisión de los comportamientos que violan una prohibición o una expectativa negativa- que una expectativa es efectiva si y sólo si es obedecida la obligación o no desobedecida la correspondiente prohibición, siendo su satisfacción o su violación respectivamente equivalente a la obediencia del uno y a la desobediencia del otro[8].

Analizaré ampliamente, en el curso de la teoría, la estructura de las diversas situaciones jurídicas y, en relación con las relaciones deónticas que se dan entre sus titulares, las diversas técnicas y condiciones que aseguran su efectividad. Estas condiciones, podemos sin embargo afirmar desde ahora, no son otra cosa más que las *«garantías»*, que por ello representan las figuras centrales de la teoría que trato de desarrollar. Esas garantías serán divididas, con relación al Derecho, en dos clases: por un lado las *«garantías primarias»*, las cuales consisten, en relación con las expectativas positivas y las negativas que como veremos forman los contenidos de los derechos subjetivos, en las obligaciones y en las prohibiciones implicadas por ellos, como afirman las tesis T43 e T45, por lo que hace a los sujetos en relación deóntica con sus titulares; por otro lado las *«garantías secundarias»*, que consisten en las obligaciones (de aplicar la sanción o de declarar la anulación)

[8]Definida «realización» como el comportamiento que forma el argumento de una modalidad o de una expectativa, será posible definir como «efectivas» las facultades, las obligaciones y las expectativas positivas de las cuales se da la realización, así como las prohibiciones y las expectativas de las cuales no se da la realización; e, inversamente, será posible definir como «inefectivas» las prohibiciones y las expectativas negativas de las que se da la realización así como las facultades, las obligaciones y las expectativas positivas de las que no se da la realización. Allí donde las modalidades y las expectativas sean reglas, será preciso además hablar de «grado de efectividad (o de inefectividad) en el tiempo *t*» de acuerdo con el número de sus realizaciones o de sus no realizaciones en el tiempo *t*.

correspondientes a las expectativas positivas que forman el contenido de la sancionabilidad y de la anulabilidad generadas, como efectos específicos, respectivamente por los actos ilícitos y por los actos inválidos. También las garantías secundarias, como veremos en su momento, reenvían a relaciones jurídicas: precisamente a las relaciones entre las obligaciones (por lo que hace a órganos judiciales) y las correlativas expectativas positivas (de aplicación de la sanción o de declaración de la anulación) producidas por la desobediencia de las obligaciones o de las prohibiciones en las que consisten las garantías primarias. La diferencia entre las dos clases de garantía -que justifica la calificación de la primeras como «primarias» y de las segundas como «secundarias», así como la calificación como «primarias» y como «secundarias» de las normas que respectivamente las prevén- se encuentra sin embargo en el hecho de que mientras que la obediencia de las primeras equivale siempre a la satisfacción en vía primaria de los derechos garantizados, la de las segundas entra en acción eventualmente, como remedio prestado por el ordenamiento para prevenir o reparar la desobediencia de las primeras por obra de actos ilícitos o de actos inválidos.

Defino pues las *garantías* sobre la base de las relaciones deónticas identificables entre expectativas y modalidades en el interior de cualquier sistema normativo. Entenderé en efecto con esta expresión las modalidades imperativas de cuya obediencia depende la satisfacción o la no violación de las expectativas que son su argumento.

D11 *«Garantía» es la obligación correspondiente a la expectativa positiva que es su argumento*.

$$(y'')(y')(GARy''y' \equiv M(\sum x)(OBLy''x \cdot ASPy'x))$$

Deriva de ello que también es una garantía la prohibición correspondiente a la expectativa negativa que es su argumento (T47); de forma que, en su conjunto, las garantías equivalen a la suma de las obligaciones y de las prohibiciones correspondientes a las expectativas de que se trate (T48).

$$T47\ (y'')(y')(GARy''y' \equiv M(\sum x)(DIVy''x \cdot ASPy'zx)) \qquad D11, T24$$

$$T48\ (y'')(y')(GARy''y' \equiv M(\sum x)((OBLy''x \cdot ASPy'x)\ v\ (DIVy''x \cdot ASPy'zx))) \qquad D11, T47$$

Podemos llamar *«garantías positivas»* a las garantías que consisten en obligaciones y *«garantías negativas»* a las que consisten en prohibiciones. Precisamente, las obligaciones *son* las garantías positivas de las correspondientes expectativas positivas (T49) y las prohibiciones *son* las garantías negativas de las correspondientes expectativas negativas (T50). Inversamente, las expectativas positivas *tienen* siempre su garantía en la obligación correspondiente (T5l), y las negativas la *tienen* siempre en la prohibición correspondiente (T52). Y puesto que la relación entre expectativas y las correspondientes modalidades imperativas es la relación deóntica entre los

sujetos que son titulares de las unas y de las otras, las garantías no son otra cosa más que el lado activo, o sea las modalidades, de las relaciones deónticas de las que las expectativas garantizadas son el lado pasivo (T54), y viceversa (T55).

$$T49\ (y'')(M(\sum x)OBLy''x -> (\sum y')(GARy''y' \cdot M(\sum x)ASPy'x)) \quad D11, T31$$

$$T50\ (y'')(M(\sum x)DIVy''x -> (\sum y')(GARy''y' \cdot M(\sum x)ASPy'zx)) \quad T47, T32$$

$$T51\ (y'')(M(\sum x)ASPy'x -> (\sum y'')(GARy''y' \cdot M(\sum x)OBLy''x)) \quad D11, T31$$

$$T52\ (y')(M(\sum x)ASPy'zx -> (\sum y'')(GARy''y' \cdot M(\sum x)DIVy''x)) \quad T47, T32$$

$$T53\ (y')(y'')(GARy''y' \equiv M(\sum z'')(OBLy''x \vee DIVy''x)) \quad T48, T49, T50$$

$$T54\ (y'')(y')(GARy''y' -> (\sum z'')(\sum z'')(MODy'' \cdot TITz''y'' \cdot RADz'z \cdot TITz'y' \cdot ASPy')) \quad P3, D9, T21, D10, D11$$

¿Pero qué quiere decir que una expectativa implica siempre como garantía la obligación por parte de otro sujeto de satisfacerla o la prohibición de no violarla? Quiere decir, simplemente, que las garantías realizan, a nivel teórico, la *completitud deóntica* del sistema. De hecho, sin embargo, en un sistema nomodinámico como el derecho positivo esta completitud puede faltar. Es muy posible, al no ser el nuestro un mundo deónticamente perfecto, que una norma jurídica atribuya una expectativa bajo la forma de derecho subjetivo sin indicar los sujetos obligados a satisfacerla: es el caso, por ejemplo, de los derechos «al trabajo» y a «la salud» enunciados por los artículos 4 y 32 de la constitución italiana. En este caso tenemos un contraste entre la teoría y el sistema deóntico que constituye su objeto. La ausencia de garantías se resuelve, en efecto, en una *laguna deóntica* que en el plano teórico parecería no permitir, hasta que no sea colmada, hablar de expectativa, ni por tanto de «derecho subjetivo». Pero donde esté previsto por una norma jurídica positiva, como en los ejemplos que acabamos de poner, un derecho subjetivo, y por tanto una expectativa, jurídicamente existe, y no puede ciertamente ser ignorado por la teoría. Se sigue de ello que la laguna *debe ser* resuelta por alguien -intérprete o legislador. Y es precisamente en este deber ser de su solución donde reside la obligación implicada por el derecho proclamado: que es una relación por así decir de segundo grado, dado que opera sobre el intérprete y/o el legislador como «obligación de obligar», o sea de introducir la modalidad imperativa que forma la garantía que falta.

Se pone de manifiesto de tal forma, a través de esta aporía, el carácter (no meramente descriptivo sino) normativo que tiene la teoría en relación con los sistemas nomodinámicos y en particular con el Derecho positivo: las lagunas deónticas, de forma no distinta de las antinomias, señalan la existencia de contradicciones que exigen, si queremos tomarnos el Derecho en

serio, ser removidas por vía de interpretación o de legislación. Pero se pone de manifiesto también el papel garantista del Derecho positivo en relación con aquellas expectativas universales *(omnium)* que en su momento llamaré «derechos fundamentales». La estipulación normativa de tales derechos equivale en efecto a la imposición de la formalización de las prohibiciones y de las obligaciones correspondientes a ellos en el interior de ese sistema de sujetos, de aparatos y de funciones que forma, como veremos en su momento, la *esfera pública* del Estado de Derecho. Sin el Derecho penal, o sea sin la prohibición y el castigo como delitos del homicidio, de las lesiones personales y del hurto, no existiría garantía de los derechos a la vida o a la integridad personal o del derecho de propiedad. Sin leyes en materia sanitaria o de educación obligatoria no existiría garantía de los derechos a la salud y a la educación. A causa del carácter nomodinámico del Derecho positivo, prohibiciones y obligaciones correspondientes a los derechos, aun siendo deducibles en el plano teórico de la enunciación de estos últimos, no lo son sin embargo en el plano jurídico, en el que su existencia depende de su positiva estipulación normativa.

Volveré más veces, en el curso de la teoría, sobre esta cuestión, decisiva para comprender la estructura y la dinámica del Derecho moderno. Aquí importa subrayar que la identificación normativa de ambos sujetos de las relaciones deónticas -tanto de los titulares de las expectativas como de los titulares de las modalidades correspondientes- viene impuesta como condición de consistencia, incluso antes que de efectividad, de cualquier figura deóntica. Estos sujetos, como veremos analíticamente a propósito de las diversas situaciones jurídicas, pueden ser bien «todos», bien «algunos». Dividiré por tanto, en la tercera parte de la teoría, las modalidades y la expectativas jurídicas en *«universales»* (u *omnium*), en cuanto corresponden de la misma forma a todos, como por ejemplo los derechos fundamentales y las prohibiciones penales; *«existenciales»* (o *singuli*), en cuanto corresponden a individuos. como por ejemplo los derechos y las obligaciones patrimoniales; *«absolutas»* (o *erga omnes*), en cuanto corresponden frente a todos, como por ejemplo el derecho a la vida y el derecho de propiedad; *«relativas»* (o *erga singulum*), en cuanto atañen frente a individuos, como los derechos de crédito y las deudas correspondientes. La estructura de todo sistema normativo, y de forma particularmente articulada la de los ordenamientos jurídicos, resultará caracterizada como una red compleja de relaciones deónticas, horizontales y verticales, cuyos desgarros están representados por las lagunas deónticas por obra de las cuales las relaciones deónticas están interrumpidas por defecto de identificación de alguno de sus términos.

He llamado por lo demás *lagunas deónticas* a las lagunas generadas por la carencia de *garantías* en general para distinguirlas de otro tipo de lagunas:

las que llamaré lagunas jurídicas y que consisten, por el contrario, en la carencia de los presupuestos normativos u organizativos de las que he llamado antes garantías secundarias: como la previsión normativa de sanciones para los actos ilícitos y de anulación para los actos inválidos, la existencia de órganos encargados de su aplicación, el poder o el deber de actuar a tal fin en juicio; en una palabra, la justiciabilidad de las violaciones jurídicas de las expectativas y de los correlativos imperativos que forman sus garantías deónticas. Se trata, como veremos en su momento, de un tipo de garantías (y en su ausencia, de lagunas) común a todas las situaciones y, en particular, a todos los derechos subjetivos, tanto patrimoniales como fundamentales: a los que consisten en expectativas positivas (como los derechos de crédito y los derechos sociales), pero también a los que consisten en facultades y/o en expectativas negativas (como los derechos de propiedad y de libertad), garantizados de la misma forma por un lado por el derecho de acción y por el otro por la expectativa de sanciones o de anulación en caso de desobediencia de las correspondientes prohibiciones de lesiones.

Obviamente las lagunas deónticas son más radicales, y por ello más intolerables, que las lagunas jurídicas. Si en efecto son «imperfectos» los imperativos sin sanciones y los derechos sin acción, son sin más inconsistentes las expectativas sin los correspondientes imperativos. Esto depende del hecho de que las lagunas deónticas tienen carácter lógico, de forma que la existencia de los imperativos correspondientes a las expectativas establecidas por el Derecho, así como de los sujetos que son titulares de las mismas, ha de ser en la medida de lo posible reconocida e integrada también por vía de interpretación, so pena de afirmar, en una vía de principio contraria al carácter vinculante del Derecho mismo, su inconsistencia. Las lagunas jurídicas, por el contrario, son lagunas de Derecho positivo, en el sentido de que los presupuestos de las garantías jurídicas que faltan -desde el derecho de acción a la misma existencia de una jurisdicción que tenga a su cargo la imposición de la sanción o de la anulación- no son implicadas lógicamente por las expectativas garantizadas, sino producidas por actos normativos de Derecho positivo. En ambos casos, el carácter en todo caso normativo de las expectativas carentes de garantías, a la vez que tiene el riesgo de condenarlas a la inefectividad, genera antinomias que, al manifestarse en incumplimientos ilegítimos, imponen a los operadores por una parte y a la doctrina jurídica por otra, intervenciones reparadoras, de tipo legislativo o sólo interpretativo, dirigidas a colmar o por lo menos a reducir las lagunas. Ésta es precisamente, en el Estado constitucional de Derecho, la tarea principal tanto de la práctica jurídica como de la ciencia del Derecho.

(Trad. de Ángeles Ródenas y Juan Ruiz Manero)

APÉNDICE

El cálculo

El lenguaje de la teoría axiomatizada del Derecho *(LT)* es un lenguaje formalizado, que tiene todas las propiedades formales establecidas por las reglas que aquí se enumeran seguidamente y sólo estas propiedades. Tales reglas no pertenecen a la teoría y no son formuladas en el lenguaje teórico. Son más bien expresiones meta-teóricas, formuladas en un meta-lenguaje no formalizado, que determinan la estructura sintáctica de la teoría, esto es la *sintaxis* (o *lógica*) del lenguaje teórico. Se dividen en dos clases: las *reglas de formación* y las *reglas de transformación*.

En base a estas reglas serán formuladas en este apéndice, en el orden en el que han sido introducidas y con la enumeración progresiva adoptada en el texto, todas las tesis aquí propuestas: las tesis primitivas o indemostrables (postulados y definiciones), formadas sobre la base de las reglas de formación, y las tesis no primitivas o demostradas (teoremas), obtenidas en base a las reglas de transformación. La *«demostración»* de cada una de esta segunda clase de tesis consistirá en una sucesión finita de expresiones, dispuestas en líneas distintas y numeradas, a cuya derecha se escribirá la motivación, esto es si se trata de una premisa (postulado o definición o teorema) o del resultado de la aplicación de una o más reglas a expresiones de las líneas precedentes: en este último caso se escribirán primero los números de la línea o de las líneas en las que se encuentran las expresiones a las que son aplicadas las reglas, y después el nombre de la regla o de las reglas utilizadas para llevar a cabo su trasformación; la última línea de la demostración es la expresión demostrada. En los casos en los que la demostración sea particularmente simple, me limitaré a enunciar la tesis demostrada, escribiendo junto a ella sus premisas y las reglas de transformación aplicadas a ellas. Es evidente que la relevancia teórica de toda tesis se manifestará en el número y en la relevancia de las tesis que directa o indirectamente la suponen como premisa.

Las reglas del lenguaje de la teoría

1. *Reglas de formación*- Las reglas de formación establecen los *signos* admitidos en el lenguaje teórico y el modo en que los mismos pueden combinarse para dar lugar a *expresiones* bien formadas. Se distinguen entre ellas dos grupos: las que enumeran los *signos* pertenecientes al lenguaje teórico y las que prescriben la forma correcta de las *expresiones* que pueden construirse con los diversos tipos de signos.

1.1. *Signos*.- Los signos son los elementos básicos del lenguaje de la teoría. A fin de facilitar el cálculo determinado por las reglas de transformación, los signos se representan por *símbolos*. Se dividen en *signos descriptivos* y en *signos lógicos*.

1.1.1. *Signos descriptivos*.- Los signos descriptivos son signos cargados de significado. Se dividen en *signos subjetivos* y en *signos predicativos*.

1.1.1.1. *Signos subjetivos*.- Los signos subjetivos, o *sujetos*, designan «individuos». Adopto como signos subjetivos las *variables subjetivas*, representadas simbólicamente por letras minúsculas ($x, y, z, x, x''...; y', y'',...; z', z'',...$) eventualmente marcados, donde se han interpretado en un dominio de acciones, por el functor z, de forma que se puede decir que una variable de forma x denota la «comisión de la acción x», mientras que una variable de forma zx denota la «omisión de la acción x».

1.1.1.2. *Signos predicativos*.- Los signos predicativos, o *predicados*, o *constantes predicativas*, designan «propiedades» de individuos o «relaciones» entre individuos. Son los *términos* en sentido propio del vocabulario de la teoría. Algunos se introducen como *primitivos*; todos los demás son introducidos mediante *definiciones*. Su número total está destinado a aumentar con el desarrollo de la teoría, a medida que van siendo estipuladas nuevas definiciones. Adopto aquí, como signos predicativos, catorce términos, representados por las tres letras mayúsculas por las que empieza su nombre:

PER = permiso	primitivo
MOD = modalidad	primitivo
ASP = expectativa	primitivo
SOG = sujeto	primitivo
FCO = facultativo	D1
VIE = prohibido	D2
OBB = obligatorio	D3
PEM = permisión	D4,D5
FAC = facultad	D6
OBL = obligación	D7
DIV = prohibición	D8
TIT = titular	D9
RAD = relación deóntica	D10
GAR = garantía	D11

1. 1.2. *Signos lógicos*.- Los signos lógicos son signos carentes de significado que operan, en base a las reglas de transformación más adelante indicadas, sobre los signos descriptivos combinados en enunciados simples

(1.2.1), dando lugar a enunciados compuestos (1.2.2) o a proposiciones (1.2.3). Se dividen en *signos conectivos* y en *signos operadores*.

1.1.2.1. *Signos conectivos*.- Los signos conectivos son los signos mediante los cuales las expresiones del tipo indicado en 1.2.1 se combinan entre sí para la formación de los enunciados compuestos indicados en 1.2.2. Adopto como conectivas estos cinco símbolos:

«¬» = «no»	(negación)
«∧» = «y»	(conjunción)
«v» = «o»	(disyunción)
«– >» «si... entonces»	(implicación)
«≡» = «…si y sólo si»	(equivalencia)

1.1.2.2. *Signos operadores*.- Los signos operadores se distinguen en *operadores de cuantificación* y en *operadores modales*.

1.1.2.2.1. Los operadores de cuantificación, o *cuantificadores* son signos que operan sobre expresiones del tipo indicado en 1.2.1 y en 1.2.2 trasformándolas en las proposiciones indicadas en 1.2.3. Se expresan por medio de dos símbolos: «(x)» = «para todo x vale que...» (cuantificador universal) y «(∃x)» = «existe al menos un x tal que» (cuantificador existencial).

1.1.2.2.2. Los *operadores modales* son signos que operan sobre expresiones del tipo indicado en 1.2.3. Se expresan por medio de los símbolos: M = «es posible que» y L = «es necesario que»

1.2. *Expresiones*.- Las expresiones son combinaciones de signos. Se distinguen tres tipos de expresiones «bien formadas», que subyacen a otras tantas reglas de formación: los *enunciados simples*, los *enunciados compuestos* y las *proposiciones*.

1.2.1. *Enunciados simples*.- Los enunciados simples, o *contextos*, son expresiones formadas por una constante predicativa (functor) seguida por un cierto número de variables subjetivas (argumentos). Si el predicado es functor de un solo argumento él mismo designa una «propiedad» de él y se llama *monádico*; si por el contrario es functor de dos o tres o cuatro o más argumentos, designa la«relación» binaria, o ternaria o cuaternaria que se da entre ellos, y se llama *diádico*, o *triádico* o *tetrádico* o, más genéricamente, *poliádico*. Son enunciados simples bien formados, por ejemplo, contextos como *OBBx*, que se lee «*x* es obligatorio»; *OBLyx*, que se lee «*y* es obligación de *x*»; *SOGzy*, que se lee «*z* es sujeto de *y*».Por simplicidad, convengo sin embargo en emplear, en la presente teoría, únicamente predicados monádicos o diádicos.

1.2.2. *Enunciados compuestos*.- Los enunciados compuestos son enunciados que resultan de una *conexión* de enunciados simples mediante los

signos conectivos. Son también llamados *funciones enunciativas*, dado que *su valor de verdad*, esto es su verdad o falsedad, depende del valor de verdad de las expresiones que los componen. Para indicar los enunciados parciales y a su vez compuestos que los componen, usaré el paréntesis redondo «(» y «)»: como, por ejemplo, en expresiones del tipo $«VIEx- > (PERzx \cdot \neg PERx)»$, que se lee «si x es prohibido, entonces está permitida su omisión y no está permitida su comisión».

1.2.3. *Proposiciones*.- Las proposiciones o *tesis* son expresiones resultantes de la aplicación a un enunciado de un *operador de cuantificación y* eventualmente de un *operador modal*. Son las únicas expresiones de las cuales es posible la *verificación empírica*, esto es de las cuales tiene sentido decir que son verdaderas o falsas. Tienen formas del tipo: $(x)(PERx \vee PERzx)$, $(x)(\exists y')ASPy'x$ / $(\exists y'')OBLy''x)$ o $(y')(M(\sum x)ASPy'x- > (\sum y'')(GARy''y' \cdot M(\sum x)OBLy''x))$, que respectivamente se leen: «para todas las x vale que: o x es permitida o no-x es permitida», «para todas las x vale que: decir que existe una y' que es su expectativa equivale a decir que existe una y'' que es su obligación correspondiente», y «para todas las y', si y' es expectativa de x, entonces tiene como garantía una y'' que es la obligación a ella correspondiente».

2. *Reglas de transformación*.- Las reglas de transformación, o reglas lógicas, establecen el conjunto de las *operaciones* -o *cálculo*- que pueden ser llevadas a cabo sobre las expresiones formadas en base a las reglas de formación. A diferencia de las expresiones teóricas, las fórmulas con las que se expresan carecen de sentido, siendo meras tautologías, lógicamente verdaderas cualquiera que sea el valor de verdad asociado a las expresiones que las componen.

La función de tales reglas es la de determinar las relaciones formales que por medio de los signos lógicos, cuyo uso caracterizan, pueden ser válidamente instituidas entre las expresiones; y por ello permitir la derivación de proposiciones verdaderas de otras proposiciones precedentemente aceptadas como verdaderas. Estas últimas proposiciones se llaman, una y otra vez, *premisas*; la proposición derivada se llama *conclusión* o *teorema*; la serie de las operaciones que conducen de las premisas a la conclusión se llama *demostración*. Puesto que todas las proposiciones de la teoría no introducidas axiomáticamente como postulados o como definiciones son teoremas demostrados en base a premisas, esto es a postulados o a definiciones o a teoremas ya demostrados de forma análoga, la aceptación de los postulados y de las definiciones comporta la aceptación de la verdad de todas las demás tesis de la teoría.

Distinguiré las reglas de transformación en tres clases: las del *cálculo de enunciados*, las del *cálculo de predicados*, y las del *cálculo modal*. Proporcionaré para cada una de las mismas los *axiomas* y las *reglas de inferencia*, escogidos de forma que satisfagan tres requisitos: la *independencia*, es decir su no demostrabilidad en base a otros axiomas o reglas; la *coherencia*, es decir la no demostrabilidad en base a ellas de una expresión y de su negación; la *completitud*, es decir la demostrabilidad en base a ellas de todas las expresiones lógicamente válidas. Para facilitar y simplificar el cálculo, emplearé después, además de los axiomas y de las reglas en principio suficientes para los fines de las demostraciones, también una serie de leyes lógicas derivadas de ellas.

2.1. *Reglas del cálculo de enunciados*.- Adopto como axiomas y como reglas de inferencia del cálculo de enunciados los quince axiomas del sistema de Hilbert y Bernays, idóneos para caracterizar el comportamiento de las cinco conectivas, así como las reglas llamadas de la sustitución y del reemplazo. Añado cinco grupos de leyes, derivadas de los axiomas y de las reglas ya dichas y relativas ellas también al uso de las cinco conectivas.

2.1.1. *Axiomas de la lógica de los enunciados.*

A1.1. $p -> (q -> p)$

A1.2 $(p -> (p -> q)) -> (p -> q)$

A1.3 $(p -> q) -> ((q -> m) -> (p -> m))$

A2.1 $(p \cdot q) -> p$

A2.2 $(p \cdot q) -> q$

A2.3 $(p -> q) -> ((p -> m) -> (p -> (q \cdot m))$

A3.1 $p -> (p \vee q)$

A3.2 $q -> (p \vee q)$

A3.3 $(p -> m) -> ((q -> m) -> ((p \vee q) -> m))$

A4.1 $(p \equiv q) -> (p -> q)$

A4.2 $(p \equiv q) -> (q -> p)$

A4.3 $(p -> q) -> ((q -> p) -> (p \equiv q))$

A5.1 $(p -> q) -> (\neg q -> \neg p)$

A5.2 $p -> \neg\neg p$

A5.3 $\neg\neg p -> p$

2.1.2. *Reglas de inferencia*

SOS (Regla de sustitución): Sustituyendo simultáneamente en una expresión válida H todas las menciones de una misma variable subjetiva con la misma variable subjetiva, se obtiene una nueva expresión válida *H'*, equivalente a *H*.

RIM (Regla del reemplazo): Reemplazando en el interior de una misma expresión *H* una cierta expresión *Z* con una nueva expresión *E* de la que ya

sea conocida su equivalencia con *Z*, se obtiene una expresión *H'* equivalente a la expresión dada *H*.

2.1.3. *Leyes lógicas.*

L1.1 $(p \cdot p) \equiv p$
L1.2 $(p \cdot q) \equiv (q \cdot p)$
L1.3 $(p \cdot (q \cdot m)) \equiv ((p \cdot q) \cdot m)$
L1.4 $(p \cdot (q \vee m)) \equiv ((p \cdot q) \vee (p \cdot m))$
L1.5 $(p \vee p) \equiv p$
L1.6 $(p \vee q) \equiv (q \vee p)$
L1.7 $p \vee \neg p$
L1.8 $(p \cdot q) \equiv \neg(\neg p \vee \neg q)$
L1.9 $\neg(p \vee q) \equiv (\neg p \cdot \neg q)$

L2.1 $(p \rightarrow q) \equiv (\neg p \vee q)$
L2.2 $(p \rightarrow q) \equiv \neg(p \cdot \neg q)$
L2.3 $(\neg p \rightarrow q) \equiv (p \vee q)$
L2.4 $(p \rightarrow \neg q) \equiv (\neg p \vee \neg q)$
L2.5 $(p \rightarrow \neg q) \equiv \neg(p \cdot q)$
L2.6 $(p \rightarrow \neg q) \equiv (q \rightarrow \neg p)$
L2.7 $(p \rightarrow q) \rightarrow (p \rightarrow (p \cdot q))$
L2.8 $((p \rightarrow q) \cdot p) \rightarrow q$
L2.9 $((p \rightarrow q) \cdot \neg q) \rightarrow \neg p$

L3.1 $((p \rightarrow q) \cdot (q \rightarrow m)) \rightarrow (p \rightarrow m)$
L3.2 $((p \cdot m) \rightarrow q) \rightarrow ((p \cdot m) \rightarrow (q \cdot m))$
L3.3 $(p \rightarrow ((q \cdot m) \vee (n \cdot r))) \rightarrow (p \rightarrow (q \vee n))$
L3.4 $(p \rightarrow (q \cdot m)) \equiv ((p \rightarrow q) \cdot (p \rightarrow m))$
L3.5 $(p \rightarrow (q \cdot m)) \rightarrow (p \rightarrow q)$
L3.6 $(p \rightarrow q) \rightarrow ((p \cdot m) \rightarrow q)$
L3.7 $((p \vee q) \rightarrow m) \equiv ((p \rightarrow m) \cdot (q \rightarrow m))$
L3.8 $((p \vee q) \rightarrow m) \rightarrow (p \rightarrow m)$
L3.9 $(p \rightarrow q) \rightarrow (p \rightarrow (q \vee m))$

L4.1 $(p \rightarrow (q \vee m)) \equiv ((p \cdot \neg q) \rightarrow m)$
L4.2 $((p \cdot q) \rightarrow m) \equiv (p \rightarrow (q \rightarrow m))$
L4.3 $((p \cdot q) \rightarrow m) \equiv (q \rightarrow (p \rightarrow m))$
L4.4 $(p \rightarrow q) \rightarrow ((p \cdot m) \rightarrow (q \cdot m))$
L4.5 $(p \rightarrow q) \rightarrow ((p \vee m) \rightarrow (q \vee m))$
L4.6 $(p \rightarrow q) \rightarrow (p \rightarrow (m \rightarrow q))$
L4.7 $(p \rightarrow (q \rightarrow m)) \equiv (q \rightarrow (p \rightarrow m))$
L4.8 $((p \rightarrow q) \cdot (m \rightarrow n)) \rightarrow ((p \cdot m) \rightarrow (q \cdot n))$
L4.9 $((p \rightarrow q) \cdot (m \rightarrow n)) \rightarrow ((p \vee m) \rightarrow (q \vee n))$

L5.1 $(p \equiv q) \equiv (\neg p \equiv \neg q)$

L5.2 $(p \equiv \neg q) \equiv (q \equiv \neg p)$
L5.3 $(p \equiv q) \equiv ((p \rightarrow q)\cdot(q \rightarrow p))$
L5.4 $((p \equiv q)\cdot(q \equiv m)) \rightarrow (p \equiv m)$
L5.5 $(p \equiv q) \rightarrow ((p\cdot m) \equiv (q\cdot m))$
L5.6 $(p \equiv q) \rightarrow ((p \vee m) \equiv (q \vee m))$
L5.7 $(p \equiv q) \rightarrow ((p \equiv m) \equiv (q \equiv m))$
L5.8 $((p \equiv q)\cdot(m \equiv n)) \rightarrow ((p\cdot m) \equiv (q\cdot n))$
L5.9 $((p \equiv q)\cdot(m \equiv n)) \rightarrow ((p \vee m) \equiv (q \vee n))$

2.2. *Reglas de la lógica de predicados*

2.2.1. *Axiomas de la lógica de predicados*.- Adopto como axiomas del cálculo de predicados dos axiomas y dos reglas, que caracterizan el uso de los dos cuantificadores; y como leyes lógicas cuatro grupos de tesis relativas respectivamente a su negación, distribución, limitación e implicación:

A6 (EU) $(x)Px \rightarrow Px$ (ejemplificación universal)

A7 (GE) $Px \rightarrow (\sum x)Px$ (generalización existencial)

A8 (EE) $(\sum x)Px \rightarrow Px$ (ejemplificación existencial)

A9 (GU) $Px \rightarrow (x)Px$ (generalización universal)

Las reglas A8 y A9 son aplicables con dos órdenes de restricciones: la EE sólo si la variable liberada en base a ella viene después sucesivamente cuantificada con la aplicación de la GE; la GU sólo si la variable cuantificada en base a ella había sido anteriormente liberada con la aplicación de la EU.

2.2.3. *Leyes lógicas*

L6.1 $(x)Px \equiv \neg(\sum x)\neg Px$
L6.2 $(x)\neg Px \equiv \neg(\sum x)Px$
L6.3 $\neg(x)Px \equiv (\sum x)\neg Px$
L6.4 $\neg(x)\neg Px \equiv (\sum x)Px$

L7.1 $(x)(Px\cdot Qx) \equiv ((x)Px\cdot(x)Qx)$
L7.2 $(\sum x)(Px\cdot Qx) \rightarrow ((\sum x)Px\cdot(\sum x)Qx)$
L7.3 $(\sum x)(Px \vee Qx) \equiv ((\sum x)Px \vee (\sum x)Qx)$
L7.4 $((x)Px \vee (x)Qx) \rightarrow (x)(Px \vee Qx)$
L7.5 $((\sum x)Px \rightarrow (x)Qx) \rightarrow (x)(Px \rightarrow Qx)$
L7.6 $(x)(Px \rightarrow Qx) \rightarrow ((x)Px \rightarrow (x)Qx)$
L7.7 $(x)(Px \rightarrow Qx) \rightarrow ((\sum x)Px \rightarrow (\sum x)Qx)$
L7.8 $((\sum x)Px \rightarrow (\sum x)Qx) \rightarrow (\sum x)(Px \rightarrow Qx)$
L7.9 $(x)(Px \equiv Qx) \rightarrow ((\sum x)Px \equiv (\sum x)Qx)$

L8.1 $(x)(P\cdot Qx) \equiv (P\cdot(x)Qx)$
L8.2 $(\sum x)(P\cdot Qx) \equiv (P\cdot(\sum x)Qx)$
L8.3 $(x)(P \vee Qx) \equiv (P \vee (x)Qx)$
L8.4 $(\sum x)(P \vee Qx) \equiv (P \vee (\sum x)Qx)$

L8.5 $(x)(P \rightarrow Qx) \equiv (P \rightarrow (x)Qx)$
L8.6 $(\Sigma x)(P \rightarrow Qx) \equiv (P \rightarrow (\Sigma x)Qx)$
L8.7 $(x)(Qx \rightarrow P) \equiv ((\Sigma x)Qx \rightarrow P)$
L8.8 $(\Sigma x)(Qx \rightarrow P) \equiv ((x)Qx \rightarrow P)$
L8.9 $(\Sigma x)(Px \cdot Qx) \rightarrow (\Sigma x)Px$

2.3. *Reglas de la lógica modal*.- Adopto como axiomas del cálculo modal, idóneos para caracterizar el comportamiento de los dos operadores modales, seis axiomas -de los que los cinco primeros corresponden al sistema *S5* de G. E. Hughes y M. J. Cresswell, y el sexto a la fórmula de R. C. Barcan. Añado un séptimo axioma (A/6), que es un axioma específico de la presente teoría y que equivale en realidad a un esquema de postulado de nivel, respecto a los otros, metateórico: en base a él, para los términos de la teoría usados bien como monádicos bien como diádicos vale que, allí donde sean predicados como propiedad de un argumento, lo son también como relaciones con otro posible argumento, y viceversa:

2.3.1 *Axiomas del cálculo modal.*

A10 $p \rightarrow Mp$
A11 $M(p \cdot q) \rightarrow Mp$
A12 $(p \rightarrow q) \rightarrow (Mp \rightarrow Mq)$
A13 $MMp \rightarrow Mp$
A14 $Mp \rightarrow LMp$
A15 $(x)LPx \rightarrow L(x)Px$
A16 $(y)(Py \equiv M(\Sigma x)Pyx)$

2.3.2. *Leyes lógicas del cálculo modal.*

L9.1 $M(p \cdot q) \rightarrow (Mp \cdot Mq)$
L9.2 $(p \rightarrow q) \rightarrow (Mp \rightarrow Mq)$
L9.3 $(Mp \rightarrow q) \rightarrow (p \rightarrow q)$
L9.4 $(\Sigma x)MPx \equiv M(\Sigma x)Px$
L9.5 $M(\Sigma x)(Px \cdot Qx) \rightarrow (M(\Sigma x)Px \cdot M(\Sigma x)Qx)$
L9.6 $M(\Sigma x)(Px \cdot Qx) \rightarrow M(\Sigma x)Px$
L9.7 $(x)(Px \rightarrow Qx) \rightarrow (M(\Sigma x)Px \rightarrow M(\Sigma x)Qx)$
L9.8 $M(\Sigma x)(Px \vee Qx) \equiv (M(\Sigma x)Px \vee M(\Sigma x)Qx)$
L9.9 $Pxy \rightarrow Px$

Las tesis de la teoría

1. Postulados

P1 $(x)(PERx \vee PERzx)$
P2 $(x)((\Sigma y')ASPy'x \equiv (\Sigma y'')(MODy''x \cdot \neg PERzx))$
P3 $(y)((MODy \vee ASPy) \rightarrow (\Sigma z)SOGzy)$

2. *Definiciones*

D1 $(x)(FCOx \equiv (PERx \cdot PERzx))$

D2 (x)(VIEx ≡ (PERzx·¬PERx))
D3 (x)(OBBx ≡ (PERx·¬PERzx))
D4 (y)(x)(PEMyx ≡ (MODyx·PERx))
D5 (y)(x)(PEMyzx ≡ (MODyx·PERzx))
D6 (y)(x)(FACyx ≡ (MODyx·FCOx))
D7 (y)(x)(OBLyx ≡ (MODyx·OBBx))
D8 (y)(x)(DIVyx ≡ (MODyx·VIEx))
D9 (z)(y)(TITzy ≡ (SOGzy·(MODy v ASPy)))
D10 (z')(z")(RADz'z" ≡ (∑y')(∑y")(TITz'y'·TITz"y"·
M(∑x)(ASPy'x·OBLy"x)))
D11 (y")(y')(GARy"y' ≡ M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x))

3. *Teoremas*

T1 (x)(PERx ≡ ¬VIEx) P1,D2

Demostración:

1.	(x)(PERx v PERzx)	P1
2.	(x)(VIEx ≡ (PERzx·¬PERx))	D2
3.	PERx v PERzx	1/EU(x)
4.	VIEx ≡ (PERzx·¬PERx)	2/EU(x)
5.	VIEx -> (PERzx·¬PERx)	4/A4.1
6.	VIEx -> ¬PERx	5/L3.5
7.	(PERzx·¬PERx) -> VIEx	3/A4.2
8.	PERzx -> (¬PERx -> VIEx)	7/L4.2
9.	¬PERx -> PERzx	3/L2.3
10.	¬PERx -> (¬PERx -> VIEx)	9,8/L3.1
11.	¬PERx ->VIEx	10/A1.2
12.	VIEx ≡ ¬PERx	6,11/L5.3
13.	PERx ≡ ¬VIEx	12/L5.2
14.	(x)(PERx ≡ ¬VIEx)	13/GU(x)

T2 (x)(PERx ≡ ¬OBBzx) P1,D3

Demostración:

1.	(x)(PERx v PERzx)	P1
2.	(x)(OBBx ≡ (PERx·¬PERzx))	D3
3.	(x)(OBBzx ≡ (PERzx·¬PERx))	2/SOS(x/zx)
4.	PERx v PERzx	1/EU(x)
5.	OBBzx ≡ (PERzx·¬PERx)	3/EU(x)
6.	OBBzx -> (PERzx·¬PERx)	5/A4.1
7.	OBBzx -> ¬PERx	6/L3.5
8.	(PERzx·¬PERx) -> OBBzx	5/A4.2
9.	PERzx -> (¬PERx -> OBBzx)	8/L4.2
10.	¬PERx -> PERzx	4/L2.3

11. ¬PERx -> (¬PERx -> OBBzx)	9,10/L3.1
12. ¬PERx ->OBBzx	11/A1.2
13. OBBzx ≡ ¬PERx	7,12/L5.3
14. PERx ≡ ¬OBBzx	13/L5.2
15. (x)(PERx ≡ ¬OBBzx)	14/GU(x)
T3 (x)(PERzx ≡ ¬OBBx)	T2/SOS(x/zx)
T4 (x)(PERzx ≡ ¬VIEzx)	T1/SOS(x/zx
T5 (x)(VIEx ≡ ¬PERx)	T1/L5.2
T6 (x)(VIEx ≡ OBBzx)	T5,T2
Demostración:	
1. (x)(VIEx ≡ ¬PERx)	T5
2. (x)(PERx ≡ ¬OBBzx)	T2
3. VIEx ≡ ¬PERx	1/EU(x)
4. PERx ≡ ¬OBBzx	2/EU(x)
5. OBBzx ≡ ¬PERx	4/L5.2
6. VIEx ≡ OBBzx	3,5/L5.4
7. (x)(VIEx ≡ OBBzx)	3,5/L5.4
T7 (x)(OBBx ≡ ¬PERzx)	T2/L5.2
T8 (x)(OBBx ≡ VIEzx)	T6/SOS(x/zx)
T9 (x)(FCOx ≡ FCOzx)	D1
Demostración:	
1. (x)(FCOx ≡ (PERx·PERzx))	D1
2. (x)(FCOzx ≡ (PERzx·PERx))	1/SOS(x/zx)
3. (x)(FCOzx ≡ (PERx·PERzx))	2/L1.2
4. (x)(FCOx ≡ FCOzx)	1,3/L5.4
T10 (y)(x)(FACyx ≡ (PEMyx·PEMyzx))	D4,D5,D6,D1
Demostración:	
1. (y)(x)(PEMyx ≡ (MODyx·PERx))	D4
2. (y)(x)(PEMyzx ≡ (MODyx·PERzx))	D5
3. (y)(x)(FACyx ≡ (MODyx·FCOx))	D6
4. (x)(FCOx ≡ (PERx·PERzx))	D1
5. FACyx ≡ (MODyx·PERx·PERzx)	3,4/EU(y,x), RIM
6. FACyx ≡ ((MODyx·PERx)·(MODyx·PERzx)	5/L1.1, L1.3
7. (y)(x)(FACyx ≡ (PEMyx·PEMyzx))	6,2,3/RIM, GU(y,x)
T11 (y)(x)(OBLyx ≡ (PEMyx·¬PEMyzx))	D4,D5,D7,D3
Demostración:	
1. (y)(x)(PEMyx ≡ (MODyx·PERx))	D4
2. (y)(x)(PEMyzx ≡ (MODyx·PERzx))	D5

3.	(y)(x)(OBLyx ≡ (MODyx·OBBx))	D7
4.	(y)(x)(OBBx ≡ (PERx·¬PERzx))	D3
5.	PEMyx ≡ (MODyx·PERx)	1/EU(y,x)
6.	PEMyzx ≡ (MODyx·PERzx)	2/EU(y,x)
7.	OBLyx ≡ (MODyx·OBBx)	3/EU(y,x)
8.	OBBx ≡ (PERx·¬PERzx)	4/EU(y,x)
9.	OBLyx ≡ (MODyx·PERx·¬PERzx)	7,8/RIM
10.	OBLyx -> (MODyx·PERx)	9/A4.1,L3.5
11.	OBLyx -> PEMyx	10,5/RIM
12.	OBLyx -> ¬PERzx	9/A4.1,L3.5
13.	(OBLyx·MODyx) -> ¬PERzx	12/L3.6
14.	OBLyx -> (MODyx -> ¬PERzx)	13/L4.2
15.	PEMyzx -> (MODyx·PERzx)	6/A4.1
16.	¬(MODyx·PERzx) -> ¬PEMyzx	15/A5.1
17.	(MODyx -> ¬PERzx) -> ¬PEMyzx	16/L2.5
18.	OBLyx -> ¬PEMyzx	14,17/L3.1
19.	OBLyx -> (PEMyx·¬PEMyzx)	11,18/L3.4
20.	(MODyx·PERx·¬PERzx) -> OBLyx	9/A4.2
21.	(PEMyx·¬PERzx) -> OBLyx	20,5/RIM
22.	¬PERzx -> (PEMyx -> OBLyx)	21/L4.3
23.	(MODyx·PERzx) -> PEMyzx	6 A4.2
24.	¬PEMyzx -> ¬(MODyx·PERzx)	23/A5.1
25.	¬PEMyzx -> (MODyx -> ¬PERzx)	24/L2.5
26.	(MODyx·¬PEMyzx) -> ¬PERzx	25/L4.2
27.	(MODyx·¬PEMyzx) -> (PEMyx -> OBLyx)	26,22/L3.1
28.	(PEMyx·MODyx·¬PEMyzx) -> OBLyx	27/L4.2
29.	MODyx -> ((PEMyx·¬PEMyzx) -> OBLyx)	28/L4.2
30.	PEMyx -> MODyx	5/A4.1,L3.5
31.	PEMyx -> ((PEMyx·¬PEMyzx) -> OBLyx)	30,29/L3.1
32.	(PEMyx·PEMyx·¬PEMyzx) -> OBLyx	31/L4.2
33.	(PEMyx·¬PEMyzx) -> OBLyx	32/L1.1
34.	(x)(OBLyx ≡ (PEMyx·¬PEMyzx)	19,33/L5.3,GU(x)

T12 (y)(x)(DIVyx ≡ (PEMyzx·¬PEMyx)) D4,D5,D8,D2

(La demostración es análoga a la de la T11)

T13 (y)(x)(PEMyx ≡ (FACyx v OBLyx)) D4,D6,D7,D1,D3

Demostración:

1.	(y)(x)(PEMyx ≡ (MODyx·PERx))	D4
2.	(y)(x)(FACyx ≡ (MODyx·FCOx))	D6
3.	(y)(x)(OBLyx ≡ (MODyx·OBBx))	D7
4.	(x)(FCOx ≡ (PERx·PERzx))	D1

5. (x)(OBBx ≡ (PERx·¬PERzx))	D3
6. PEMyx ≡ (MODyx·PERx)	1/EU(y,x)
7. FACyx ≡ (MODyx·FCOx)	2/EU(y,x)
8. OBLyx ≡ (MODyx·OBBx)	3/EU(y,x)
9. FCOx ≡ (PERx·PERzx)	4/EU(x)
10. OBBx ≡ (PERx·¬PERzx)	5/EU(x)
11. FACyx ≡ (MODyx·PERx·PERzx)	7,9/RIM
12. OBLyx ≡ (MODyx·PERx·¬PERzx)	8,10/RIM
13. FACyx -> (MODyx·PERx)	11/A4.1,L3.5
14. OBLyx -> (MODyx·PERx)	12/A4.1,L3.5
15. (FACyx v OBLyx) -> (MODyx·PERx)	13,14/L3.7
16. (FACyx v OBLyx) -> PEMyx	15,6/RIM
17. (MODyx·PERx·PERzx) -> FACyx	11/A4.2
18. (MODyx·PERx·¬PERzx) -> OBLyx	12/A4.2
19. ((MODyx·PERx·PERzx) v (MODyx·PERx·¬PERzx)) -> (FACyx v OBLyx)	17,18/L4.9
20. (MODyx·PERx·(PERzx v ¬PERzx)) -> (FACyx v OBLyx)	19/L1.4
21. (PEMyx·(PERzx v ¬PERzx)) -> (FACyx v OBLyx)	20,6/RIM
22. (PERzx v ¬PERzx) -> (PEMyx -> (FACyx v OBLyx))	21/L4.2
23. (PERzx v ¬PERzx)	L1.7
24. PEMyx -> (FACyx v OBLyx)	22,23/L2.8
25. PEMyx ≡ (FACyx v OBLyx)	24,16/L5.3
26. (y)(x)(PEMyx ≡ (FACyx v OBLyx))	25/GU(y,x)

T14 (y)(x)(PEMyzx ≡ (FACyx v DIVyx)) — D5,D6,D8,D1,D2

(La demostración es análoga a la de T13)

T15 (y)(x)(FACyx -> (¬OBLyx.¬DIVyx)) — T10,T11,T12

Demostración:

1. (y)(x)(FACyx ≡ (PEMyx·PEMyzx))	T10
2. (y)(x)(OBLyx ≡ (PEMyx·¬PEMyzx))	T11
3. (y)(x)(DIVyx ≡ (PEMyzx·¬PEMyx))	T12
4. FACyx -> PEMyzx	1/EU(y,x), A4.1, L3.5
5. OBLyx -> ¬PEMyzx	2/EU(y,x), A4.1, L3.5
6. PEMyzx -> ¬OBLyx	5/L2.6
7. FACyx -> ¬OBLyx	4,6/L3.1
8. FACyx -> PEMyx	1/EU(y,x), A4.1, L3.5
9. DIVyx -> ¬PEMyx	3/EU(y,x), A4.1, L3.5
10. PEMyx -> ¬DIVyx	9/L2.6
11. FACyx -> ¬DIVyx	8,10/L3.1
12. (y)(x)(FACyx -> (¬OBLyx·¬DIVyx))	7,11/L3.4, GU(y,x)

T16	(y)(x)(OBLyx -> (¬FACyx·¬DIVyx))	T15,T11,T12
	Demostración:	
1.	(y)(x)(FACyx -> (¬OBLyx·¬DIVyx))	T15
2.	(y)(x)(OBLyx ≡ (PEMyx·¬PEMyzx))	T11
3.	(y)(x)(DIVyx ≡ (PEMyzx·¬PEMyx))	T12
4.	FACyx -> ¬OBLyx	1/EU(y,x), L3.5
5.	OBLyx -> ¬FACyx	4/L2.6
6.	OBLyx -> PEMyx	2/EU(y,x), A4.1, L3.5
7.	DIVyx -> ¬PEMyx	3/EU(y,x), A4.1, L3.5
8.	PEMyx -> ¬DIVyx	7/L2.6
9.	OBLyx -> ¬DIVyx	6,8/L3.1
10.	(y)(x)(OBLyx -> (¬FACyx·¬DIVyx))	5,8/L3.4, GU(y,x)
T17	(y)(x)(DIVyx -> (¬FACyx·¬OBLyx))	T15,T16/L3.4,L2.6,L3.5
T18	(y)(x)(PEMyx -> ¬DIVyx)	T13,T17
	Demostración:	
1.	(y)(x)(PEMyx ≡ (FACyx v OBLyx))	T13
2.	(y)(x)(DIVyx -> (¬FACyx·¬OBLyx))	T17
3.	PEMyx ≡ (FACyx v OBLyx)	1/EU(y,x)
4.	DIVyx -> (¬FACyx·¬OBLyx)	2/EU(y,x)
5.	PEMyx -> (FACyx v OBLyx)	3/A4.1
6.	DIVyx -> ¬(FACyx v OBLyx)	4/L1.9
7.	(FACyx v OBLyx) -> ¬DIVyx	6/L2.6
8.	PEMyx -> ¬DIVyx	5,7/L3.1
9.	(y)(x)(PEMyx -> ¬DIVyx)	8/GU(y,x)
T19	(y)(x)(PEMyzx -> ¬OBLyx)	T14,T16
	(La demostración es análoga a la de T18)	
T20	(y)(x)(MODyx ≡ (PEMyx v PEMyzx))	D4,D5,P1
	Demostración:	
1.	(y)(x)(PEMyx ≡ (MODyx·PERx))	D4
2.	(y)(x)(PEMyzx ≡ (MODyx·PERzx))	D5
3.	(x)(PERx v PERzx)	P1
4.	PEMyx ≡ (MODyx·PERx)	1/EU(y,x)
5.	PEMyzx ≡ (MODyx·PERzx)	2/EU(y,x)
6.	PERx v PER¬	3/EU(x)
7.	(PEMyx v PEMyzx) ≡ ((MODyx·PERx) v PEMyzx)	4/L5.6
8.	(PEMyx v PEMyzx) ≡ ((MODyx·PERx) v (MODyx·PERzx))	7,5/RIM
9.	(PEMyx v PEMyzx) ≡ (MODyx·(PERx v PERzx))	8/L1.4
10.	(PEMyx v PEMyzx)->MODyx	9/A4.1,L3.5
11.	(MODyx·(PERx v PERzx)) -> (PEMyx v PEMyzx)	9/A4.2
12.	(PERx v PERzx) -> (MODyx -> (PEMyx v PEMyzx))	10/L4.3

13. MODyx -> (PEMyx v PEMyzx)	6,12/L2.8
14. (y)(x)(MODyx ≡ (PEMyx v PEMyzx))	13,10/L5.3,GU(y,x)
T21 (y)(x)(MODyx ≡ (FACyx v OBLyx v DIVyx))	T20,T13,T14/RIM,L1.5
T22 (y)(x)(MODyx ≡ MODyzx)	T20
Demostración:	
1. (y)(x)(MODyx ≡ (PEMyx v PEMyzx))	T20
2. MODyx ≡ (PEMyx v PEMyzx)	1/EU(y,x)
3. MODyzx ≡ (PEMyzx v PEMyx)	2/SOS(x/zx)
4. (PEMyx v PEMyzx) ≡ (PEMyzx v PEMyx)	L1.6
5. MODyx ≡ MODyzx	2,4,3/L5.4
6. (y)(x)(MODyx ≡ MODyzx)	5/GU(y,x)
T23 (y)(x)(OBLyx ≡ DIVyzx)	T12,T11
Demostración:	
1. (y)(x)(DIVyx ≡ (PEMyzx·¬PEMyx))	T12
2. (y)(x)(OBLyx ≡ (PEMyx·¬PEMyzx))	T11
3. DIVyx ≡ (PEMyzx·¬PEMyx)	1/EU(y,x)
4. OBLyx ≡ (PEMyx·¬PEMyzx)	2/EU(y,x)
5. DIVyzx ≡ (PEMyx·¬PEMyzx)	3/SOS(x/zx)
6. OBLyx ≡ DIVyzx	4,5/L5.4
7. (y)(x)(OBLyx ≡ DIVyzx)	6/GU(y,x)
T24 (y)(x)(DIVyx ≡ OBLyzx)	T11,T12
Demostración:	
1. (y)(x)(OBLyx ≡ (PEMyx·¬PEMyzx))	T11
2. (y)(x)(DIVyx ≡ (PEMyzx·¬PEMyx))	T12
3. OBLyx ≡ (PEMyx·¬PEMyzx)	1/EU(y,x)
4. DIVyx ≡ (PEMyzx·¬PEMyx)	2/EU(y,x)
5. OBLyzx ≡ (PEMyzx·¬PEMyx)	3/SOS(x/zx)
6. DIVyx ≡ OBLyzx	4,5/L5.4
7. (y)(x)(DIVyx ≡ OBLyzx)	6/GU(y,x)
T25 (y)(x)(FACyx ≡ FACyzx)	T10
Demostración:	
1. (y)(x)(FACyx ≡ (PEMyx·PEMyzx))	T10
2. FACyx ≡ (PEMyx·PEMyzx)	1/EU(y,x)
3. FACyzx ≡ (PEMyzx·PEMyx)	2/SOS(x/zx)
4. (PEMyx·PEMyzx) ≡ (PEMyzx·PEMyx)	L1.2
5. FACyx ≡ FACyzx	2,4,3/L5.4
6. (y)(x)(FACyx ≡ FACyzx)	5/GU(y,x)

T26 (x)((∑y')ASPy'zx ≡ (∑y")(MODy"x·¬PERx)) P2,T22

Demostración:

1. (x)((∑y')ASPy'x ≡ (∑y")(MODy"x·¬PERzx)) P2
2. (y)(x)(MODyx ≡ MODyzx) T22
3. (x)((∑y')ASPy'zx ≡ (∑y")(MODy"zx·¬PERx)) 1/SOS(x/zx)
4. MODyx ≡ MODyzx 2/EU(y,x)
5. (x)((∑y')ASPy'zx ≡ (∑y")(MODy"x·¬PERx)) 3,4/RIM

T27 (x)(¬(∑y)ASPyx v ¬(∑y)ASPyzx) P1,P2,T22

Demostración:

1. (x)(PERx v PERzx) P1
2. (x)((∑y')ASPy'x ≡ (∑y")(MODy"x·¬PERzx)) P2
3. (y)(x)(MODyx ≡ MODyzx) T22
4. (x)((∑y')ASPy'zx ≡ (∑y")(MODy"zx·¬PERx)) 2/SOS(x/zx)
5. PERx v PERzx 1/EU(x)
6. (∑y')ASPy'x ≡ (∑y")(MODy"x·¬PERzx) 2/EU(x)
7. MODyx ≡ MODyzx 3/EU(y,x)
8. (∑y')ASPy'zx ≡ (∑y")(MODy"zx·¬PERx) 4/EU(x)
9. ¬PERx -> PERzx 5/L2.3
10. (MODy"x·¬PERx) -> (MODy"x·PERzx) 9/L4.4
11. (y")((MODy"x·¬PERx) -> (MODy"x·PERzx)) 10/GU(y")
12. (∑y")(MODy"x·¬PERx) -> (∑y")(MODy"x·PERzx) 11/L7.7
13. (∑y')ASPy'zx ≡ (∑y")(MODy"x·¬PERx) 8,7/RIM
14. (∑y')ASPy'zx -> (∑y")(MODy"x·PERzx) 12,13/RIM
15. (∑y')ASPy'zx -> ((∑y")MODy"x·PERzx) 14/L8.2
16. (∑y')ASPy'zx -> PERzx 15/L3.5
17. ¬PERzx -> ¬(∑y')ASPy'zx 16/A5.1
18. (MODy"x·¬PERzx) -> ¬(∑y')ASPy'zx 17/L3.6
19. (y")((MODy"x·¬PERzx) -> ¬(∑y')ASPy'zx) 18/GU(y")
20. (∑y")(MODy"x·¬PERzx) -> ¬(∑y')ASPy'zx 19/L8.7
21. (∑y')ASPy'x -> ¬(∑y')ASPy'zx 20,6/RIM
22. ¬(∑y')ASPy'x v ¬(∑y')ASPy'zx 21/L2.4
23. (x)(¬(∑y)ASPyx v ¬(∑y)ASPyzx) 22/GU(x),SOS(y'/y)

T28 (y)(x)(ASPyx -> ¬ASPyzx) T27

Demostración:

1. (x)(¬(∑y)ASPyx v ¬(∑y)ASPyzx) T27
2. ¬(∑y)ASPyx v ¬(∑y)ASPyzx 1/EU(x)
3. (∑y)ASPyx -> ¬(∑y)ASPyzx 2/L2.4
4. (∑y)ASPyx -> (y)¬ASPyzx 3/L6.2
5. (y)(ASPyx -> ¬ASPyzx) 4/L7.5
6. (y)(x)(ASPyx -> ¬ASPyzx) 5/GU(x)

20. ¬(∑y')ASPy'x ≡ (y")¬(MODy"x·¬PEMy"zx) 19/L6.2
21. ¬(∑y')ASPy'x ≡ (y")(MODy"x -> PEMy"zx) 20/L2.2
22. (x)(¬(∑y')ASPy'x ≡ (y")(MODy"x -> PEMy"zx)) 21/GU(x)

T36 (x)(¬(∑y')ASPy'zx ≡ (y")(MODy"x -> PEMy"x)) T34,T18,T21,T14
(La demostración es análoga a la de T35)

T37 (x)(¬(∑y')(ASPy'x v ASPy'zx) ≡ (y")(MODy"x -> FACy"x)) T35,T36,T10

Demostración:

1. (x)(¬(∑y')ASPy'x ≡ (y")(MODy"x -> PEMy"zx)) T35
2. (x)(¬(∑y')ASPy'zx ≡ (y")(MODy"x -> PEMy"x)) T36
3. (y")(x)(FACy"x ≡ (PEMy"x·PEMy"zx)) T10
4. ¬(∑y')ASPy'x ≡ (y")(MODy"x -> PEMy"¬) 1/EU(x)
5. ¬(∑y')ASPy'zx ≡ (y")(MODy"x -> PEMy"x) 2/EU(x)
6. xFACy"x ≡ (PEMy"x·PEMy"zx) 3/EU(y"x)
7. (¬(∑y')ASPy'x·¬(∑y')ASPy'zx) ≡ ((y")(MODy"x -> PEMy"zx)·(y")(MODy"x -> PEMy"x)) 4,5/L5.8
8. (¬(∑y')ASPy'x·¬(∑y')ASPy'zx) ≡ (y")(MODy"x -> (PEMy"zx·PEMy"x)) 7/L7.1,L3.4
9. (¬(∑y')ASPy'x·¬(∑y')ASPy'zx) ≡ (y")(MODy"x -> FACy"x) 8,6/RIM
10. ¬((∑y')ASPy'x v (∑y')ASPy'zx) ≡ (y")(MODy"x -> FACy"x) 9/L1.9
11. ¬(∑y')(ASPy'x v ASPy'zx) ≡ (y")(MODy"x -> FACy"x) 10/L7.3
12. (x)(¬(∑y')(ASPy'x v ASPy'zx) ≡ (y")(MODy"x -> FACy"x)) 11/GU(x)

T38 (x)((y")FACy"x -> ¬(∑y')(ASPy'x v ASPy'zx)) T37

Demostración:

1. (x)(¬(∑y')(ASPy'x v ASPy'zx) ≡ (y")(MODy"x -> FACy"x)) T37
2. ¬(∑y')(ASPy'x v ASPy'zx) ≡ (y")(MODy"x -> FACy"x)) 1/EU(x)
3. (y")(MODy"x -> FACy"x)) -> ¬(∑y')(ASPy'x v ASPy'zx) 2/A4.2
4. (y")(¬MODy"x v FACy"x) -> ¬(∑y')(ASPy'x v ASPy'zx) 3/L2.1
5. ((y")¬MODy"x v (y")FACy"x) -> (y")(¬MODy"x v FACy"x) L7.4
6. ((y")¬MODy"x v (y")FACy"x) -> ¬(∑y')(ASPy'x v ASPy'zx) 5,4/L3.1
7. (y")FACy"x -> ¬(∑y')(ASPy'x v ASPy'zx) 6/L3.8
8. (x)((y")FACy"x -> ¬(∑y')(ASPy'x v ASPy'zx)) 7/GU(x)

T39 (x)((y")FACy"x -> (¬(∑y')ASPy'x·¬(∑y')ASPy'zx)) T38

Demostración:

1. (x)((y")FACy"x -> (¬(∑y')ASPy'x v ASPy'zx)) T38
2. (x)((y")FACy"x -> (y')¬(ASPy'x v ASPy'zx)) 1/L6.2
3. (x)((y")FACy"x -> (y')(¬ASPy'x¬ASPy'zx)) 2/L1.9
4. (x)((y")FACy"x -> ((y')¬ASPy'x·(y')¬ASPy'zx)) 3/L7.1
5. (x)((y")FACy"x -> (¬(∑y')ASPy'x·¬(∑y')ASPy'zx)) 4/L6.2

20. ¬(∑y')ASPy'x ≡ (y")¬(MODy"x·¬PEMy"zx) 19/L6.2
21. ¬(∑y')ASPy'x ≡ (y")(MODy"x -> PEMy"zx) 20/L2.2
22. (x)(¬(∑y')ASPy'x ≡ (y")(MODy"x -> PEMy"zx)) 21/GU(x)

T36 (x)(¬(∑y')ASPy'zx ≡ (y")(MODy"x -> PEMy"x)) T34,T18,T21,T14
(La demostración es análoga a la de T35)

T37 (x)(¬(∑y')(ASPy'x v ASPy'zx) ≡ (y")(MODy"x -> FACy"x)) T35,T36,T10

Demostración:

1. (x)(¬(∑y')ASPy'x ≡ (y")(MODy"x -> PEMy"zx)) T35
2. (x)(¬(∑y')ASPy'zx ≡ (y")(MODy"x -> PEMy"x)) T36
3. (y")(x)(FACy"x ≡ (PEMy"x·PEMy"zx)) T10
4. ¬(∑y')ASPy'x ≡ (y")(MODy"x -> PEMy"¬) 1/EU(x)
5. ¬(∑y')ASPy'zx ≡ (y")(MODy"x -> PEMy"x) 2/EU(x)
6. xFACy"x ≡ (PEMy"x·PEMy"zx) 3/EU(y"x)
7. (¬(∑y')ASPy'x·¬(∑y')ASPy'zx) ≡ ((y")(MODy"x -> PEMy"zx)·(y")(MODy"x -> PEMy"x)) 4,5/L5.8
8. (¬(∑y')ASPy'x·¬(∑y')ASPy'zx) ≡ (y")(MODy"x -> (PEMy"zx·PEMy"x)) 7/L7.1,L3.4
9. (¬(∑y')ASPy'x·¬(∑y')ASPy'zx) ≡ (y")(MODy"x -> FACy"x) 8,6/RIM
10. ¬((∑y')ASPy'x v (∑y')ASPy'zx) ≡ (y")(MODy"x -> FACy"x) 9/L1.9
11. ¬(∑y')(ASPy'x v ASPy'zx) ≡ (y")(MODy"x -> FACy"x) 10/L7.3
12. (x)(¬(∑y')(ASPy'x v ASPy'zx) ≡ (y")(MODy"x -> FACy"x)) 11/GU(x)

T38 (x)((y")FACy"x -> ¬(∑y')(ASPy'x v ASPy'zx)) T37

Demostración:

1. (x)(¬(∑y')(ASPy'x v ASPy'zx) ≡ (y")(MODy"x -> FACy"x)) T37
2. ¬(∑y')(ASPy'x v ASPy'zx) ≡ (y")(MODy"x -> FACy"x)) 1/EU(x)
3. (y")(MODy"x -> FACy"x)) -> ¬(∑y')(ASPy'x v ASPy'zx) 2/A4.2
4. (y")(¬MODy"x v FACy"x) -> ¬(∑y')(ASPy'x v ASPy'zx) 3/L2.1
5. ((y")¬MODy"x v (y")FACy"x) -> (y")(¬MODy"x v FACy"x) L7.4
6. ((y")¬MODy"x v (y")FACy"x) -> ¬(∑y')(ASPy'x v ASPy'zx) 5,4/L3.1
7. (y")FACy"x -> ¬(∑y')(ASPy'x v ASPy'zx) 6/L3.8
8. (x)((y")FACy"x -> ¬(∑y')(ASPy'x v ASPy'zx)) 7/GU(x)

T39 (x)((y")FACy"x -> (¬(∑y')ASPy'x·¬(∑y')ASPy'zx)) T38

Demostración:

1. (x)((y")FACy"x -> (¬(∑y')ASPy'x v ASPy'zx)) T38
2. (x)((y")FACy"x -> (y')¬(ASPy'x v ASPy'zx)) 1/L6.2
3. (x)((y")FACy"x -> (y')(¬ASPy'x¬ASPy'zx)) 2/L1.9
4. (x)((y")FACy"x -> ((y')¬ASPy'x·(y')¬ASPy'zx)) 3/L7.1
5. (x)((y")FACy"x -> (¬(∑y')ASPy'x·¬(∑y')ASPy'zx)) 4/L6.2

T40 (x)((∑z')(∑y')(TITz'y'·ASPy'x) ≡ (∑z")(∑y")(TITz"y"·OBLy"x))
T31,P3,D9,T21

Demostración:

1.	(x)((∑y')ASPy'x ≡ (∑y")OBLy"x)	T31
2.	(y)((MODy v ASPy) -> (∑z)SOGzy)	P3
3.	(z)(y)(TITzy ≡ (SOGzy·(MODy v ASPy)))	D9
4.	(y)(x)(MODyx ≡ (FACyx v OBLyx v DIVyx))	T21
5.	(∑y')ASPy'x ≡ (∑y")OBLy"x	1/EU(x)
6.	(MODy v ASPy) -> (∑z)SOGzy	2/EU(y)
7.	TITzy ≡ (SOGzy·(MODy v ASPy))	3/EU(z,y)
8.	MODyx ≡ (FACyx v OBLyx v DIVyx)	4/EU(y,x)
9.	(∑y')ASPy'x -> (∑y")OBLy"x	5/A4.1
10.	MODy -> (∑z)SOGzy	6/L3.8
11.	MODy -> (∑z)(SOGzy·MODy)	10/L2.7,L8.2
12.	(SOGzy·(MODy v ASPy)) -> TITzy	7/A4.2
13.	(SOGzy·MODy) -> TITzy	12/L1.4,L3.8
14.	(z)((SOGzy·MODy) -> TITzy)	13/GU(z)
15.	(∑z)(SOGzy·MODy) -> (∑z)TITzy	14/L7.7
16.	MODy -> (∑z)TITzy	11,15/L3.1
17.	MODyx -> MODy	L9.9
18.	OBLyx -> MODyx	8/A4.2,L3.8
19.	OBLyx -> MODy	18,17/L3.1
20.	OBLyx -> (∑z)TITzy	19,16/L3.1
21.	OBLyx -> ((∑z)TITzy·OBLyx)	20/L2.7
22.	OBLyx -> (∑z)(TITzy·OBLyx)	21/L8.2
23.	(y)(OBLyx -> (∑z)(TITzy·OBLyx))	22/GU(y)
24.	(∑y)OBLyx -> (∑y)(∑z)(TITzy·OBLyx)	23/L7.7
25.	(∑y")OBLy"x -> (∑z")(∑y")(TITz"y"·OBLy"x)	24/SOS(z/z",y/y")
26.	(∑y')ASPy'x -> (∑z")(∑y")(TITz"y"·OBLy"x)	9,25/L3.1
27.	((∑z')(∑y')TITz'y'·(∑y')ASPy'x) -> (∑z")(∑y")(TITz"y"·OBLy"x)	26/L3.6
28.	(∑z')((∑y')TITz'y'·(∑y')ASPy'x) -> (∑z")(∑y")(TITz"y"·OBLy"x)	27/L8.2
29.	(∑z')(∑y')(TITz'y'·ASPy'x) -> (∑z")(∑y")(TITz"y"·OBLy"x)	28/L7.2
30.	(∑y")OBLy"x -> (∑y')ASPy'x	5/A4.2
31.	ASPy -> (∑z)SOGzy	6/L3.8
32.	ASPy -> (∑z)(SOGzy·ASPy)	31/L2.7,L8.2
33.	(SOGzy·ASPy) -> TITzy	12/L1.4,L3.8
34.	(z)((SOGzy·ASPy) -> TITzy)	33/GU(z)
35.	(∑z)(SOGzy·ASPy) -> (∑z)TITzy	34/L7.7
36.	ASPy -> (∑z)TITzy	32,35/L3.1
37.	ASPyx -> ASPy	L9.9
38.	ASPyx -> (∑z)TITzy	37,36/L3.1
39.	ASPyx -> ((∑z)TITzy·ASPyx)	38/L2.7

40. ASPyx -> (∑z)(TITzy·ASPyx) 39/L8.2
41. (y)(ASPyx -> (∑z)(TITzy·ASPyx)) 40/GU(y)
42. (∑y)ASPyx -> (∑y)(∑z)(TITzy·ASPyx) 41/L7.7
43. (∑y')ASPy'x -> (∑z')(∑y')(TITz'y'·ASPy'x) 42/SOS(z/z',y/y')
44. (∑y")OBLy"x -> (∑z')(∑y')(TITz'y'·ASPy'x) 30,43/L3.1
45. ((∑z")(∑y")TITz"y"·(∑y")OBLy"x) -> (∑z')(∑y')(TITz'y'·ASPy'x) 44/L3.6
46. (∑z")((∑y")TITz"y"·(∑y")OBLy"x) -> (∑z')(∑y')(TITz'y'·ASPy'x) 45/L8.2
47. (∑z")(∑y")(TITz"y"·OBLy"x) -> (∑z')(∑y')(TITz'y'·ASPy'x) 46/L7.2
48. (∑z')(∑y')(TITz'y'·ASPy'x) ≡ (∑z")(∑y")(TITz"y"·OBLy"x) 29,47/L5.3
49. (x)((∑z')(∑y')(TITz'y'·ASPy'x) ≡ (∑z")(∑y")(TITz"y"·OBLy"x)) 48/GU(x)

T41 (x)((∑z')(∑y')(TITz'y'·ASPy'zx) ≡ (∑z")(∑y")(TITz"y"·DIVy"x))
T40, T24/SOS(x→/x),RIM

T42 (z')(z")(RADz'z" ≡ (∑y')(∑y")(TITz'y'·TITz"y"·
M(∑x)(ASPy'zx·DIVy"x)) D10,T24/SOS(zx/x),RIM

T43 (z')(x)((SOGz'·(∑y')(TITz'y'·ASPy'x)) ->
(∑z")(∑y")(RADz'z"·TITz"y"·OBLy"x)) D10,T40

Demostración:

1. (z')(z")(RADz'z" ≡ (∑y')(∑y")(TITz'y'·TITz"y"·
M(∑x)(ASPy'x"·OBLy"x))) D10
2. (x)((∑z')(∑y')(TITz'y'·ASPy'x) ≡ (∑z")(∑y")(TITz"y"·OBLy"x)) T40
3. RADz'z" ≡ (∑y')(∑y")(TITz'y'·TITz"y"·M(∑x)(ASPy'x"·OBLy"x))
1/EU(z'z")
4. (∑z')(∑y')(TITz'y'·ASPy'x) ≡ (∑z")(∑y")(TITz"y"·OBLy"x) 2/EU(x)
5. (∑y')(∑y")(TITz'y'·TITz"y"·M(∑x)(ASPy'x"·OBLy"x)) -> RADz'z" 3/A4.2
6. (y')(y")((TITz'y'·TITz"y"·M(∑x)(ASPy'x"·OBLy"x)) -> RADz'z") 5/L8.7
7. (TITz'y'·TITz"y"·M(∑x)(ASPy'x"·OBLy"x)) -> RADz'z" 6/EU(y',y")
8. M(∑x)(ASPy'x"·OBLy"x) -> ((TITz'y'·TITz"y") -> RADz'z") 7/L4.2
9. (∑x)(ASPy'x"·OBLy"x) -> ((TITz'y'·TITz"y") -> RADz'z") 8/L9.3
10. (x)((ASPy'x"·OBLy"x) -> ((TITz'y'·TITz"y") -> RADz'z")) 9/L8.7
11. (ASPy'x"·OBLy"x) -> ((TITz'y'·TITz"y") -> RADz'z") 10/EU(x)
12. (ASPy'x"·OBLy"x·TITz'y'·TITz"y") -> RADz'z" 11/L4.2
13. (TITz'y'·ASPy'x·TITz"y"·OBLy"x) -> RADz'z" 12/L1.2
14. (TITz'y'·ASPy'x·TITz"y"·OBLy"x) -> (RADz'z"·TITz"y"·OBLy"x) 13/L3.2
15. (TITz"y"·OBLy"x) -> ((TITz'y'·ASPy'x) ->
(RADz'z"·TITz"y"·OBLy"x)) 14/L4.2
16. (z")(y")((TITz"y"·OBLy"x) -> ((TITz'y'·ASPy'x) ->
(RADz'z"·TITz"y"·OBLy"x))) 15/GU(y",y")
17. (∑z")(∑y")(TITz"y"·OBLy"x) -> (∑z")(∑y")((TITz'y'·ASPy'x) ->
(RADz'z"·TITz"y"·OBLy"x)) 16/L7.7

18. (∑z")(∑y")(TITz"y"·OBLy"x) -> ((TITz'y'·ASPy'x) -> (∑z")(∑y")(RADz'z"·TITz"y"·OBLy"x)) 17/L8.6
19. (∑z')(∑y')(TITz'y'·ASPy'x) -> (∑z")(∑y")(TITz"y"·OBLy"x) 4/A4.1
20. (z')(y')((TITz'y'·ASPy'x) -> (∑z")(∑y")(TITz"y"·OBLy"x)) 19/L8.7
21. (TITz'y'·ASPy'x) -> (∑z")(∑y")(TITz"y"·OBLy"x) 20/EU(z',y')
22. (TITz'y'·ASPy'x) -> ((TITz'y'·ASPy'x) -> (∑z")(∑y")(RADz'z"·TITz"y"·OBLy"x)) 21,18/L3.1
23. (TITz'y'·ASPy'x) -> (∑z")(∑y")(RADz'z"·TITz"y"·OBLy"x) 22/A1.2
24. (SOGz'·TITz'y'·ASPy'x) -> (∑z")(∑y")(RADz'z"·TITz"y"·OBLy"x) 23/L3.6
25. (z')(y')(x)((SOGz'·TITz'y'·ASPy'x) -> (∑z")(∑y")(RADz'z"·TITz"y"·OBLy"x)) 24/GU(z',y',x)
26. (z')(x)((SOGz'·(∑y')(TITz'y'·ASPy'x)) -> (∑z")(∑y")(RADz'z"·TITz"y"·OBLy"x)) 25/L8.7,L8.2

T44 (z")(x)((SOGz"·(∑y")(TITz"y"·OBLy"x)) -> (∑z')(∑y')(RADz'z"·TITz'y'·ASPy'x)) D10,T40
(La demostración es análoga a la de T43)

T45 (z')(x)((SOGz'·(∑y')(TITz'y'·ASPy'zx)) -> (∑z")(∑y")(RADz'z"·TITz"y"·DIVy"x)) T43,T24/SOS(zx/x)

T46 (z")(x)((SOGz"·(∑y")(TITz"y"·DIVy"x)) -> (∑z')(∑y')(RADz'z"·TITz'y'·ASPy'zx)) T44,T24/SOS(zx/x)

T47 (y")(y')(GARy"y' ≡ M(∑x)(DIVy"x·ASPy'zx)) D11,T24/SOS(x/zx),RIM

T48 (y")(y')(GARy"y' ≡ M(∑x)((OBLy"x·ASPy'x) v (DIVy"x·ASPy'zx))) D11,T47
Demostración:
1. (y")(y')(GARy"y' ≡ M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x)) D11
2. (y")(y')(GARy"y' ≡ M(∑x)(DIVy"x·ASPy'zx)) T47
3. (y")(y')(GARy"y' -> M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x)) 1/A4.1
4. (y")(y')(GARy"y' -> (M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x) v M(∑x)(DIVy"x·ASPy'zx))) 3/L3.9
5. (y")(y')(M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x) -> GARy"y') 1/A4.2
6. (y")(y')(M(∑x)(DIVy"x·ASPy'zx) -> GARy"y') 2/A4.2
7. (y")(y')((M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x) v M(∑x)(DIVy"x·ASPy'zx)) -> GARy"y') 5,6/L3.7
8. (y")(y')(GARy"y' ≡ (M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x) v M(∑x)(DIVy"x·ASPy'zx))) 4,7/L5.3
9. (y")(y')(GARy"y' ≡ M(∑x)((OBLy"x·ASPy'x) v (DIVy"x·ASPy'zx))) 8/L9.8

T49 (y")(M(∑x)OBLy"x -> (∑y')(GARy"y'·M(∑x)ASPy'x)) D11,T31
Demostración:

1. (y")(y')(GARy"y' ≡ M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x)) D11
2. (x)((∑y')ASPy'x ≡ (∑y")OBLy"x) T31
3. GARy"y' ≡ M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x) 1/EU(y",y')
4. (∑y')ASPy'x ≡ (∑y")OBLy"x 2/EU(x)
5. M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x) -> GARy"y' 3/A4.2
6. M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x) -> (GARy"y'·M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x)) 5/L2.7
7. M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x) -> (GARy"y'·M(∑x)ASPy'x) 6/L9.6
8. (∑y")OBLy"x -> (∑y')ASPy'x 4/A4.2
9. (y")(OBLy"x -> (∑y')ASPy'x) 8/L8.7
10. OBLy"x -> (∑y')ASPy'x 9/EU(y")
11. OBLy"x -> (OBLy"x·(∑y')ASPy'x) 10/L2.7
12. OBLy"x -> (∑y')(OBLy"x·ASPy'x) 11/L8.2
13. (x)(OBLy"x -> (∑y')(OBLy"x·ASPy'x)) 12/GU(x)
14. (∑x)OBLy"x -> (∑x)(∑y')(OBLy"x·ASPy'x) 13/L7.7
15. M(∑x)OBLy"x -> M(∑x)(∑y')(OBLy"x·ASPy'x) 14/L9.2
16. (y')(M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x) -> (GARy"y'·M(∑x)ASPy'x)) 7/GU(y')
17. (∑y')M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x) -> (∑y')(GARy"y'·M(∑x)ASPy'x) 16/L7.7
18. M(∑y')(∑x)(OBLy"x·ASPy'x) -> (∑y')(GARy"y'·M(∑x)ASPy'x) 17/L9.4
19. M(∑x)OBLy"x -> (∑y')(GARy"y'·M(∑x)ASPy'x) 15,18/L3.1
20. (y")(M(∑x)OBLy"x -> (∑y')(GARy"y'·M(∑x)ASPy'x)) 19/GU(y")

T50 (y")(M(∑x)DIVy"x -> (∑y')(GARy"y'·M(∑x)ASPy'zx)) T47,T32
(La demostración es análoga a la de T49)

T51 (y')(M(∑x)ASPy'x -> (∑y")(GARy"y'·M(∑x)OBLy"x)) D11,T31
Demostración:

1. (y")(y')(GARy"y' ≡ M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x)) D11
2. (x)((∑y')ASPy'x ≡ (∑y")OBLy"x) T31
3. GARy"y' ≡ M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x) 1/EU(y",y')
4. (∑y')ASPy'x ≡ (∑y")OBLy"x 2/EU(x)
5. M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x) -> GARy"y' 3/A4.2
6. M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x) -> (GARy"y'·M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x)) 5/L2.7
7. M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x) -> (GARy"y'·M(∑x)OBLy"x) 6/L9.6
8. (M(∑x)OBLy"x·M(∑x)ASPy'x) -> (GARy"y'·M(∑x)OBLy"x) 7/L7.2
9. M(∑x)OBLy"x -> (M(∑x)ASPy'x -> (GARy"y'·M(∑x)OBLy"x)) 8/L4.2
10. (y")(M(∑x)OBLy"x -> (M(∑x)ASPy'x -> (GARy"y'·M(∑x)OBLy"x))) 9/GU(y")
11. (∑y")M(∑x)OBLy"x -> (∑y")(M(∑x)ASPy'x -> (GARy"y'·M(∑x)OBLy"x)) 10/L7.7
12. (∑y")M(∑x)OBLy"x -> (M(∑x)ASPy'x -> (∑y")(GARy"y'·M(∑x)OBLy"x)) 11/L8.6

13. M(∑y")(∑x)OBLy"x -> (M(∑x)ASPy'x -> (∑y")(GARy"y'·M(∑x)OBLy"x)) 12/L9.4
14. (∑y')ASPy'x -> (∑y")OBLy"x 4/EU(x)
15. (y')(ASPy'x -> (∑y")OBLy"x) 14/L8.7
16. ASPy'x -> (∑y")OBLy"x 15/EU(y')
17. (x)(ASPy'x -> (∑y")OBLy"x) 16/GU(x)
18. (∑x)ASPy'x -> (∑x)(∑y")OBLy"x 17/L7.7
19. M(∑x)ASPy'x -> M(∑x)(∑y")OBLy"x 18/L9.2
20. M(∑x)ASPy'x -> (M(∑x)ASPy'x -> (∑y")(GARy"y'·M(∑x)OBLy"x)) 19,13/L3.1
21. M(∑x)ASPy'x -> (∑y")(GARy"y'·M(∑x)OBLy"x) 20/A1.2
22. (y')(M(∑x)ASPy'x -> (∑y")(GARy"y'·M(∑x)OBLy"x)) 21/GU(y')

T52 (y')(M(∑x)ASPy'zx -> (∑y")(GARy"y'·M(∑x)DIVy"x)) T47,T32
(La demostración es análoga a la de T51)

T53 (y')(y")(GARy"y' ≡ M(∑x)(OBLy"x v DIVy"x)) T48,T49,T50
Demostración:
1. (y")(y')(GARy"y' ≡ M(∑x)((OBLy"x·ASPy'x) v (DIVy"x·ASPy'zx))) T48
2. (y")(M(∑x)OBLy"x -> (∑y')(GARy"y'·M(∑x)ASPy'x)) T49
3. (y")(M(∑x)DIVy"x -> (∑y')(GARy"y'·M(∑x)ASPy'zx)) T50
4. (y")(y')(GARy"y' -> M(∑x)((OBLy"x·ASPy'x) v (DIVy"x·ASPy'zx))) 1/A4.1
5. (y")(y')(GARy"y' -> (M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x) v M(∑x)(DIVy"x·ASPy'zx))) 4/L9.8
6. (y")(y')(GARy"y' -> (M(∑x)OBLy"x v M(∑x)DIVy"x)) 5/L9.5,L3.3
7. (y")(M(∑x)OBLy"x -> (∑y')GARy"y') 2/L8.9
8. (y")(M(∑x)DIVy"x -> (∑y')GARy"y') 3/L8.9
9. (y")((M(∑x)OBLy"x v M(∑x)DIVy"x) -> (∑y')GARy"y') 7,8/L3.7
10. (y")(y')(GARy"y' ≡ (M(∑x)OBLy"x v M(∑x)DIVy"x)) 6,9/L5.3
11. (y")(y')(GARy"y' ≡ M(∑x)(OBLy"x v DIVy"x)) 10/L9.8

T54 (y")(y')(GARy"y' -> (∑z")(∑z')(MODy"·TITz"y"·RADz'z"·TITz'y'·ASPy')) P3,D9,T21,D10,D11
Demostración:
1. (y)((MODy v ASPy) -> (∑z)SOGzy) P3
2. (z)(y)(TITzy ≡ (SOGzy·(MODy v ASPy))) D9
3. (y")(x)(MODy"x ≡ (FACy"x v OBLy"x v DIVy"x)) T21
4. (z')(z")(RADz'z" ≡ (∑y')(∑y")(TITz'y'·TITz"y"·M(∑x)(ASPy'x·OBLy"x))) D10
5. (y")(y')(GARy"y' ≡ M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x)) D11
6. (MODy v ASPy) -> (∑z)SOGzy 1/EU(y)

7. (z)(TITzy ≡ (SOGzy·(MODy v ASPy))) 2/EU(y)
8. (x)(MODy"x ≡ (FACy"x v OBLy"x v DIVy"x)) 3/EU(y")
9. RADz'z" ≡ (∑y')(∑y")(TITz'y'·TITz"y"· M(∑x)(ASPy'x·OBLy"x)) 4/EU(z',z")
10. GARy"y' ≡ M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x) 5/EU(y",y')
11. (z)((SOGzy·(MODy v ASPy)) -> TITzy) 7/A4.2
12. (∑z)(SOGzy·(MODy v ASPy)) -> (∑z)TITzy 11/L7.7
13. (MODy v ASPy) -> (∑z)(SOGzy·(MODy v ASPy)) 6/L2.7,L8.2
14. (MODy v ASPy) -> (∑z)TITzy 13,12/L3.1
15. (y)((MODy v ASPy) -> (∑z)TITzy) 14/GU(y)
16. (y')((MODy' v ASPy') -> (∑z)TITzy') 15/SOS(y/y')
17. (y")((MODy" v ASPy") -> (∑z)TITzy") 15/SOS(y/y")
18. (MODy' v ASPy') -> (∑z')TITz'y' 16/EU(y')
19. (MODy" v ASPy") -> (∑z")TITz"y" 17/EU(y")
20. ASPy' -> (∑z')TITz'y' 18/L3.8
21. MODy" -> (∑z")TITz"y" 19/L3.8
22. (∑x)MODy"x ≡ (∑x)(FACy"x v OBLy"x v DIVy"x) 8/L7.9
23. M(∑x)MODy"x ≡ M(∑x)(FACy"x v OBLy"x v DIVy"x) 22/A12
24. M(∑x)MODy"x ≡ (M(∑x)FACy"x v M(∑x)OBLy"x v M(∑x)DIVy"x) 23/L9.8
25. MODy" ≡ (FACy" v OBLy" v DIVy") 24/A16
26. OBLy" -> MODy" 25/A4.2,L3.8
27. OBLy" -> (∑z")TITz"y" 26,21/L3.1
28. M(∑x)ASPy'x -> (∑z')TITz'y' 20/A16
29. M(∑x)OBLy"x -> (∑z")TITz"y" 27/A16
30. (M(∑x)ASPy'x·M(∑x)OBLy"x) -> ((∑z')TITz'y'·(∑z")TITz"y") 28,29/L4.8
31. M(∑x)(ASPy'x·OBLy"x) -> ((∑z')TITz'y'·(∑z")TITz"y") 30/L9.5
32. M(∑x)(ASPy'x·OBLy"x) -> (∑z')(∑z")(TITz'y'·TITz"y") 31/L8.2
33. GARy"y' -> M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x) 10/A4.1
34. GARy"y' -> (∑z')(∑z")(TITz'y'·TITz"y") 33,32/L3.1
35. GARy"y' -> ((∑z')(∑z")(TITz'y'·TITz"y")·M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x)) 34,33/L3.4
36. (∑y')(∑y")(TITz'y'·TITz"y"·M(∑x)(ASPy'x·OBLy"x)) -> RADz'z" 9/A4.2
37. (y')(y")((TITz'y'·TITz"y"·M(∑x)(ASPy'x·OBLy"x)) -> RADz'z") 36/L8.7
38. (TITz'y'·TITz"y"·M(∑x)(ASPy'x·OBLy"x)) -> RADz'z" 37/EU(y',y")
39. (TITz'y'·TITz"y"·M(∑x)(ASPy'x·OBLy"x)) -> (RADz'z"·TITz'y'·TITz"y") 38/L3.2
40. (∑z')(∑z")(TITz'y'·TITz"y"·M(∑x)(ASPy'x·OBLy"x)) -> (∑z')(∑z")(RADz'z"·TITz'y'·TITz"y") 39/GU(z',z"),L7.7

41. GARy"y' -> (∑z')(∑z")(TITz'y'·TITz"y"·M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x)) 35/L8.2
42. GARy"y' -> (∑z')(∑z")(RADz'z"·TITz'y'·TITz"y") 41,40/L3.1
43. GARy"y' -> (M(∑x)OBLy"x·M(∑x)ASPy'x) 33/L9.5
44. GARy"y' -> (OBLy"·ASPy') 34/A16
45. (OBLy"·ASPy') -> (MODy"·ASPy') 26/L4.4
46. GARy"y' -> (MODy"·ASPy') 44,45/L3.1
47. GARy"y' -> (MODy"·ASPy'·(∑z')(∑z")(RADz'z"·TITz'y'·TITz"y")) 46,42/L3.4
48. GARy"y' -> (∑z")(∑z')(MODy"·TITz"y"·RADz'z"·TITz'y'·ASPy') 47/L8.2,L1.2
49. (y")(y')(GARy"y' -> (∑z")(∑z')(MODy"·TITz"y"·RADz'z"·TITz'y'·ASPy')) 48/GU(y",y')

T55 (z')(z")(RADz'z" -> (∑y')(∑y")(TITz'y'·ASPy'·GARy"y'·MODy"·TITz"y")) D10,D11,T21

Demostración:

1. (z')(z")(RADz'z" ≡ (∑y')(∑y")(TITz'y'·TITz"y"·M(∑x)(ASPy'x·OBLy"x))) D10
2. (y")(y')(GARy"y' ≡ M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x)) D11
3. (y")(x)(MODy"x ≡ (FACy"x v OBLy"x v DIVy"x)) T21
4. RADz'z" ≡ (∑y')(∑y")(TITz'y'·TITz"y"· M(∑x)(ASPy'x·OBLy"x)) 1/EU(z',z")
5. GARy"y' ≡ M(∑x)(OBLy"x·ASPy'x) 2/EU(y",y')
6. (x)(MODy"x ≡ (FACy"x v OBLy"x v DIVy"x)) 3/EU(y")
7. RADz'z" -> (∑y')(∑y")(TITz'y'·TITz"y"· M(∑x)(ASPy'x·OBLy"x)) 4/A4.1
8. M(∑x)(ASPy'x·OBLy"x) -> GARy"y' 5/A4.2,L1.2
9. M(∑x)(ASPy'x·OBLy"x) -> (M(∑x)(ASPy'x·OBLy"x)·GARy"y') 8/L2.7
10. (M(∑x)(ASPy'x·OBLy"x)·GARy"y') -> M(∑x)(ASPy'x·OBLy"x) A2.1
11. M(∑x)(ASPy'x·OBLy"x) ≡ (M(∑x)(ASPy'x·OBLy"x)·GARy"y') 9,10/L5.3
12. RADz'z" -> (∑y')(∑y")(TITz'y'·TITz"y"·M(∑x)(ASPy'x·OBLy"x)·GARy"y') 7,11/RIM
13. RADz'z" -> (∑y')(∑y")(TITz'y'·TITz"y"·M(∑x)ASPy'x·M(∑x)OBLy"x·GARy"y') 12/L9.5
14. RADz'z" -> (∑y')(∑y")(TITz'y'·TITz"y"·ASPy'·OBLy"·GARy"y') 13/A16
15. (∑x)MODy"x ≡ (∑x)(FACy"x v OBLy"x v DIVy"x) 6/L7.9
16. M(∑x)MODy"x ≡ M(∑x)(FACy"x v OBLy"x v DIVy"x) 15/A12
17. M(∑x)MODy"x ≡ (M(∑x)FACy"x v M(∑x)OBLy"x v M(∑x)DIVy"x) 16/L9.8
18. MODy" ≡ (FACy" v OBLy" v DIVy") 17/A16
19. OBLy" -> MODy" 18/A4.2,L3.8

20. (TITz'y'·TITz"y"·ASPy'·OBLy"·GARy"y') ->
(TITz'y'·TITz"y"·ASPy'·MODy"·GARy"y') 19/L4.4
21. (y')(y")((TITz'y'·TITz"y"·ASPy'·OBLy"·GARy"y') ->
(TITz'y'·TITz"y"·ASPy'·MODy"·GARy"y')) 20/GU(y',y")
22. (∑y')(∑y")(TITz'y'·TITz"y"·ASPy'·OBLy"·GARy"y') ->
(∑y')(∑y")(TITz'y'·TITz"y"·ASPy'·MODy"·GARy"y') 21/L7.7
23. RADz'z" -> (∑y')(∑y")(TITz'y'·TITz"y"·ASPy'·MODy"·GARy"y')
14,22/L3.1
24. RADz'z" -> (∑y')(∑y")(TITz'y'·ASPy'·GARy"y'·MODy"·TITz"y") 23/L1.2
25. (z')(z")(RADz'z" -> (∑y')(∑y")(TITz'y'·ASPy'·GARy"y'·
MODy"·TITz"y")) 24/GU(z',z")

CONSENSO Y VERDAD EN LA JURISPRUDENCIA*

Ciencia y verdad

En este escrito pretendo sostener las siguientes tesis:

Primera, que el problema de la cientificidad y el de la verdad de los discursos de la ciencia jurídica son dos problemas distintos y relativamente independientes entre sí.

Segunda, que los discursos de la jurisprudencia, si bien no son científicos, pueden ser calificados como verdaderos o falsos en el sentido de la verdad como correspondencia.

Tercera, que el consenso no puede considerarse como un criterio de verdad u objetividad de los discursos jurisprudenciales.

Cuarta, que la pretensión de dar valor epistemológico al consenso resulta, desde el plano prescriptivo, fuertemente inoportuna, porque apunta a un modelo jurisprudencial de libre investigación jurídica y porque se opone al papel conservador que debería asignarse al jurista en el Estado democrático de Derecho.

Verdad y ciencia son dos caras de la misma moneda: donde hay ciencia hay siempre verdad, detrás de la verdad está siempre la ciencia, más allá de la ciencia no hay verdad. Lo anterior constituye uno de los productos más evidentes del empirismo moderno y contemporáneo, que consiste en reconducir a una unidad los predicados de racionalidad, objetividad, verdad y cientificidad: la ciencia es el lugar de la objetividad, y el único lugar en el que la racionalidad calculadora puede tornarse un instrumento para incrementar el conocimiento; la objetividad coincide con la verdad; la ciencia es la única que nos da la verdad, no pudiendo encontrarla en ningún otro lugar (religión, ética, política). De este modo el círculo se cierra.

Este complejo de ideas, que aquí naturalmente sólo es posible mencionar, está también en el trasfondo de las discusiones contemporáneas sobre la ciencia jurídica.

---

* Ponencia presentada al XX Congreso de la Sociedad Italiana de Filosofía Jurídica y Política, dedicado al tema *Derecho penal*, *control de racionalidad del ciudadano* (Verona, 3-4 de octubre de 1996).

Partiendo de las premisas ahora recordadas, los autores de las principales contribuciones recientes al problema del método de la jurisprudencia -pienso especialmente en Ross y en Scarpelli- llegan a concluir que los discursos de los juristas contemporáneos, y probablemente los de los juristas de todos los tiempos y lugares, se apartan de un modelo aceptable de ciencia. Tales discursos *no son científicos*, *y por tanto no pueden ser verdaderos o falsos*. Por eso son otra cosa: reiteración de preceptos, política jurídica *de lege* o *de sententia ferenda*[1]. Quiero aquí llamar la atención no tanto sobre las conclusiones del razonamiento, por todos conocidas, cuanto sobre su recorrido. La prueba de que ninguno de los discursos de la jurisprudencia puede ser verdadero o falso se extrae de la negación de su carácter científico. La negación de cientificidad lleva a la negación de la verdad. El recorrido, en suma, parte de la ciencia y conduce directamente a la verdad. El mismo recorrido lo encontramos también, aunque en sentido inverso, en los argumentos de aquéllos que, a diferencia de Ross y de Scarpelli, reconocen valor de ciencia a la jurisprudencia[2]. El punto de partida en este caso es por lo general el problema de la verdad, desde el que se mueven para llegar a afrontar el problema de la ciencia. Desde la premisa que sostiene que los juristas pueden producir discursos verdaderos (o falsos) se extrae la conclusión de que tales discursos pueden, por eso mismo, considerarse científicos. El recorrido es inverso (y, como veremos, el sentido de verdad puesto en juego es diferente: la verdad como consenso antes que como correspondencia) pero el orden de ideas es el mismo. El vínculo establecido entre ciencia y verdad es el mismo.

Mi primer objetivo aquí es cuestionar este modo habitual de vincular entre sí el problema de la verdad y el problema de la cientificidad de los discursos de la jurisprudencia.

En una primera aproximación, la conexión entre las dos calificaciones, verdad y cientificidad, puede expresarse en los siguientes términos: la verdad de un discurso es condición *necesaria* para su cientificidad, en base a los criterios de cientificidad adoptados. Viceversa, el que un discurso no sea susceptible de ser calificado en términos de verdad/falsedad es condición *suficiente* para excluir su cientificidad.

La verdad, aunque condición necesaria, no es sin embargo nunca también condición suficiente de cientificidad, cualquiera que sea el criterio de

[1] Véase A. Ross, *Diritto e giustizia* (1953), Einaudi, Turín 1965, cap. XV; U. Scarpelli, *Le «proposiziotii giuridiche» come precetti reiterati*, en «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», 1967, *passim*.

[2] Véase por ejemplo A. Aarnio, *On Truth and Acceptability of Interpretive Propositions in Legal Dogmatics*, en A. Aarnio, I. Niiniluoto, J. Uusitalo (eds.), *Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation*, Rechtstheorie, Beiheft 2, 1981, pp. 33 y ss.

cientificidad que se adopte, por muy débil y abierto que éste sea[3]. Si es lícito afirmar que los discursos no apofánticos no pueden, por eso mismo, aspirar a la cientificidad, no es lícito afirmar a la inversa que los discursos no científicos están condenados, sólo por eso, a la no apofanticidad.

Todos nosotros formulamos a diario aserciones verdaderas o falsas (por no hablar de aquéllas que carecen de sentido -hablo por mí, naturalmente). «Michael Johnson ha batido el récord de Mennea en los 200», «Hoy llueve» (dicho en un día de lluvia), «Este es el XX Congreso Nacional de la Sociedad Italiana de Filosofía Jurídica y Política», son aserciones verdaderas, pero resultaría cuando menos extravagante considerarlas científicas. El significado de cada una de estas aserciones es indudablemente una proposición verdadera, pero no una proposición científica, en alguno de los sentidos de ciencia hoy conocidos y acreditados. Por ejemplo, en una versión neopositivista de la ciencia se precisa que la aserción (o mejor la proposición) en cuestión sea deducible de un discurso axiomático compuesto por proposiciones de carácter universal, sea verificable experimentalmente, permita realizar previsiones y postvisiones, etc. En una versión postpositivista de la ciencia se precisa en cambio que la aserción en cuestión sea coherente con el corpus de las aserciones consideradas científicas por la comunidad de los científicos, que este corpus haya superado el *test* de la afirmabilidad garantizada, o cualquier otro. Como nos recuerda Popper, la ciencia aspira a una verdad no banal, como es el caso de los ejemplos anteriores; por el contrario, aspira a una verdad audaz e improbable[4]. Pero no es obviamente necesario adherirse al falsacionismo popperiano para concluir que verdad y cientificidad son cualificaciones no siempre coincidentes.

Ciertamente, las numerosas verdades (y falsedades) que producimos cotidianamente viven en un ambiente científico, son los *outputs* y alguna vez los retales del trabajo de la ciencia: son, podría también decirse, las conclusiones de la ciencia trasvasadas al mundo poco más o menos de la vida cotidiana. Aserciones como «hoy llueve», si hoy de verdad llueve, pueden ser consideradas verdaderas porque tienen trasfondo y son aplicaciones indirectas y por lo general inconscientes de una serie a veces también muy compleja de leyes científicas generales concernientes, entre otras cosas, a la química de los gases, al funcionamiento de instrumentos de medida como los higrómetros, a la fiabilidad de nuestras percepciones, etc.

Dicho de otro modo: la ciencia produce siempre verdad, pero no siempre la verdad produce ciencia. Verdad es método (científico), y el método

[3] Hay que reconocer sin embargo que para algunas concepciones postpositivistas de la ciencia, la verdad no representa ni siquiera una condición necesaria de la cientificidad.

[4] K. R. Popper, *Congetture e confutazioni*, trad. it de G. Pancaldi, Il Mulino, Bolonia, 1972, pág.394.

científico comporta siempre verdad, pero no siempre la verdad es una aplicación directa del método científico; o mejor: una cosa es el método y otra sus aplicaciones y sus usos, que pueden estar muy indirecta y débilmente conectados con el método.

La diferencia que pretendo subrayar entre cientificidad y verdad puede expresarse también en términos de la oposición entre discursos *micro*, o atómicos, y discursos *macro*, o estructurales; la calificación en términos de verdad es de orden micro, mientras que la calificación en términos de cientificidad es de orden macro. Esto vale también para la ciencia jurídica.

El problema de la verdad de los discursos de la ciencia jurídica puede pues afrontarse examinando tan sólo porciones limitadas de discursos jurisprudenciales, confrontándolos únicamente con partes relativamente circunscritas de un Derecho. Esta aproximación microjurídica es, a la inversa, insuficiente cuando lo que se trata de medir es la cientificidad de la jurisprudencia. Este problema, en efecto, sólo puede afrontarse examinando la estructura global del razonamiento de los juristas sobre la base de una cierta concepción de la cientificidad y de una cierta concepción del Derecho. Ello depende de la naturaleza misma de la calificación de un discurso en términos de cientificidad: en efecto, cualquiera que sea la opinión que se tenga a propósito de los criterios de cientificidad a adoptar, es indudable que tales criterios se refieren a un discurso en su globalidad, y no a cada una de sus piezas. Un conjunto de aserciones no es científico Porque cada una de sus aserciones consideradas individualmente lo sean, sino a la inversa, cada una de las aserciones es científica porque pertenece a un discurso que por sus presupuestos, sus nexos internos, su modalidad de desarrollo, tiene el carácter de discurso científico. He aquí por qué en la ciencia juega un papel fundamental el concepto de teoría (del que conviene no olvidar su significado originario) y porqué se exigen criterios muy rigurosos de conexión entre todos los elementos pertenecientes a la teoría.

Por estas razones tan obvias es posible sostener, sin contradicción, que la jurisprudencia no es una ciencia y que, sin embargo, está en condiciones de producir discursos verdaderos o falsos. La primera afirmación se funda sobre el examen de la estructura, de los presupuestos y del método del discurso jurisprudencial: según algunos, al menos desde una epistemología empirista, no podría considerarse científico en razón fundamentalmente del criterio adoptado en la identificación del propio objeto[5]. La segunda afirmación se basa sin embargo en el examen atomista de los diferentes discursos de los juristas. Si bien la jurisprudencia no es una ciencia y además está comprometida

[5] Esta es la tesis de U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milán, 1965.

moral y políticamente con el propio objeto, no todos sus discursos deben necesariamente clasificarse como reiteración de preceptos o recomendaciones *de lege* o *de sententia ferenda*. Por el contrario, el hecho de que la jurisprudencia pueda producir discursos verdaderos o falsos no nos autoriza a inferir nada a propósito del estatus científico de estos últimos.

Sin embargo, como recordaba hace poco, a menudo la teoría del Derecho tiende a transitar con desenvoltura desde la perspectiva microjurídica a la perspectiva macrojurídica (hay verdad, luego hay ciencia) o, viceversa, desde tesis macrojurídicas sobre la ciencia se pretende extraer conclusiones válidas también para la dimensión micro de la verdad (no hay ciencia, luego no hay verdad). El problema supremo del método de la jurisprudencia termina así por absorber todos los otros aspectos de la cuestión, corriendo el riesgo de aplastarlos y deformarlos.

La jurisprudencia, pues, a pesar de no ser ciencia, puede producir discursos verdaderos (en algún sentido que se aclarará más adelante). Mientras tanto, es preciso admitir que esta conclusión es, en sí, bastante modesta y, en cierto sentido, poco interesante. El hecho de que la jurisprudencia pueda formular aserciones verdaderas no prueba en absoluto que ella verdaderamente lo haga. Es, por el contrario, bastante probable que ello no ocurra con frecuencia (véase *infra*). La modestia de esta conclusión es atestiguada también por la escasa atención que en general se ha prestado a nuestro problema. La atención general de la teoría del Derecho ha girado siempre en torno al problema de la cientificidad de la jurisprudencia: problema realmente interesante y significativo. Descubrir que la jurisprudencia es ya una ciencia, pero sobre todo descubrir que es posible construir una jurisprudencia científica podría tener, en efecto, consecuencias drásticas para la práctica jurídica. Esto resulta especialmente evidente en las versiones metodológicas que, como la empirista, no se limitan simplemente a revestir el *statu quo* jurisprudencial del título honorífico de ciencia, sino que pretenden reformar la jurisprudencia efectivamente practicada. Todos sabemos, por ejemplo, la «revolución» jurídica que tendría lugar si fuera posible traducir a la práctica un modelo de ciencia jurídica con capacidad predictiva, como el de tipo sociológico cultivado por Ross[6].

Por el contrario, el problema de la verdad tiene un carácter más modesto y tiene implicaciones menos espectaculares: como ya he dicho recordando las palabras de Popper, la verdad es siempre banal y poco interesante. No diría, sin embargo, que todo este discurso sea completamente irrelevante. Verdad y falsedad son predicados que se adaptan exclusivamente a los discursos descriptivos o asertivos. Si se demostrara que la jurisprudencia no puede jamás

[6] Véase A. Ross, *Diritto e giustizia*, cit., cap. II.

producir discursos verdaderos (o falsos), habría que concluir que ella no es capaz de producir descripciones del Derecho, sino alguna otra cosa. Esta otra cosa, para quienes aceptan la oposición entre lo descriptivo y lo prescriptivo, incluso en forma exhaustiva, sólo podrá pertenecer bien a la familia de las prescripciones, aunque se trate de prescripciones «débiles», como los consejos o las recomendaciones, o bien a la familia de las adscripciones o constituciones de significado. Un resultado de este género fuerza seguramente a sacar conclusiones ético-políticas de gran relieve. En efecto, la jurisprudencia cognitiva debería desarrollar un papel de auxilio a la aplicación práctica del Derecho, al tiempo que mantenerse separada de ésta. Ahora bien, este papel puede ser desarrollado y esta distinción de tareas puede trazarse sólo aceptando que la jurisprudencia sea realmente capaz de producir un conocimiento y una descripción del Derecho a aplicar, garantizando la objetividad y la certeza de la aplicación. La verdad es indispensable para la objetividad de los discursos de los juristas y, en consecuencia, para su función de auxilio cognoscitivo a la práctica. Si ninguno de los discursos que la ciencia jurídica puede producir puede ser calificado en términos de verdad y falsedad, inevitablemente se derrumban, o mejor se revelan completamente ilusorios, los antedichos valores: resulta imposible distinguir el conocimiento del Derecho de su creación. Esto vale también para el momento cognoscitivo de la actividad judicial de aplicación del Derecho, con resultados particularmente dramáticos en el ámbito del Derecho penal, dada la importancia básica de los valores puestos en juego en la aplicación de la ley penal.

2. Verdad y consenso

El problema de la ciencia es, pues, un problema macro y aquí asumiremos sin argumentar que los discursos de los juristas contemporáneos no pueden ser considerados científicos en base a algún modelo empirista de ciencia acreditado hoy en día. Con ello sin embargo, como ya he dicho, no hemos decretado todavía la muerte de la racionalidad y de la objetividad de la ciencia jurídica. La ausencia de valor científico de la jurisprudencia (problema macro) no prejuzga, por sí solo, la posible verdad de sus discursos (problema micro).

En este punto resulta inevitable la siguiente pregunta: si los discursos de la ciencia jurídica pueden ser verdaderos o falsos, ¿en qué sentido pueden serlo?

La respuesta más obvia es que pueden serlo en el sentido clásico de la verdad como correspondencia: «en efecto, decir que el ser no es o que el no-ser es, es falso; decir que el ser es o que el no-ser no es, es verdadero»[7]. Pero,

[7] Aristóteles, *Metafísica*, 1011b, 25-7 (ed. a cargo de C. A. Viano, Utet, Turín, 1974, p. 292).

como sabemos, la idea de correspondencia no goza hoy del favor de los epistemólogos ni de los filósofos del Derecho.

La verdad como correspondencia parece inadecuada para los discursos de la ciencia jurídica por dos razones capitales. En primer lugar, porque tales discursos no tienen un objeto dado o factual, sino normas, es decir, «construcciones sociales»[8]. En segundo lugar, porque no existe una única respuesta justa a las cuestiones interpretativas[9]. De este modo, la verdad como correspondencia resulta condenada por dos formas distintas de escepticismo: un escepticismo ontológico (rechazo del realismo metafísico) y un escepticismo semiótico (rechazo del formalismo interpretativo). En este punto se abren dos posibilidades: la primera consiste en mantener firme la idea de la verdad como correspondencia y, en consecuencia, negar que se pueda hablar jamás de verdad de los discursos de la jurisprudencia. Un camino decididamente realista (tanto de realismo ontológico como de realismo jurídico). La segunda posibilidad consiste en replegarse sobre conceptos de verdad y modelos de objetividad más «blandos», alternativos a la verdad como correspondencia, modelos que permitan tratar también los discursos jurisprudenciales, bajo ciertas condiciones, como verdaderos o falsos o, de algún modo, objetivamente fundados. Este es el camino seguido por la hermenéutica y por muchas teorías contemporáneas de la justificación jurídica.

El candidato más prometedor (y hoy más aceptado) como modelo alternativo a la correspondencia parece ser el consenso. La valorización del consenso aparece en general particularmente prometedora sobre el terreno de las cuestiones prácticas. El consenso, en efecto, puede ser considerado como el mejor «sustituto de un orden ontológico imposible de hallar»[10], como «*el sustituto* de una racionalidad inherentemente no obtenible»[11]. Esto vale en especial, naturalmente, siempre que se excluya la existencia de «contrapartidas» objetivas en la esfera de las normas y de los valores.

Es claro, sin embargo, que la llamada al consenso en la esfera práctica resulta tanto más fuerte y convincente si se cree que también en la esfera teorética debe prescindirse de un correspondiente objetivo (los hechos, la realidad, el mundo externo) y que dentro de ella la verdad como correspondencia es un ideal mal planteado.

---

[8] Así A. Aarnio, op. cit., pp. 35 y ss. y el último, J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoría discorsiva del diritto e de la democrazia*, trad. it. de L. Ceppa, Guerini, Milán, 1996, p.269.

[9] Así A. Aarnio, op. cit., p. 36.

[10] La fórmula, muy lograda, es de A. Giuliani, *La «nuova retorica» y la logica del linguaggio normativo*, en «RIFD» 1970, p. 380.

[11] N, Rescher, *Pluralism. Against the Demand of Consensus*, Clarendon Press, Oxford 1993, p. 15 (la cursiva es del autor).

El consenso, pues, desde la perspectiva de quien le atribuye valor, puede ser tratado bien como el núcleo central de una teoría general de la verdad o de la racionalidad, teorética y práctica, bien como el núcleo de una teoría de la verdad o de la racionalidad circunscrita al mundo práctico de las normas y de los valores. En ambos casos, después de habernos orientado hacia el consenso *faute de mieux*, podemos darnos cuenta de que ello no es un simple repliegue al que hay que resignarse de mala gana; se puede más bien descubrir que el consenso es un criterio digno de ser valorado al máximo, especialmente en la esfera práctica. Después de todo, sobre su contralidad concuerdan dos prestigiosas tradiciones de la filosofía política: la liberal y la democrática. Lejos de ser un mero sustituto, el consenso puede finalmente aparecer como una vía, y quizá la vía maestra, hacia la racionalidad y tal vez hacia la verdad[12].

En el Derecho el consenso, con ropaje de candidato para sustituir a la verdad como correspondencia, puede resultar no inconveniente sin más a los ojos del filósofo divisionista y no objetivista, el cual niega que el mundo de la práctica albergue valores objetivos, y especialmente valores de verdad: después de todo, si no existen valores objetivos ¿qué mejor sustituto podríamos encontrar para la determinación de las reglas jurídicas de conducta?

Esta valorización del consenso tiene en su trasfondo una visión en mi opinión deformada de las relaciones entre ciencia y consenso. La idea es que la objetividad y la verdad se producen porque se da el consenso y no viceversa, que el consenso se produce porque se da la objetividad y la verdad. Ahora bien, esta idea tiene en las ciencias de la naturaleza una gran fuerza de atracción y una plausibilidad que derivan de esto: al menos entre una revolución científica y otra, la ciencia es ciencia normal, trabajo comunitario de un grupo social homogéneo dedicado a una empresa común. Aunque plausible, la identificación de la verdad con el consenso en la ciencia se expone a objeciones insuperables, que todos conocemos: a su luz los conceptos de verdad y de error acaban por ser irremediablemente relativizados, así que el consenso de hoy puede llegar a ser el error de mañana, y, nuevamente, la verdad de pasado mañana; pero también absolutizados porque esta identificación cierra *in limine* la posibilidad de considerar errada la opinión dominante. Para evitar estas consecuencias indeseables es necesario afrontar el arduo problema de distinguir entre el consenso que debe contar para los fines de la verdad y el consenso irrelevante para tales fines. Y para hacer esto se está inevitablemente constreñido a introducir criterios *normativos*

[12] Para una discusión más amplia sobre los nexos entre consenso y verdad en el Derecho me remito a mi libro: *Il diritto senza verità*, Giappichelli, Turín, 1996, cap. V.

que acaban por echar abajo la originaria identificación entre verdad y consenso, como por ejemplo cuando se hace referencia al consenso de la comunidad científica *más relevante*[13]. En general, cuando se eleva a criterio de verdad o de objetividad, teorética y práctica, el criterio del consenso acaba paradójicamente por autodestruirse[14]. Dado que no puede considerarse relevante cualquier convergencia de opiniones que de hecho se produzca, pues podría ser el fruto del error, la ignorancia, la coacción, acaba por adoptarse como criterio sólo un consenso cualificado, acaba por contar sólo el consenso que sea *racional*; pero en tal caso lo que produce la verdad no es ya el consenso, sino los criterios de racionalidad introducidos para cualificarlo.

En el Derecho la relación entre verdad u objetividad y consenso suscita problemas incluso más espinosos. Ciertamente resulta difícil hablar de co*munidad jurídica* en el mismo sentido en que se habla de comunidad científica. Kuhn nos recuerda que «los miembros de una comunidad científica se ven a sí mismos y son vistos por los otros como los únicos responsables de la consecución de un conjunto de finalidades compartidas»[15]. Precisamente esto es lo que *no* ocurre en la ciencia jurídica, en la que la presencia de escuelas y divisiones es un dato estructural, y respecto de la que no estamos en condiciones de identificar un conjunto de finalidades compartidas sino en modo tautológico o completamente vacío (como cuando hacemos referencia a la finalidad de describir el Derecho).

Pretendo sostener aquí que el consenso juega un papel en la objetividad de las argumentaciones jurídicas, pero no como una forma de verdad alternativa a la correspondencia, y ni siquiera como sustituto *faut de mieux* de una verdad como correspondencia considerada inalcanzable en la esfera práctica. El consenso puede tal vez considerarse como un excelente sustituto de un «inencontrable orden ontológico», un subrogado de la verdad en la esfera pública, donde la creación del Derecho tenga lugar según el procedimiento democrático-parlamentario (véase *infra*). Ello sin embargo no confiere mayor objetividad o racionalidad a las operaciones de descripción y aplicación internas a un Derecho ya creado y existente.

---

[13] H. I. Brown, *La nuova filosofia della scienza*, trad. it. de E. Prodi, Laterza, Bari, 1984, pp. 185 y ss., después de haber citado los casos de Lysenko y de Velikowsky, en los que el consenso (y el disenso) de la comunidad científica fueron manipulados de manera bastante brutal, se pregunta (p. 181): «¿[en un mundo a la Lysenko] tendremos un consenso científico? Para responder a esta pregunta debemos tener presente que la doctrina del consenso no permite a cualquier persona participar en la formación del consenso. Son los científicos con formación [*addestrati*] los que hacen de árbitros en las cuestiones científicas y un consenso científico debe ser un consenso de la comunidad científica más *relevante*» (la cursiva es mía).

[14] Sobre esta paradoja del consenso me remito a mi libro *Il diritto senza verità*, cit. cap. 5, 4.2.

[15] T. S. Kuhn, *La struttura delle rivoluizioni scientifiche*, trad. it de A. Carugo. Einaudi, Turín, 1978, Postscriptum, 1969, p. 214.

El consenso de la «comunidad jurídica» sobre los contenidos del Derecho es, en efecto, el indispensable y obvio trasfondo no sólo de la univocidad de las aplicaciones, sino también de la verdad de las descripciones jurisprudenciales. El Derecho es lengua hablada, y condición de la existencia de un Derecho es que éste sea, dentro de ciertos límites, hablado del mismo modo por los diferentes interlocutores. La objetividad de los discursos jurisprudenciales no viene dada sin embargo por el hecho de que ellos expresen el consenso existente entre los juristas o en la sociedad, sino por el hecho de que describan correctamente el consenso semiótico canalizado a través del Derecho, en los límites en los que éste existe. «Consenso», en este contexto, significa convergencia y univocidad de usos, o sea de atribución de significado a los textos normativos, y la contribución fundamental a esta univocidad en el Derecho es naturalmente traída desde la cultura jurídica, en especial por el trabajo profesional de los juristas intérpretes. Por esta vía, pero sólo por esta vía indirecta, se puede admitir que consenso y verdad están ligados entre sí. El consenso no hace la verdad, pero contribuye a producir los significados normativos jurídicos que serán hechos objeto de determinación *(rilevazione)* semiótica por parte de los juristas. En el plano factual el proceso es circular porque el objeto de la descripción es en buena medida un producto de los mismos sujetos que la efectúan. Por el contrario, en el plano lógico y analítico no es circular: una cosa es el modo en que se produce el objeto de la descripción, y otra cosa son los criterios de su descripción. El consenso contribuye a crear los contenidos del Derecho, pero no es ese mismo el criterio de la correcta reproducción de tales contenidos. Algo semejante sucede en la ciencia: hay ciencia porque existe el consenso de los científicos, pero no es el consenso lo que hace la ciencia. El nexo entre ciencia y consenso, entre verdad y consenso, es un nexo de *en cuanto que (allorché)* y no de *porque*, de explicación y no de justificación. Las aserciones jurisprudenciales no son verdaderas porque reproduzcan un consenso sobre valores y contenidos normativos existente en el interior de la comunidad jurídica o de la comunidad social global; son verdaderas si, en los límites en que haya correspondencia entre su contenido semiótico y el contenido semiótico del Derecho descrito, reproducen el sentido o contenido prescriptivo de los textos jurídicos. Se puede hablar por tanto de verdad de los discursos de la ciencia jurídica pero sólo en el sentido de verdad como correspondencia. Esta correspondencia puede existir y ser puesta en evidencia sólo si el Derecho tiene un contenido precisable de forma objetiva y unívoca; y la univocidad y la precisión dependen, en buena medida, de la homogeneidad de la cultura de la comunidad jurídica, más allá de la homogeneidad ético-política de la comunidad social (de la cual la primera es inevitablemente reflejo).

Por tanto, el consenso juega un papel pero no como criterio de racionalidad de las argumentaciones jurídicas, sino sólo como precondición de hecho, para que exista un lenguaje común para la ciencia jurídica y, en consecuencia, sea posible la objetividad en la interpretación de los textos normativos. La interpretación objetiva presupone una comunidad interpretativa homogénea.

Y a ello se une que la univocidad semántica de un Derecho tiene como precondición de hecho, a su vez, la existencia de un consenso en la «esfera pública», o sea la homogeneidad social sobre el terreno ético-político que, allí donde existe, se trasvasa a las normas jurídicas. Cuanto más intensos son la conflictividad, el pluralismo, las divisiones sociales, tanto menor es el grado de determinación de los contenidos jurídicos, tanto más alto es el nivel de vaguedad normativa, el nivel de incoherencia entre los valores incorporados al Derecho, tanto más reducida el área de la objetividad jurídica determinable por la ciencia.

En órdenes jurídicos como el nuestro las condiciones ideales de precisión semiótica probablemente no puedan realizarse jamás porque el área de consenso es bastante reducida y, en consecuencia, también lo es el área de certeza semántica que puede constituir el objeto de reproducción verdadera o falsa por parte de los juristas. La hermenéutica jurídica ha subrayado con mucho énfasis este punto. Pero hay que señalar una incongruencia de las tesis hermenéuticas: por un lado, en efecto, ponen el acento sobre la necesaria indeterminación de los textos jurídicos y, por otro lado, no obstante cultivan habitualmente un exagerado y poco consecuente optimismo acerca de la existencia y la posibilidad de verificación y descripción del consenso. Los textos jurídicos son considerados como abiertos a una multiplicidad de lecturas, pero la comunidad lingüística de los juristas (y la comunidad social) es presentada como un todo homogéneo y unitario[16].

Como todos sabemos, la convicción ilustrada y vetero-analítica de que con medios puramente lingüísticos, es decir, con la persecución constante y en el mayor grado del puro y simple rigor del lenguaje, es posible garantizar la determinación de los contenidos jurídicos y eliminar la libertad del intérprete práctico o teórico se ha revelado como un *wishful thinking*. Pero quien sostiene que la objetividad puede ser alcanzada yendo en busca de la solución consensualmente más aceptable, o aquella de hecho aceptada, se sitúa en medio del orden de ideas justamente criticado y se encuentra de frente con idéntica dificultad. Tratar el consenso, antes que el contenido semiótico

[16] En el ámbito de la hermenéutica jurídica italiana son bastante significativos los trabajos de Francesco Viola (especialmente *Il diritto conzo pratica sociale*, Jaca Book, Milán, 1990) y de Giuseppe Zaccaria (principalmente *L'arte dell'interpretazione*, Cedam, Padua, 1990).

de las reglas, como objeto de determinación semiótica, no hace avanzar muchos pasos. En efecto, es completamente ilusorio creer que el contenido del consenso pueda ser semióticamente mejor determinable que el contenido de los textos jurídicos. También el consenso puede ser vago y las opiniones estar divididas. Sobre el plano de los hechos el consenso puede faltar y además de hecho falta y cuando existe puede no resultar fácil individualizar su contenido y delimitar sus contornos. La práctica consensual puede ser incoherente, contradictoria. Además, si se reconoce la necesidad de distinguir entre un consenso cualificado o correcto y uno que no es tal, es necesario admitir que la práctica consensual podría ser por añadidura *equivocada*, por ejemplo cuando sistemáticamente tergiversa los textos normativos.

De aquí se deriva también que la identificación de la corrección o verdad jurídica con la solución aceptada o más aceptable socialmente corre el riesgo de transformarse en un cheque en blanco en manos del jurista. El criterio del consenso hermenéutico tiene una apariencia conservadora por su referencia al *status quo*, a la práctica social, a la tradición consolidada, y así parece proponer un modelo de ciencia jurídica fuertemente vinculado, ligado, conservador del dato jurídico. Pero se trata sólo de una apariencia, puesto que la hermenéutica, como ya se ha dicho, cultiva una visión exageradamente optimisma acerca de la posibilidad de encontrar en la sociedad y también en la más reducida comunidad jurídica valores homogéneos. Al jurista se le atribuye la tarea de encontrar los valores jurídicos materiales, pero éstos son a menudo evasivos y conflictivos. El confiado optimismo en la fácil determinabilidad del consenso fácilmente induce a ignorar la distinción entre la práctica correcta y la incorrecta, entre la reproducción y la tergiversación de los textos.

La valorización del consenso como vía para la objetividad y para la verdad supone el riesgo de conducir a una subrepticia legitimación de un modelo de ciencia jurídica dedicado a la libre investigación del Derecho. Supone el riesgo de llevar a una verdad carente de criterios.

Finalmente, sobre el plano normativo, hay que preguntar porqué el jurista, teórico y práctico, debería adecuar sus elecciones a la máxima aceptabilidad social. Juristas (y jueces) no son órganos representativos democráticamente elegidos, sino subordinados al Derecho producido por los órganos democráticamente elegidos (un Derecho que a su vez no siempre, sino más bien raramente en sociedades como la nuestra, es expresión de un consenso social): para describirlo los primeros, para aplicarlo los segundos. El ambiente de la aplicación y la descripción del Derecho no es el de la libre explicación de la razón práctica, sino que es el dominio de la autoridad de los textos y del legislador. La valorización del consenso lleva a la falacia

consensualista: lleva a tratar un criterio de legitimación externa del Derecho (el principio democrático) como criterio de justificación de operaciones internas al Derecho. Lleva además a extraviar el sentido del principio democrático mismo, que no puede ser identificado pura y simplemente con el principio del consenso. Por mucho que sea una obviedad, hay que recordar que la democracia, antes que un método de decisión consensual es un método de tratamiento y gestión procedimental del disenso. Es la propia falta de consenso también en la esfera pública lo que hace necesario y oportuno el recurso a los procedimientos democráticos.

Pues bien: los discursos de los juristas pueden ser verdaderos en el sentido de la correspondencia si reproducen fielmente los contenidos jurídicos dados, los cuales no son hechos «brutos» (pero ¿existen hechos brutos?), sino objetos semióticos susceptibles también ellos de determinación y descripción objetiva. Pero: *de hecho* esto sucede bien raramente porque *por principio* los contenidos normativos no pueden estar nunca completamente dados. Existe, como ya sabe todo el mundo, excepto tal vez los juristas, un espacio ineliminable de libertad interpretativa, un espacio que no puede ser eliminado con medios puramente semánticos (rigor del lenguaje, reducción de la vaguedad), porque a ello se oponen los rasgos pragmáticos del lenguaje jurídico, y los rasgos sociales de los Estados democráticos de Derecho contemporáneos. El consenso en el Derecho no es sólo difícil de obtener de hecho, sino que no es obtenible por principio. Donde falta el consenso semiótico faltan los presupuestos de la objetividad, pero la objetividad no puede ser sustituida por el consenso.

Ahora hay que añadir que ni siquiera la vaguedad, la ambigüedad, la incoherencia de los Derechos contemporáneos impiden en línea de principio la posibilidad de descripciones jurisprudenciales *verdaderas*. Cuando los contenidos jurídicos son totalmente indeterminados o contradictorios, cuando falta del todo el objeto mismo de la descripción, el jurista podría kelsenianamente limitarse a enumerar listas de posibilidades interpretativas, o podría limitarse a señalar el área de indeterminación normativa, renunciando a la pretensión de suministrar la verdadera interpretación de la norma. Produciría en ambos casos aserciones verdaderas, aunque escasamente informativas sobre los contenidos del Derecho positivo (que por hipótesis falta). Pero sabemos que la pureza interpretativa o la abstinencia de indicar la interpretación presuntamente verdadera no forma parte de las costumbres profesionales de los juristas contemporáneos.

En los límites antedichos, la de la correspondencia es una idea regulativa de la que no hay que desprenderse a la ligera, tanto en el Derecho como en la ciencia. Mientras que en la ciencia tiene el valor de principio metafísico porque pone un mundo externo como límite a la capacidad constructiva

de la mente humana, en el Derecho tiene el valor de principio ético-políti*co porque pone el Derecho como objeto* (también de conocimiento): no sólo por tanto como un instrumento a crear o recrear indefinidamente. Porque apunta a un modelo de intérprete atomísticamente ligado al texto, no holísticamente dedicado a la búsqueda de valores materiales comunes.

La defensa de la idea de la correspondencia en el Derecho incorpora así un ideal-límite de un jurista conservador, reconocedor y vehículo de transmisión de un consenso ya formado: el que ha llevado a la producción del Derecho y el que lleva a la univocidad de su interpretación.

En el Estado democrático de Derecho, donde la jurisprudencia cognitiva desarrolla un papel instrumental para la práctica, la objetividad puede estar garantizada sólo por la correspondencia, la cual sin embargo puede funcionar tan sólo dentro de los límites de un consenso semiótico existente de hecho. Fuera de los confines de ese consenso sólo hay libertad interpretativa y discrecionalidad aplicativa, que sobre el plano analítico descriptivo deben ser puntualmente revelados, mientras que sobre el plano ético político deben ser contrastados con la propuesta de modelos adecuados.

La filosofía jurídica contemporánea, incluso la analítica, ha tomado plena conciencia del hecho de que ninguna intervención meramente semiótica, por muy radical que sea, podrá darnos un Derecho cierto, mecánicamente aplicable y reproducible. Parece sin embargo menos difundida la consciencia de que la determinación semiótica de los Derechos no es sólo un problema de sustancia y de valores materiales, de rigor del lenguaje con el que se expresan los contenidos normativos y los valores. Es también y muy especialmente un problema de formas, de ordenaciones político-institucionales globales, de equilibrios en la distribución de los poderes entre los diferentes órganos jurídicos, de recíproca delimitación de las competencias. Evidentemente todo ello también se traduce a su vez en contenidos semióticos (llevados a través de las normas de estructura), pero contenidos de diverso tipo, y sólo indirectamente influyentes sobre la determinación semiótica sustancial. Indirectamente influyentes, pero no irrelevantes. Es obvio y por todos conocido que cuanto más rigurosamente delimitado y circunscrito en el plano organizativo-institucional está un poder judicial, tanto más propenso será a dar interpretaciones «fieles», escasamente innovadoras, menos intensamente empeñado en el terreno de la investigación sustancialista de los valores materiales. Y que una ciencia jurídica que opera en el ambiente institucional antedicho será más propensa a no rebasar su función de estabilización de las expectativas normativas, por usar el léxico de Luhmann. Esto evidentemente no es la panacea: también las normas de estructura pueden ser indeterminadas y los equilibrios entre los poderes tambaleantes

e inestables. No estamos en el terreno del todo o nada, sino en el del mas o menos.

La filosofía jurídica, después de decenios de análisis del problema del método de la jurisprudencia, debería hoy indagar más a fondo sobre los modos en que el papel que desempeña la ciencia jurídica puede hacerse compatible y funcional con el orden institucional de los Estados democráticos de Derecho como el nuestro.

(Trad. de Josep Aguiló Regla)

SOBRE UNA CONCEPCIÓN COMPLEJA DE LAS NORMAS

El mejor homenaje que puede ofrecerse a un pensador es someter a análisis crítico sus ideas.
CARLOS SANTIAGO NINO

1. Palabras preliminares

Me propongo discutir en este ensayo un estimulante estudio el del profesor Carlos Nino, sugerentemente titulado «Algunas preocupaciones meta-filosóficas y su reflejo en una concepción compleja de las normas jurídicas»[1], ensayo recogido íntegramente en su obra póstuma *Derecho, moral y política*[2]. Lo atractivo del tema y la seriedad de la reciente contribución de Nino me han llevado a intentar una crítica razonada de su construcción, pues como el propio Nino se encargó de señalarnos insistentemente a quienes aprendimos de él, «no hay idea que se considere demasiado peregrina para ser discutida seriamente, ni demasiado sagrada para ser puesta en duda», sentencia que refleja sólo en alguna medida su firme convicción de que la persecución del conocimiento, sin temor ni limitación, constituye un elemento esencial para el desarrollo humano, al punto que, si falta, priva de valor a casi todo lo demás. Espero que este ensayo refleje sus vivas enseñanzas y sirva de homenaje a su luminosa memoria.

2. La construcción de Nino

(1) *Preocupaciones metafilosóficas*. En opinión de Nino, la producción teórica en el ámbito del derecho se podría potenciar si se revisaran dos presupuestos filosóficos generalmente aceptados: el esencialismo conceptual y el escepticismo práctico. Ambas perspectivas -afirma Nino- determinan formas de encarar problemas que variarían sustancialmente si ellas fueran parcial o totalmente rechazadas (p. 1).

---

[1] El artículo aparecerá en el volumen *Derecho. Ética y Lógica. Homenaje a Ernesto Garzón Valdés* editado por el Centro de Estudios Constitucionales (Madrid) bajo la responsabilidad de Bulygin, E. et al. Me atengo a la paginación de la versión remitida por Carlos Nino (indicada entre paréntesis en mi texto), dado que la obra se halla todavía en prensa.

[2] Ver Nino, C. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, específicamente los siguientes apartados: parágrafo 2 del Capítulo 1, parágrafo 1 del Capítulo 2 y parágrafos 3 y 5 del Capítulo 3. Puede resultar importante destacar que, si bien el libro carece de notas y referencias bibliográficas, el ensayo las contiene, y muy puntuales.

(a) *Esencialismo conceptual. El* primer presupuesto se vincula, explica Nino, con «la idea de que los conceptos son verdaderos o falsos según reflejen ciertos rasgos esenciales que presentan las cosas o fenómenos referidos por esos conceptos» (p. l). Según Nino, «aunque la mayoría de los iusfilósofos rechazan explícitamente el esencialismo conceptual, por lo menos en su versión tradicional, lo siguen practicando con entusiasmo cuando defienden un cierto concepto de derecho, de norma jurídica, de deber jurídico, etcétera, como si fuera el único posible» (p. 2).

(b) *Escepticismo práctico.* En cuanto al segundo, cree Nino que «es evidente que el escepticismo acerca de razones para justificar acciones o decisiones -sean de tipo moral o prudencial- es una posición filosófica bastante más sólida que el esencialismo» (p. 3). Sin embargo -agrega-, «independientemente de la validez o no de la tesis escéptica, se comete un error de procedimiento filosófico cuando se asume ese escepticismo en el tratamiento de problemas distintos a la cuestión de su validez» (p. 3); «no se justifica presuponer la validez del escepticismo práctico para tratar problemas como el de las variedades de normas jurídicas, y el de cuáles son sus propiedades y relaciones lógicas. Creo que hay razones -concluye Nino- que indican la conveniencia de partir del presupuesto opuesto, o por lo menos la conveniencia de partir, alternativamente, de uno y otro presupuesto para advertir la implicaciones de ambos sobre los problemas mencionados» (p. 3).

Sobre esta base, Nino reclama «una presunción filosófica favorable a la predicación de verdad o falsedad de los juicios prácticos, en contextos como el del análisis de las normas en general y de las normas jurídicas en especial», lo que no constituye sino «una regla de procedimiento filosófico que aconseja partir del presupuesto de que hay razones en favor de la verdad o falsedad de proposiciones de índole moral o prudencial en contextos teóricos en que no se está discutiendo precisamente ese presupuesto» (p. 8). Aceptar esta regla -concluye Nino- «conduce a una visión de las normas jurídicas bastante más compleja de las que se suelen obtener partiendo de la presunción opuesta» (ps. 8-9).

(2) *Una concepción compleja de las normas.* Nino distingue cuatro categorías de normas que considera necesario aislar para comprender el fenómeno normativo: *prescripciones, juicios constatativos de prescripciones, juicios normativos puros y juicios normativos de adhesión*[3]. En su construcción, «todas las clases de juicios mencionadas, salvo la primera, son proposiciones: es decir ellas no son oraciones o entidades gramaticales o actos lingüísticos, sino el significado de tales oraciones o actos lingüísticos» (p. 9).

[3] Para abreviar, hablaré de «prescripciones», «juicios constatativos», «juicios normativos» y «juicios de adhesión».

(a) *Prescripciones*. «Una prescripción es un acto lingüístico que consiste en formular un juicio normativo con la intención de que ese mismo acto lingüístico constituya parte de una razón del destinatario para realizar la acción normada, dado algún juicio normativo al que el destinatario adhiere». En este sentido, «lo que interesa es especialmente el aspecto de *formulación* del juicio, la que puede hacerse oralmente o por escrito. Sin formulación no hay prescripción (mientras por supuesto hay juicio que nadie ha formulado y que quizá nadie formule)». Conviene aclarar, agrega Nino, que «hay otra noción de norma que está estrechamente relacionada con la que se refiere a prescripciones, pero no denota el acto de prescribir sino el producto material de ese acto, que puede consistir en grafismos o textos o en sonidos. La característica ambigüedad de proceso-producto que tienen algunas palabras obscurece a veces la distinción entre estas dos nociones interrelacionadas de norma» (p. 10). De este modo, según Nino, «es importante advertir que la prescripción es la formulación de un juicio normativo» (p. 11).

(b) *Juicios constatativos*. Según Nino, «estos juicios constativos pueden por cierto ser verdaderos o falsos, dependiendo tal verdad de que efectivamente haya acaecido el acto lingüístico prescriptivo en cuestión. El acto lingüístico referido por la proposición constatativa puede haberse dado en el pasado, respecto del momento de la formulación de esa proposición, o en el futuro. En este último caso la proposición constatativa formula una predicción» (p. 13). Conforme a su explicación, «la verdad o falsedad de las proposiciones constatativas depende no solamente de que se hayan pronunciado determinadas palabras sino que se lo haya hecho con la intención correspondiente y que las palabras y la intención correspondan al juicio normativo que se dice prescripto o que haya convenciones apropiadas para la asignación de esa intención» (p. 13).

© *Juicios normativos*. Explica Nino que tales juicios «son proposiciones que predican de una conducta que es debida, permitida o prohibida» (p. 16). La importancia de tales juicios radica en que «una decisión o una acción sólo puede justificarse en última instancia en juicios normativos, o sea juicios que califican a una acción como debida, permitida o prohibida. Sólo la aceptación de un juicio de esta índole es pragmáticamente inconsistente con la realización de la acción o decisión opuesta a la que se quiere justificar» (p. 14).

Desde su punto de vista, «un juicio normativo puro puede ser una norma jurídica cuando se trata de un juicio de moral intersubjetiva que se refiere a la forma en que debe organizarse y emplearse el cuasi-monopolio de la coacción que se constituye en un grupo social» (p. 17). Concluye Nino señalando que «estos juicios son verdaderos o falsos. El juicio de que todos

debemos abstenernos de matar es verdadero si y sólo si todos debemos abstenernos de matar» (p. 16).

(d) *Juicios de adhesión*. Explica Nino que «de un juicio normativo puro que establece que una autoridad debe ser obedecida se deduce, con la intermediación de un juicio constatativo de la prescripción de la autoridad, un juicio normativo de adhesión» (p. 20) y que «los juicios normativos de adhesión tienen una dimensión pragmática ya que sirven para justificar acciones o decisiones» (p. 20). En opinión de Nino, también «los juicios de adhesión son verdaderos o falsos, estando determinado su valor de verdad por la verdad o falsedad del juicio normativo puro del que deriva, por la verdad o falsedad del juicio constatativo de una prescripción que media esa derivación y por la corrección de la deducción a partir de tales juicios» (p. 19)

Un ejemplo de tal derivación sería el siguiente: (1) Es moralmente debido obedecer a la autoridad A, (2) La autoridad A ha prescripto «Es obligatorio hacer p», ergo (3) Debo (moralmente) hacer p. El razonamiento incluye como premisa (1) un juicio normativo de índole moral y como premisa (2) un juicio constatativo; finalmente, concluye con un juicio de adhesión, (3), el cual es normativo ya que deriva de premisas una de las cuales tiene ese carácter (p. 18). Nada impide, por cierto, que la premisa normativa sea de índole prudencial (temor a la sanción, por ejemplo), en cuyo caso tendría la forma (1') Es prudencialmente debido obedecer a la autoridad A, derivando de ella, en conjunción con (2), la conclusión (3') Debo (prudencialmente) hacer p.

2. Observaciones sobre la concepción de Nino

(1) *Escepticismo y positivismo*. He señalado que en opinión de Nino se comete un error de procedimiento Filosófico cuando se asume el escepticismo en el tratamiento de problemas distintos a la cuestión de su validez. A esta opinión subyace la tesis negada por Nino de que existe conexión conceptual entre el *escepticismo practico* y el *positivismo*. A mi entender, tanto la tesis de que las normas carecen de valores de verdad (no son verdaderas ni falsas), como la tesis de que existe una separación tajante entre descripción y prescripción (entre el ser y el deber ser), ambas tesis escépticas, son definitorias del positivismo[4]. La tesis del *no cognoscitivismo normativo* tiene como fundamento principal la defensa de un punto de vista según el cual no existen hechos normativos que hagan verdaderas a las normas, lo que supone que no hay realidad alguna que corresponda a éstas últimas. La

[4] Ver, en este mismo sentido, von Wright, G.H. «Is and Ought», en Bulygin. E. et. al. *Man, Law and Modern Forms of Life*, Reidel, Dordrecht, 1986, ps. 277-9; Bulygin, E. «Sobre el status ontológico de los derechos humanos», en *Doxa 4*, ps. 82-3.

tesis de la separación descripción/prescripción constituye la base del programa positivista de una ciencia avalorativa del derecho, en la cual quedan enfrentados conocimiento y valoración, ciencia y política.

En una cuestión conexa, Nino ha rechazado insistentemente toda vinculación conceptual entre el positivismo jurídico y el escepticismo ético, sosteniendo que no es esencial a la posición positivista la negación de la tesis según la cual hay principios morales universalmente válidos y racionalmente justificables (o de derecho natural, en cierto sentido de esta expresión)[5]. De este modo, de acuerdo con su punto de vista, no es correcto identificar al positivismo jurídico con el escepticismo ético. Sin embargo, la tesis opuesta es decididamente defendida por conspicuos representantes del positivismo y considerada como una nota definitoria de la concepción. En este sentido, la posición de Ross resulta paradigmática[6] e ilustrativa para un cotejo, dado que el positivismo jurídico es concebido en ella como un enfoque de los problemas jusfilosóficos y de teoría del derecho basado en dos tesis fundamentales, una metaética y otra metodológica: la primera se relaciona con la creencia de que no existe un derecho natural (principios verdaderos y obligatorios, eterna y universalmente válidos) y supone la negación de que los juicios éticos sean la expresión de verdades sobre algo a ser descubierto mediante algún proceso de conocimiento[7]; la segunda se vincula con la aceptación de una estrategia de acuerdo con la cual es posible establecer la existencia de un sistema jurídico y describir su contenido en términos objetivos, sin necesidad de recurrir a principios de derecho natural o de moralidad.

Sobre esta base, difícilmente los autores de cuño positivista compartan la preocupación de Nino sobre el escepticismo y probablemente rechacen la imputación de haber venido sosteniendo una posición basada en el error.

(2) *Constructivismo ético*. De acuerdo con la posición ética de Nino denominada «constructivismo» en adhesión a una sugerencia terminológica de Rawls[8]-, «un juicio moral es verdadero cuando sería aprobado en condiciones de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes»

---

[5] Ver Nino, C. *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980, ps. 30-5 y *Algunos modelos metodológicos de «ciencia» jurídica*. Fontamara. México. 1993 (original 1979), ps. 75-90.

[6] Idéntico punto de vista en Bulygin, E. op. cit., ps. 79-84 y Hoerster, N. *En defensa del positivismo jurídico*, Gedisa, Barcelona, 1992, ps- 9-27.

[7] Según Ross, «la negación positivista de la existencia del derecho natural es una consecuencia implícita de la doctrina más general que niega la existencia de todo conocimiento ético». Ver Ross, A. *El concepto de validez y otros ensayos*. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, ps. 11-2.

[8] Ver Nino, C. *El constructivismo ético*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, ps. 11-2.

(p. 6), puesto que «quienes participan del discurso moral para dirimir sus conflictos se comprometen implícitamente a adoptar la solución que indicaría un árbitro ideal, o sea alguien que fuera completamente racional, que conociera todos los hechos relevantes y que fuera plenamente imparcial, en el sentido de dar igual peso a los intereses de igual jerarquía de los involucrados en el conflicto»[9]. De este modo, según la concepción de Nino, si una persona poseyera las características mencionadas (racionalidad, conocimiento e imparcialidad), resultaría un juez moral perfecto en cada situación y sería capaz -infaliblemente- de decir qué es correcto y qué incorrecto: saber que el árbitro ideal aprueba x sería lo mismo que saber que x es correcto. Pero no sólo eso, puesto que el pronunciamiento del árbitro daría el significado de «correcto» e «incorrecto», en la medida en que esta teoría sea considerada metaética[10].

La teoría es razonable en tanto no requiere la existencia efectiva del árbitro y sólo sostiene que, si hubiese tal ser, su juicio *sería* indefectiblemente acertado. La afirmación es hipotética y no asegura que haya un árbitro ideal, sino que si lo hubiera, *entonces* lo que él aprobara moralmente sería (por definición) correcto: «el hecho moral al que me estoy refiriendo -dice Nino- es peculiar porque consiste en una circunstancia *contrafáctica*; consiste en algo que sucedería si otro hecho que en la realidad no ocurre (el que alguien sea completamente racional e imparcial) ocurriera»[11]. Pero la teoría va más lejos, ya que sostiene no sólo que el juicio del árbitro sería acertado en cada caso, sino que lo sería por *definición*: la oración «x es correcto» sería equivalente en significado a «el árbitro ideal aprueba x». Esto parece objetable: podría concederse que todo aquello que el árbitro dijese fuera siempre acertado, pero parece inadmisible que ese sea el significado de «x es correcto». La definición, ciertamente, nada nos dice sobre la naturaleza de x (en rigor, nos dice más sobre el árbitro que sobre el acto juzgado). Esto resulta bastante extraño, ya que cuando decimos que x es correcto, entendemos -o eso parece- que x mismo posee alguna propiedad. Aunque estemos dispuestos a aceptar que el juicio del árbitro ideal resultaría verdadero, no lo aceptaríamos como aquello que entendemos por «x es correcto», o como criterio que usamos siempre para determinar si x es correcto. Al decir de Hospers, «si ya creemos que un acto es recto, entonces asentiremos a la proposición de que un observador ideal lo aprobaría, pero difícilmente a la inversa: cuando decimos que un observador ideal lo aprobaría, podemos

[9] Ibídem, p. 69.

[10] Para un análisis cuidadoso de esta posición, ver Hospers, J. *La conducta humana*, Tecnos, Madrid, 1979 (original 1961), ps. 789-796. Sigo de cerca las observaciones del autor.

[11] Nino, C. *El constructivismo ético*, citado ut supra, p. 69.

entonces creer que es recto, pero no es esto lo que se quiere significar al decir que es recto»[12].

Podría objetarse a la teoría la forma de describir lo que se quiere dar a entender cuando calificamos algo de correcto o incorrecto. Es probable que los usuarios del lenguaje no procedan como pretenden los constructivistas sino a la inversa: primero se preguntan a sí mismos sobre la corrección del acto x y luego -en todo caso- cómo lo juzgaría el árbitro ideal, comparando entonces ambas opiniones a fin de determinar si ellas coinciden siempre o no. De ser éste el procedimiento adoptado, seguirían existiendo dos características: la de ser x correcta y la de ser x aprobada por el árbitro ideal. Aunque ambas puedan tener la misma denotación ello no implicaría que signifiquen lo mismo, ya que dos propiedades pueden ir juntas sin que por ello se conviertan en una sola. De existir realmente dos características, el constructivismo no habría tenido éxito como teoría naturalista que pretende elucidar el significado de los términos éticos: si no define el término ético, sino que solamente nos indica qué otra propiedad va regularmente asociada con la corrección, entonces no nos dice lo que es la corrección. Y éste parecería ser un síntoma de fracaso.

(3) *Hechos normativos*. La idea de que las normas son verdaderas o falsas está basada en una analogía con la llamada convención T de Tarski, de acuerdo con la cual «P» es verdadera si, y sólo si, P (donde «P» representa el enunciado proposicional y P el estado de cosas al cual aquél hace referencia). En el caso de las normas la cláusula sería la siguiente: «N» es verdadera si, y sólo si, N (donde «N» representa el enunciado normativo y N el hecho normativo al cual aquél hace referencia)[13]. A esta construcción subyace, obviamente, la noción de verdad como correspondencia. Sin embargo, no basta con señalar la analogía, puesto que resulta necesario justificar la existencia de los hechos que hacen verdaderas a las normas. Nino no duda en postular la existencia de hechos normativos, lo que remite su teoría, inevitablemente, a una ontología muy complicada, ontología que, por cierto, él no se ocupa sino de perfilar. Es así que sin la elaboración cuidadosa de una construcción teórica capaz de dar cuenta de hechos específicamente normativos, la pretensión de que las normas poseen valores veritativos permanece sin sustento sólido.

Se podría conceder a Nino, en todo caso -sobre la base de su postulación de que tal hecho normativo consiste en una circunstancia *contrafáctica* (la

[12] Hospers, J. *Introducción al análisis filosófico*, Alianza, Madrid, 1982 (original 1967), p. 693.

[13] Al respecto, ver Kalinowski, G. *Lógica de las normas y lógica deóntica. Posibilidad y relaciones*, Fontamara, 1993, ps. 19-22.

existencia de un juzgador moral ideal: racional, informado e imparcial)[14]-, que las normas serían verdaderas, si se *dieran* tales circunstancias. Esto parecería conducir a la concepción de Nino hacia la teoría de los *mundos posibles*. En este sentido, se afirma -desde algún punto de vista- que los mundos posibles son tan reales como el mundo actual y que todo forma parte de nuestra ontología. Si se sostiene que la realidad es más amplia y que está constituida no sólo por lo que de hecho se da, sino también por lo que puede darse, entonces cabe predicar verdad o falsedad de las normas en un mundo determinado, si además puede indicarse cuál de esos mundos tiene la característica de ser un mundo óptimo. De este modo, la construcción permitiría asignar valores de verdad a las normas pero exigiría nuevamente la aceptación de una ontología excesivamente compleja, cuyos fundamentos restaría por elaborar. La situación sería similar incluso para aquellos que, en forma no literal, interpretan el hablar acerca de los mundos posibles como hablar acerca de los diferentes modos en que podríamos concebir el mundo[15].

Se han conseguido avances importantes en la explicitación de los presupuestos que subyacen a la atribución de valores de verdad a las normas[16]. Considerando que en su función regulativa ellas hacen referencia a acciones futuras, sus condiciones de verdad estarían dadas, entre otros factores, por la situación actual del agente, las situaciones y opciones futuras y el orden jerárquico de las diferentes alternativas de acción. Sobre esta base, sería posible detectar dos posiciones básicas en materia de valores: el *realismo* y el *conceptualismo*. Para la primera, los valores y, por consiguiente, el orden jerárquico de las alternativas, formarían parte objetiva de la realidad, mientras que para la segunda los valores serían constituidos por el hombre y, en consecuencia, los juicios acerca del orden jerárquico de las alternativas no serían verdaderos ni falsos y necesitarían ser justificados de otra manera. Esto llevaría a distinguir, a su vez, dos variantes en el conceptualismo: el *conceptualismo absolutista* y el *conceptualismo relativista*. De acuerdo con la postura absolutista -la cual adopta Nino- todos aquellos que se encontraran en condiciones ideales (contrafácticas) de racionalidad, imparcialidad y conocimiento aceptarían la misma jerarquía de alternativas. La postura relativista, en cambio, admitiría que podrían darse discrepancias incluso entre sujetos en condiciones ideales. Se seguiría de esto que la justificación del orden jerárquico residiría para los absolutistas en el consenso en condiciones

[14] Ver Nino, C. *El constructivismo ético*, citado ut supra, ps. 61-71 y en particular p. 69.

[15] Haack advierte sobre el notable desacuerdo existente acerca de qué tipo de cosas sean los mundos posibles. Ver al respecto su obra *Filosofía de las lógicas*, Cátedra, Madrid, 1982 (original 1978), p. 216.

[16] Ver Alchourrón, C. y Bulygin, E. «Deontic Truth and Values», en Kangas, U. *Essays in Legal Theory of Kaarle Makkonen*, Oikeustiede Jurisprudentia XVI, Helsinki, 1983.

ideales, mientras que para los relativistas en acuerdos efectivos del grupo social. De este modo, sería la aceptación o el rechazo del principio en virtud del cual todos los individuos en condiciones ideales aceptarían la misma jerarquía para cualquier conjunto de alternativas lo que determinaría tal discrepancia interna en el conceptualismo.

Es importante advertir que realistas y absolutistas coinciden en una cuestión importante: ambos sostienen que existe, para cada caso, una jerarquía *objetiva* que resulta privilegiada por sobre todas las demás, dado lo cual deben hacerse cargo de explicar el modo como tal jerarquía puede ser conocida y de ofrecer las razones que la convierten en la única aceptable. Planteada como se halla por los relativistas la posibilidad de que tal jerarquía objetiva pueda no existir, recae sobre aquéllos la carga de su prueba.

(4) *Puntos de vista interno y externo*. Hart ha señalado agudamente que cuando un grupo social dispone de normas reguladoras de conducta, este hecho abre la posibilidad de referirse a ellas de dos maneras muy diferentes, aunque estrechamente relacionadas entre sí, dado que es posible ocuparse de ellas como un mero observador que las describe sin comprometerse con su aceptación, o como un miembro del grupo que las acepta y las usa como guías de acción[17]. La primera perspectiva corresponde a un punto de vista *externo* y la segunda a un punto de vista *interno*, respecto -obviamente- de las normas en cuestión. En la construcción de Nino, de acuerdo con su propia observación, los juicios normativos corresponden a los enunciados que se formulan desde el punto de vista interno (p. 17).

Respecto de este tema hay una cuestión interesante que apuntar. Sucede que Hart concibe a los enunciados internos diciendo: «un enunciado interno (...) manifiesta el punto de vista interno y es usado con naturalidad por quien, aceptando la regla de reconocimiento y sin enunciar el hecho de que ella es aceptada, la aplica al reconocer como válida alguna regla particular del sistema»[18].

Esto supone que los enunciados internos versan sobre la validez de las normas y que un enunciado tal como «La norma N es válida» equivale a una directiva de la forma «N debe ser obedecida». Sin embargo, Hart no considera la posibilidad de formular enunciados externos sobre la validez de las normas, enunciados verdaderos o falsos formulados sobre la pertenencia de la norma en cuestión a un sistema dado, sin comprometerse en forma alguna con su aceptación[19].

---

[17] Hart, H.L.A. *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977 (original 196l), ps. 110-111.

[18] Ibídem, p. 128.

[19] Ver Bulygin, E. «Norms, Normative Proposition and Legal Statements», en Floïstad, G. *Contemporany Philosophy. A New Survey*, vol. 3, Nijhoffs Publishers, La Haya, 1992, ps. 127-152.

La posición de Nino sobre esta cuestión difiere de la de Hart en un punto importante: Nino acepta que estos enunciados poseen valores veritativos porque admite la existencia de hechos normativos capaces de hacerlos verdaderos o falsos, cosa que Hart rechazaría, sin lugar a dudas. Aunque la terminología de Hart pueda llevar a confusión, él compartiría la tesis de que al no ser fácticos tales enunciados, no cabría predicar de ellos verdad o falsedad: Hart aceptaría que resulta insostenible la tesis de que un mismo enunciado pueda ser descriptivo y normativo al propio tiempo, así como que un enunciado normativo pueda ser verdadero o falso. Nino, en cambio -a mi entender equivocadamente-, niega ambas tesis.

(5) *Validez y justificación*. Nino asocia abiertamente la noción de *validez* de una norma con la de *justificabilidad*, con la fuerza vinculante de lo que ella dispone, con su fuerza obligatoria. En este sentido, decir que una norma es válida implica que ella constituye una razón para justificar una acción o decisión: decir que una norma es válida es prescribir que ella debe ser obedecida o aplicada. Por lo tanto, de acuerdo con esta noción, la oración «N es válida» no expresa una proposición sino una prescripción. De este modo, si la designación de «validez» incluye la justificabilidad, el concepto se convierte en una noción *normativa*. El empleo del concepto de validez con este alcance supone que la expresión «N es válida pero no debe ser obedecida» es autocontradictoria. Esto implica que tal noción de *validez* presupone una definición no positivista del derecho, cosa que Nino admite sin reparos[20].

De acuerdo con un enfoque alternativo, cabe decir que una norma es válida en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico determinado[21]. Este concepto de validez es *descriptivo*, porque la oración «N es válida» es una proposición y no una norma. Además, es un concepto *relativo*, por cuanto hace referencia a una relación entre una norma y un sistema dados. La noción central de este modo de concebir la validez es, pues, la de *pertenencia*. En este sentido, se han distinguido dos criterios básicos de pertenencia de normas a sistemas: *criterio de legalidad y criterio de deducibilidad*[22]. Conforme al primero, una norma pertenece al sistema si ha sido dictada por una autoridad competente y, de acuerdo con el segundo, una norma

[20] Ver Nino, C. *Introducción al análisis del derecho*, citado ut supra, p. 134.

[21] Bulygin, E. «An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law», en *Ratio Juris 3*, ps. 29-45.

[22] El tema de los criterios de pertenencia ha sido cuidadosamente desarrollado en Caracciolo, R. *El sistema jurídico*. Problemas actuales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, y en Bulygin, E. «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», en *Doxa 9*, ps. 257-279. Desarrollos posteriores pueden encontrarse en Moreso, J.J. y Navarro, P. *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

pertenece al sistema cuando es consecuencia lógica de normas pertenecientes al sistema. Estos criterios, sin embargo, son manifiestamente insuficientes para dar cuenta de todas las normas del sistema, pues presuponen que éste tiene ya ciertas normas, cuya pertenencia no se puede establecer en base a ninguno de los dos criterios anteriores. Siguiendo a von Wright, puede denominarse *normas soberanas* a tales normas. Esto supone, claro está, que todo orden jurídico debe originarse en un conjunto de normas soberanas, el cual constituye la base del orden en cuestión.

Desde esta perspectiva, que algo sea una norma jurídica depende, básicamente, de criterios empíricos y formales y no de criterios valorativos. Consecuencia inevitable de ella es que de la asignación de calificación jurídica a una norma no se sigue que exista el deber *moral* de acatarla. Esta posición determina una diferencia importante con aquella *ideología pseudopositivista* de acuerdo con la cual todo derecho, por el mero hecho de serio, resulta moralmente obligatorio[23]. Aquélla es una aproximación valorativamente neutral y se distingue claramente de esta otra, la cual considera que cuando llamamos a algo «derecho» o «norma jurídica» no nos limitamos a describirlo, sino que estamos *recomendando* su acatamiento.

(6) *Justificación de acciones y decisiones*. Según Nino, «una decisión o una acción sólo puede justificarse en *última instancia* en juicios normativos, o sea juicios que califican a una acción como debida, permitida o prohibida» (p. 14). Cuando Nino habla de «justificación última» tiene en mente justificaciones de cierta especie: los juicios normativos que sirven de justificación *última* son juicios morales o prudenciales, al punto que en su opinión, «ningún juicio normativo es una razón justificatoria *última* de acciones o decisiones si él es aceptado por razones de autoridad o en atención a las consecuencias que se seguirían de su no aceptación» (p. 15). Esto me parece exagerado. Ante todo, no creo que en moral sea posible una fundamentación última, dado que la exigencia de una fundamentación tal conduce al conocido *trilema de Münchhausen*: sólo se tiene la elección entre un regreso al infinito, un círculo lógico y una interrupción del proceso fundamentador.

Además, clasificar unitariamente como *morales* a todas las razones que remiten a la aceptación de normas no parece de mucha ayuda, al menos no desde un punto de vista explicativo. Desde esa perspectiva, parece más conveniente mantener una distinción terminológica según los tipos de normas a los que se recurre y hablar de «razones morales» de la acción cuando ellos

[23] Ver Ross, A. op. cit., ps. 21-5 y Bobbio, N. *El problema del positivismo jurídico*, EUDEBA, Buenos Aires, 1965, ps. 37-64.

resultan de las instituciones morales y de «razones jurídicas» cuando lo hacen de instituciones de derecho[24].

Por otra parte, no puede desconocerse que los jueces normalmente justifican sus decisiones en las normas del sistema, identificadas de acuerdo con los criterios previstos en el mismo, sin incluir juicios morales o prudenciales. Es más, si en lugar de proceder de tal manera los jueces optaran por fundar sus decisiones en juicios morales, sus decisiones serían fuertemente criticadas y sus pronunciamientos resultarían probablemente descalificados. Ello pone en evidencia que, en un sentido importante y privilegiado, las disposiciones identificadas mediante criterios positivos poseen una fuerza justificatoria insustituible.

Bulygin ha ofrecido una explicación esclarecedora del proceso de justificación de decisiones jurídicas[25]. Supóngase un caso C en el que un sujeto S ha cometido el delito D, situación ante la cual el juez J se pregunta qué hacer con S. De conformidad con la norma N, el que comete el delito D debe ser sancionado con la pena P, y de acuerdo con la norma N' el juez J debe aplicar N en el caso C. Usando N y N' el juez J está en condiciones de resolver C aplicando a S la pena R. Si en lugar de proceder de esa forma J siguiera preguntando qué debe hacer con S, no cumpliría con sus deberes judiciales, exponiéndose al peligro de perder su cargo por ello. Como bien señala Bulygin, la infinita serie de preguntas acerca del fundamento de las normas conduce a una parálisis total, de la cual sólo puede salirse dejando de preguntar y usando una norma como pauta de conducta, para lo cual es necesario identificar las normas que interesan en ese contexto. De este modo, el juez debe usar las normas jurídicas y para identificarlas necesita recurrir a un criterio conceptual: «es obvio -dice Bulygin- que el juez no puede usar normas jurídicas si previamente no las identificó y no puede identificarlas si no dispone de un criterio que le diga cuáles son»[26]. El proceso sigue, pues, el siguiente orden lógico: recurriendo a un criterio de reconocimiento el juez identifica las normas aplicables al caso y luego lo resuelve usando las normas identificadas para justificar su decisión.

En resumen: Nino defiende la idea de que una teoría del razonamiento jurídico justificatorio debe admitir cierta conexión necesaria entre el derecho y la moral -en el sentido de que la premisa principal de un razonamiento jurídico justificatorio necesita ser una pauta moral- y que, consecuentemente,

[24] Ver Kliemt, H. *Las instituciones morales*, Fontamara, México, 1992 (original 1985), p. 206.

[25] Bulygin, E. «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», citado ut supra, ps. 272-4.

[26] Ibídem, ps. 273-4.

la justificación de las decisiones judiciales implica el uso de normas y principios morales. De este modo, la pretensión de justificar decisiones normativas con independencia de la moral es lógicamente imposible. Todo esto supone la utilización de un concepto material de justificación (más comprensivo que el estrictamente formal), el cual requiere no sólo la existencia de una relación deductivamente válida sino también la utilización de premisas calificadas. Para un enfoque alternativo, relacionado con la noción formal de justificación, es suficiente contar con un conjunto de criterios que permita individualizar la norma aplicable y, a partir de allí, una vez efectuada tal individualización y la descripción adecuada de las circunstancias subsumibles en ella, es posible inferir una conclusión que estará justificada en relación con esas premisas[27].

Al decir de Kliemt, «cuando consideramos a las normas jurídicas desde un punto de vista interno, entonces ello es decisivo para nuestro comportamiento. En este caso tenemos, en el amplio sentido de la palabra, razones jurídicas para nuestro comportamiento. Pues son las instituciones jurídicas las que nos mueven -porque las aceptamos como reglas- a hacer determinadas cosas. El hecho de que las aceptemos y, sin mayor fundamentación ulterior, las utilicemos como pautas de nuestro comportamiento las convierte, en cierto modo, hasta en razones «últimas» de nuestro comportamiento. Pero sería bien curioso que por sólo ello las llamáramos «morales»; al menos no sería muy esclarecedor»[28].

(7) *Competencia y juicios normativos*. En la teoría de Nino, «un juicio normativo puro (...) da competencia a una autoridad estableciendo que es debido obedecerla» (p. 20). Esta tesis de que las normas de competencia son reducibles a normas de conducta fue defendida en forma similar, en alguna ocasión, por Ross, para quien aquéllas deben ser interpretadas como «directivas que disponen que las normas que se creen de conformidad con un modo establecido de procedimiento serán consideradas normas de conducta»[29].

Ya con anterioridad Nino había objetado la prevención de Hart contra la reducción de las normas de competencia (y otras normas secundarias) a normas de obligación[30]. Según Nino, «las normas que transmiten competencia son normas de obligación: son del tipo de normas que Ross llamó "normas

[27] Ver Moreso, J.J., Navarro, P. y Redondo, M.C. «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial», en *Doxa 11*, ps. 248 y 255-6.

[28] Ver Kliemt, op. cit. p. 205.

[29] Ross, A. *Sobre el derecho y la justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1963 (original 1958), p. 32.

[30] Nino, C, «El Concepto de Derecho de Hart», en *Revista de Ciencias Sociales 28*, ps. 33-54.

indirectas de conducta" (...) Se trata de normas que establecen obligaciones "en blanco", haciendo depender la especificación de la conducta obligatoria de la voluntad de otros»[31]. La situación es, pues, la siguiente: llamemos C a una norma de competencia en virtud de la cual la autoridad A queda habilitada para dictar la norma N o, para decirlo en la forma tradicional, la norma de competencia C dispone: «A es competente para dictar N»; en la construcción de Nino, C no puede sino interpretarse diciendo que, si A dicta N, entonces N debe ser obedecida por los sujetos destinatarios. Este «debe», sin embargo, expresa un deber moral y no jurídico.

La posición de Nino me parece objetable, sobre todo[32] porque convierte a las normas que confieren poder en normas morales, puesto que los juicios normativos son de esa especie y son ellos los que, en definitiva, otorgan competencia. Esto supone que uno de los conceptos jurídicos fundamentales, el de *competencia*, es un concepto moral, y presupone algo así como la aplicabilidad de ciertos principios de justicia y moralidad social que establecen en qué condiciones cabe observar y reconocer las normas de quienes detentan el monopolio de la coacción social. En última instancia, además, toda *autoridad jurídica* sería, según la tesis de Nino, una *autoridad moral*. Por decirlo en forma moderada, esto me resulta teóricamente poco fructífero y políticamente peligroso.

(8) *Las normas como actos*. La teoría de Nino parte de una valiosa contribución de Alchourrón y Bulygin relativa a dos concepciones diferentes de las normas: la concepción *expresiva* y la concepción *hilética*[33]. Para la concepción expresiva las normas son el resultado del uso prescriptivo del lenguaje, mientras que para la concepción hilética son significados de ciertas expresiones denominadas enunciados normativos. Según Alchourrón y Bulygin, las dos concepciones son radicalmente diferentes e incompatibles y no existe espacio para ningún tipo de eclecticismo. Nino parece poner en duda esta conclusión al sostener que «no es posible rechazar *a priori* la posibilidad de que algunos conceptos de norma respondan a la concepción expresiva, otros a la concepción hilética, y tal vez otros a cierta combinación entre las dos concepciones» (p. 9). Esta duda me parece, en cierta medida, justificada.

[31] Ibídem, p. 48.

[32] Pasaré por alto otras objeciones formulables a la concepción. Para un análisis de las normas de competencia, ver Mendonca, D. *Introducción al análisis normativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 123 y ss. y Mendonca, D. «Fundamentación normativa de la autoridad», en Bulygin, E. et al. *Derecho, moral y lógica. Homenaje a Ernesto Garzón Valdés*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, en prensa.

[33] Ver, sobre todo, Alchourrón, C. y Bulygin, E. «The Expressive Conception of Norms», en Hilpinen, R. *New Studies in Deontic Logic*, Reidel, Dordretch, 1981, ps. 95-124.

Alchourrón y Bulygin han presentado a la concepción expresiva en forma no siempre uniforme: en ciertas ocasiones las normas son concebidas como *actos* y en otras como *resultados de actos*. Esto se refleja claramente en su exposición: «para la concepción expresiva, las normas son el resultado del uso prescriptivo del lenguaje»; «una oración (...) puede ser usada en diferentes ocasiones para hacer cosas distintas» (aseverar, interrogar, ordenar, conjeturar) y «el *resultado* de esas acciones será una aserción, una pregunta, una orden o una conjetura»; «para la concepción expresiva las normas son esencialmente órdenes»[34] y «ordenar (en el sentido de dar órdenes) es una *actividad* esencialmente lingüística, un acto lingüístico», de modo tal que «ordenar puede ser descripto como el *acto* de promulgar una norma»[35] (todos los subrayados son míos). Creo que la conocida y peligrosa ambigüedad de *proceso-producto* se halla oculta dentro de las expresiones «orden» y «prescripción», ya que ellas pueden ser entendidas tanto como el acto de ordenar o prescribir, como su resultado. De este modo, introducida esta distinción, parecería que las concepciones expresiva e hilética tienen posibilidades de convivir en una sola teoría, una teoría en la que las normas sean concebidas como oraciones (con significado) o como significados de expresiones resultantes de la ejecución de actos prescriptivos.

La posición de Nino es un tanto extraña, puesto que, consciente de la ambigüedad, se inclina a concebir a las prescripciones como *actos* y no como *resultados*, lo que trae consecuencias serias a su teoría: «Es bueno aclarar -dice Nino- que hay otra noción de norma que está estrechamente relacionada con la que se refiere a prescripciones, pero que no denota el acto de prescribir sino el producto material de ese acto, que puede consistir en grafismos o textos o en sonidos»; y termina señalando: «la característica ambigüedad de proceso-producto que tienen algunas palabras obscurece a veces la distinción entre estas dos nociones relacionadas de norma» (p. 10). La principal consecuencia de esta asunción es que las prescripciones así concebidas quedan descalificadas como componentes de un razonamiento práctico, puesto que -como dice Nino- «si identificamos a las normas con prescripciones, o sea con actos lingüísticos, ellas resultan objetos demasiado «duros» como para entrar en el razonamiento de alguien que razona en base a normas» (p. 12). Creo que esta consecuencia puede evitarse tomando la decisión opuesta a la de Nino, es decir, concibiendo a las normas como resultados de actos y no como los actos mismos, sin negar la existencia e importancia de estos últimos.

[34] Alchourrón, C. y Bulygin, E. «The Expressive Conception of Norms», citado ut supra, p.96-7.

[35] Ibídem, p. 100.

En otros estudios Nino ha distinguido tres conceptos de *norma* muy diferentes desde el punto de vista ontológico, aunque íntimamente relacionados entre sí. El primero «hace referencia a un juicio o *proposición* que predica de una acción que debe, no debe o puede hacerse». El segundo «se refiere a una *prescripción* o sea al acto lingüístico consistente en formular una norma en el sentido anterior». El tercero «hace referencia a un *texto escrito* que es el resultado de un acto lingüístico como el referido por el sentido anterior»[36]. Sostuve en otra ocasión que es posible articular estas nociones en una sola concepción, identificando y diferenciando tres aspectos distintos y conexos del fenómeno normativo: el *acto normativo*, el *enunciado normativo* y la *norma*[37]. De acuerdo con este punto de vista, el acto normativo es un acto lingüístico, ejecutado por un sujeto determinado en un lugar y tiempo dados, destinado a promulgar una prescripción y, como tal, orientado a dirigir la conducta de determinados sujetos. Por su parte, el enunciado resultante del acto normativo, el enunciado normativo, es una cadena de expresiones del lenguaje natural, gramaticalmente correcta y completa. Finalmente, la norma es el significado del enunciado formulado con motivo de la ejecución del acto normativo[38]. Este esquema explicativo -creo- permite especificar y diferenciar el status lingüístico que a cada uno de los componentes del fenómeno normativo corresponde: *pragmático* en el caso del acto, *sintáctico* en el caso del enunciado y semántico en el de la norma. También creo que supera las barreras teóricas que el esquema de Nino impone, sin clausurar las sendas abiertas por él.

(9) *Lógica de los juicios normativos*. Nino sostiene que el operador «dominante» es el de *deber* y que los demás pueden definirse en base a él. En su formulación, (1) «si una conducta es debida, la no realización de esa conducta no puede ser debida; (1') ella está prohibida», (2) «cuando es debido no interferir con una cierta conducta, esa conducta está permitida», (3) «una conducta no puede ser debida y no debida al mismo tiempo», (4) «ni puede ser debida y estar prohibida simultáneamente», (5) «una conducta puede no ser debida ni estar prohibida», y (6) «si una conducta es debida ella está permitida,

[36] Nino, C. *Un país al margen de la ley*, Emecé, Buenos Aires, 1992, ps. 47-8 y *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 39-40.

[37] Para un análisis más cuidadoso de esta concepción y sus consecuencias teóricas, ver Mendonca, D. *Introducción al análisis normativo*, citado ut supra, ps. 65-69.

[38] Es interesante señalar que Kelsen anticipó este punto de vista: «debe observarse -advertía Kelsen- que el acto de voluntad, cuyo sentido es una norma, necesita ser diferenciado del acto de habla en el cual se expresa el sentido del acto de voluntad. De las palabras pronunciadas resulta una frase: un imperativo o un enunciado de deber ser. La norma, que es el sentido de un acto de voluntad, *es el significado del enunciado que es el producto de un acto de habla* en el cual se expresa el sentido de un acto de voluntad» (el subrayado es mío). Ver Kelsen, H. *General Theory of Norms*, Clarendon, Oxford, 1991 (original 1973), p. 163.

(6') no solamente en el sentido de que no está prohibida, sino en el sentido de que es debido no interferir con ella» (p. 16). Veamos estas relaciones con más cuidado. Las presentaré formalizadas para su mejor comprensión.

(1) Op ÷ ~ O~ (1') Op ÷ V~P
(2) O~Vp ÷ Pp
(3) ~(Op & ~Op)
(4) ~(Op & Vp)
(5) ~Op & ~Vp
(6) Op ÷ Pp (6') Pp . (~Vp & O ~Vp)

Nino fundamenta estas relaciones en base a las nociones de *verdad* y de *posibilidad*. Sin embargo, algunas de ellas pueden ser fundamentadas de una manera diferente, sin necesidad de asignar valor veritativo a los juicios normativos, mediante la noción de *posibilidad de ejecución* de la conducta prescripta. Este es el criterio propuesto por von Wright en *Norma y acción*[39]. Distinguiendo entre conjuntos de normas de obligación, de permisión y mixtos (de obligación y permisión), von Wright explica: (a) un conjunto de normas de obligación es consistente si, y sólo si, «es lógicamente posible, bajo cualquier condición de aplicación dada, obedecer todos los mandatos (colectivamente) que se aplican bajo esa condición»[40]; (b) un conjunto de normas permisivas es invariablemente consistente, dado que «los permisos nunca se contradicen»[41]; y © un conjunto mixto de normas de obligación y permisión es consistente si, y sólo si, «es lógicamente posible, bajo cualquier condición de aplicación dada, obedecer todos los mandatos colectivamente y hacer uso, individualmente, de *cada uno* de los permisos que se aplican bajo esa condición»[42]. La conclusión es, pues, la siguiente: asignar valores de verdad a los juicios normativos abre la posibilidad de una lógica de normas, pero la conversa no es válida, dado que la aceptación de que existen relaciones lógicas entre tales juicios no compromete con la tesis de que ellos poseen valores de verdad[43].

Una cuestión interesante es la que se presenta en las cláusulas (2) y (6), a saber, la noción de *no-interferencia*. Nino dice que «cuando es debido no

[39] Von Wright, G.H. *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tectos, Madrid, 1979 (original 1963).

[40] Ibídem p. 155.

[41] Ibídem p. 155.

[42] Ibídem p. 156.

[43] En este sentido, ver Alchourrón, C. y Bulygin, E. «The Expressive Conception of Norms», citado ut supra. ps. 95-6.

interferir con una cierta conducta, esa conducta está permitida» y que «si una conducta es debida ella está permitida, no solamente en el sentido de que no está prohibida, sino en el sentido de que es debido no interferir con ella». Parece obvio que la no-interferencia reclamada por Nino no es una no-interferencia *fáctica* sino *normativa*. Por consiguiente, la cláusula (2) debe ser entendida como una limitación a la autoridad normativa, en el sentido de que debe abstenerse de prohibir la conducta en cuestión. De ser así, (2) sería un caso típico de las llamadas normas de orden superior, esto es, normas que prescriben (ordenan, prohíben o permiten) la ejecución de actos normativos (actos de promulgación o derogación de normas)[44]. La formalización propuesta en (2), sin embargo, podría ser rechazada por mal formada, pues cabe sostener que las normas no pueden ser contenidos de otras normas. La opción sería representar (2) tal como sigue: (2') O-Vp ÷ Pp, según han sugerido Alchourrón y Bulygin, de modo a dejar en claro que, si es obligatorio abstenerse de prohibir una conducta, ella está permitida[45]. De igual manera, la formalización e interpretación de (6') podría modificarse en el mismo sentido.

Finalmente, algunas acotaciones puntuales. Primero, que las cláusulas (1) y (1') no son equivalentes en el sistema standard de la lógica normativa, tal como parece postular Nino, y que (1') se expresa en ese sistema mediante un bicondicional, esto es, (1") Op Ø V-p; además, que (1) expresa la conocida regla «obligación implica permisión». Segundo, que las cláusulas (3) y (4) expresan relaciones de inconsistencia, (3) entre la obligación y la no-obligación y (4) entre la obligación y la prohibición. Por último, que la cláusula (5) abre la posibilidad de que una conducta no sea obligatoria ni esté prohibida, pero sin especificar su carácter normativo. La tendencia intuitiva sería la de calificar la conducta en cuestión como *facultativa*, pero ello exigiría una cláusula adicional de la forma: (7) Op v Vp v Fp, de modo a determinar que los operadores son conjuntamente exhaustivos.

(10) *Juicios normativos y constatativos*. En la construcción de Nino, al igual que los juicios normativos, los constatativos son verdaderos o falsos, pero a diferencia de aquéllos no lo son respecto de hechos normativos sino de hechos sociales, puramente empíricos. Según expuse, Nino hace depender su verdad o falsedad del acaecimiento efectivo del acto prescriptivo que constata y de sus condiciones de ejecución. Esto me parece básicamente

[44] Sobre el tema, ver especialmente von Wright, G.H. «Normas de orden superior», en Bulygin, E. et al. *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro Carrió*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, ps. 457-470.

[45] Sobre la reiteración de operadores deónticos, ver Alchourrón, C. y Bulygin, E. «Von Wright on Deontic Logic and the Philosophy of Law», en Schilpp, P. y Hahn, L. *The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, La Salle, Illinois, 1989.

correcto, aunque resta, sin embargo, al menos una cuestión controvertida respecto de este ítem.

Sucede que Nino diluye la distinción descripción/ prescripción no sólo al asignar a los juicios normativos valores de verdad, sino también al atribuir carácter regulativo a los juicios constatativos. Según Nino, «es claro que una norma y en especial una norma jurídica también puede identificarse con actos constatativos de prescripciones» (p. 14). Contra la opinión de Nino, pocas cosas me parecen menos claras que ésta: no se ve cómo y por qué un constatativo pueda ser razonablemente equiparado a una norma. Desafortunadamente, esta cuestión resulta tan obvia para Nino que ninguna pista ofrece al respecto.

Se ha detectado en la teoría de Dworkin un defecto similar respecto de sus conocidas *proposiciones de derecho*, las cuales presentan, a la vez, rasgos propios de las normas y las proposiciones, aún cuando tales propiedades parezcan incompatibles. El resultado de la evaluación ha sido que, al no considerar Dworkin conjuntamente exhaustivos y mutuamente excluyentes al par de conceptos *normas* y *proposiciones normativas (juicios constatativos* en la terminología de Nino), su teoría aparenta ser invulnerable pero resulta, en realidad, indefendible[46]. Me temo que la concepción de Nino en manos de un crítico severo correría el mismo destino que la de Dworkin.

(11) *Ciencia del derecho*. Nino se ha mostrado partidario de un modelo de ciencia jurídica capaz no sólo de *describir* y *sistematizar* sino también de *reformular* abiertamente el orden jurídico, de modo a proveer un sistema de soluciones axiológicamente satisfactorio, más completo, coherente y preciso que el que ofrece el material jurídico original. Nino ha admitido que esta nueva dimensión de la teoría jurídica no es más que una *especialización del discurso moral*, pero que, a diferencia suya, el discurso valorativo de la ciencia jurídica se desarrolla en dos niveles: en el primer nivel se pretende justificar las normas de cierto sistema positivo, determinando su grado de aceptabilidad a la luz de principios políticos y morales básicos; en el segundo nivel se presupone cierto marco de normas positivas moralmente justificadas y se trata de encontrar soluciones axiológicamente satisfactorias que resulten compatibles con las normas positivas que se consideran válidas[47]. Aunque este modelo no ha sido explicitado en el ensayo que discuto, ha quedado claramente insinuado en él (p. 21)[48].

---

[46] La crítica a la que hago referencia proviene de Bulygin. Ver al respecto, Bulygin, E. «Norms, Normative Proposition and Legal Statements», citado ut supra.

[47] Este modelo de ciencia jurídica ha sido defendido por Nino en *Introducción al análisis del derecho*, ps. 338-347 y en *Algunos modelos metodológicos de «ciencia» del derecho*, ps. 91-109, ambos citados ut supra.

[48] A la cuestión están específicamente dedicados los parágrafos 3 y 4 del Capítulo 3 de su libro *Derecho, moral y política*, citado en la nota 2.

El programa de Nino parece abiertamente incompatible con el programa positivista, en cualquiera de sus principales modelos alternativos. Para Kelsen la ciencia jurídica -si pretende ser tal- debe hallarse *depurada*, tanto de elementos extranormativos (sociológicos y económicos) como de factores valorativos o ideológicos (morales y políticos). En este modelo, la ciencia jurídica es una ciencia *normativa*, no porque *formule* normas, sino porque *describe*, mediante *proposiciones jurídicas*, normas jurídicas *válidas* en cierto ámbito[49]. El planeta de Ross es diferente del kelseniano, puesto que, en su opinión, las proposiciones de una genuina ciencia jurídica deben ser aserciones acerca del derecho *vigente*, es decir, acerca del conjunto de directivas que probablemente los tribunales tomarán en cuenta en sus decisiones. De este modo, las proposiciones de la ciencia del derecho constituyen, en definitiva, *predicciones* acerca de las directivas que serán aplicadas por los juzgadores, razón por la que los juristas pueden valerse de aportes provenientes de otras disciplinas (psicología, sociología, economía), las cuales pueden suministrar información acerca del contexto que rodea a los aplicadores[50].

El modelo elaborado por Alchourrón y Bulygin es todavía distinto y más sofisticado que los anteriores. Estos autores distinguen dos tareas que la ciencia jurídica debe desarrollar: la tarea *empírica* de determinar qué normas constituyen la base de un sistema jurídico y la tarea normal de sistematizar el derecho, la cual exige la *derivación* de las consecuencias lógicas de aquélla base y su *reemplazo* por otra más económica pero normativamente equivalente[51]. De este modo, más allá de las diferencias entre modelos, existe acuerdo dentro del programa positivista en cuanto a que la ciencia jurídica no puede verse comprometida con valoración alguna del derecho, manteniendo una distinción tajante entre el derecho que *es* y el derecho que *debe ser*.

Nino, en cambio, sostiene que «los juristas teóricos no se limitan, como lo indicarían los modelos de ciencia jurídica de autores como Kelsen, Ross o Alchourrón y Bulygin, a describir las prescripciones formuladas sino que tienen como tarea central la de proponer soluciones a los jueces y otros agentes jurídicos» (p. 21). Esto es verdad y no hay inconveniente en conceder que los juristas realizan tareas distintas de la mera descripción del derecho existente, cosa que -por cierto- ninguno de los teóricos mencionados niega o desconoce[52]. La discrepancia radica en las decisiones adoptadas

[49] Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1979 (original 1960), ps. 83 y ss.

[50] Ross, A. *Sobre el derecho y la justicia*, citado ut supra, ps. 29-72 y 105-151.

[51] Alchourrón, C. y Bulygin, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974 (original 1971), ps. 29-49 y 111-144.

[52] Tales modelos no pretenden ofrecer una descripción de la actividad de los juristas sitio fijar las bases teóricas, metodológicas y conceptuales para la construcción de una ciencia jurídica acorde con el programa positivista.

acerca de cómo debería encararse la labor de los juristas: Nino pretende preservar y rescatar lo que los juristas efectivamente hacen y las funciones que satisfacen, proporcionando un modelo que se ajuste a esa actividad; los teóricos positivistas, en cambio, intentan desarrollar una genuina ciencia del derecho -puramente cognoscitiva y axiológicamente neutral- ofreciendo para ello modelos de actividad teórica frente al derecho que satisfagan esas exigencias.

En mi opinión, los positivistas tienen razón al advertir que, si se pretende diseñar una auténtica ciencia jurídica en base a los cánones epistemológicos dominantes, es necesario tomar como objeto de estudio al derecho positivo y mantener, en ese ámbito, una actitud valorativamente aséptica. De otro modo, la ciencia jurídica jamás estará asentada sobre bases sólidas y perpetuará su confusión oscilando entre las disciplinas morales, políticas y sociales. Esta ciencia debe ser capaz de describir en términos igualmente neutros cualquier sistema jurídico, sin que tal descripción suponga adhesión o reprobación a sus respectivos regímenes políticos. Toda actividad dirigida a la valoración, creación o modificación de las normas de derecho corresponde a la política jurídica y queda fuera de la órbita científica.

ARGUMENTO *A CONTRARIO* Y REGLAS CONSTITUTIVAS

0. Introducción

En este trabajo quiero exponer algunas consideraciones en relación con la controvertida cuestión del uso de instrumentos lógicos en el derecho y, en especial, en el razonamiento de los jueces expresado en forma silogística (el llamado silogismo dicástico). Los términos generales del debate son bien conocidos y no es cuestión de proponerlos aquí de nuevo, ni tampoco de tratar de establecer un balance de los resultados[1]. Mis consideraciones, dicho muy brevemente, se insertan en la temática que llama la atención de los juristas acerca de la pregunta de si la (y cuál) lógica es utilizada por el juez para decidir las controversias que se le someten en cuanto órgano autorizado por el ordenamiento jurídico.

Naturalmente, habría que esclarecer previamente la cuestión de si, dada la particular naturaleza del lenguaje utilizado en la formulación de las premisas del razonamiento judicial (o, mejor, de una de ellas: la mayor), se necesita una lógica particular, una lógica del lenguaje normativo. Pues bien: me parece que, en virtud de la finalidad de este escrito, podemos omitir entrar en los aspectos particulares del problema del lenguaje normativo del razonamiento de los jueces, ya que -como se sabe- la literatura sobre este asunto es ampliamente conocida y, en consecuencia, se correría el riesgo de recorrer caminos ya muy trillados. No me interesaré pues por este ámbito; mis observaciones deben entenderse, por tanto, en sus nexos con la lógica clásica a dos valores.

Dando pues como resuelto el problema relativo a la presencia de entidades no apofánticas en el silogismo judicial[2], la cuestión que sobre todo me interesa es otra, la cual -en mi opinión- ha suscitado relativamente poca

[1] Balances, en este sentido, existen varios en la literatura; sólo como ejemplo, cito Roberto J. Vernengo, «Derecho y lógica: un balance provisorio», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1987, pp. 303-329.

[2] Soy consciente, no obstante, de que tal vez éste sea el problema central de la cuestión de la aplicabilidad de la lógica al razonamiento de los jueces.

atención en la literatura iusfilosófica reciente[3]. Me refiero, dicho muy simplemente, a la dificultad que surge si se debe demostrar, mediante el análisis lógico, que una conclusión judicial de signo negativo (la absolución de un imputado, por ejemplo) se sigue deductivamente de las premisas. El problema, como se sabe, es que se debe constatar que la inferencia a *contrario* constituye el clásico *non sequitur*, y que la conclusión de una inferencia de esta naturaleza no se puede defender con razones lógicas, mientras que -a pesar de todo- la conclusión parece ser razonablemente aceptable[4]. Supongamos, por ejemplo, que Fulano ha sido sometido a un proceso como acusado de haber cometido homicidio en la persona de Zutano. Si mediante el proceso se prueba que él efectivamente ha cometido ese delito, con la regla de inferencia *modus ponens* podemos establecer que la sanción prevista se sigue lógicamente de las premisas; pero el problema es: ¿qué sucede si, por el contrario, el proceso concluye que Fulano no ha cometido el delito? ¿De qué manera podemos establecer desde el punto de vista lógico (si es que podemos) que a él no se le debe imputar la sanción prevista por la disposición normativa que regula el caso? Como sabemos, nosotros podemos, *razonablemente*, establecer que si Fulano no ha cometido el hecho delictivo del que se le acusa no hay razón para que él deba sufrir la pena prevista por la ley; y, sin embargo, también sabemos que desde el punto de vista lógico caeríamos en la falacia conocida como la negación del antecedente si tratásemos de explicar la cuestión mediante un esquema lógico del tipo: «Todos aquellos que cometan homicidio deben ser condenados», y «Fulano *no* ha cometido homicidio», luego «Fulano *no* debe ser condenado». Entre las excepciones: M. Henket, «On the Logical Analysis of Judicial Decisions», en *International Journal for the Semiotics of Law*, 1992, V/14, pp. 153-164; J.H. Nieuwenhuis,

[3] «Legitimatie en Heuristiek van het rechterlijt oordel», en Rechtsgeleerd Magazijn Themis, 1976, pp. 494-515; H. Kaptein, «Logica in reschtspraak, in het bijzonder in unalogie- en a contrarioredeneringen: vroom bedrog?», en F. H. van Eemeren y E. T. Feteris (eds.), *Juridische Argumentatie in analyse*, Gröningen, Wolters Noorhoof, 1991, pp. 75-90; I. Tammelo, «La logica del "petere" e del "quaerere" nel pensiero giuridico», en I. Tammelo e I. Tebaldeschi, *Studi di logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 79-86. Algunas huellas se pueden encontrar también en A. Costanzo, «Difficoltà della "reductio ad absurdum" e apparenti deroghe alla logica classica nelle argomentazioni giudiziali», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1990, 4, pp. 576-617, app. 584-86.

[4] La literatura sobre el *Argumentum e contrario* es, obviamente, muy vasta; sólo como ejemplos cito: A.G. Conte, «Completezza e chiusura», en *Scritti in memoria de Widar Cesarini Sforza*, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 157-79, ahora en Id., *Filosofia del linguaggio normativo I Studi* 1965-1981, Torino, Giappichelli, 1989, pp. 31-53, espec, pp. 43-52; E. García Máynez, *Lógica del raciocinio jurídico*, México, Distribuciones Fontamara, S. A., 1994, reimp. pp. 169 ss.; Ch. Perelman, *Logique Juridique. Nouvelle Rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, pp. 8 ss. y 55 ss., trad. it. *Logica giuridica. Nuova retorica*, Milano, Giuffrè, 1979; Id., con L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Paris, PUF, 1958, pp. 325, trad. it. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, Einaudi, 1966, Véase también la ponencia de G. Tarello en el Congreso de Bruselas de 1971: «Die Juristische Argumentation», en *Archiv für Rechts- un Sozialphilosophie*, Neue Folge, no. 7, 1972, pp. 103-124.

Pienso que no se puede dudar, antes que nada, de que el análisis lógico del razonamiento del juez ha sido tradicionalmente efectuado desde una perspectiva que parece privilegiar el fallo del juez que se manifiesta -por ejemplo, en el derecho penal- con una condena (o, en otras palabras, privilegiando el esquema deductivo que se configura cuando se utiliza la regla inferencial *modus ponens*), como en el clásico ejemplo de Kelsen: (A) «Todos los ladrones deben sufrir una condena», «Shulze es un ladrón», luego «Shulze debe sufrir una condena». Pero, ¿qué sucede si, por el contrario (como algunas veces acontece en la realidad judicial), nos encontrarnos con una conclusión del tipo «Shulze no debe sufrir una condena»?

Lo que intento -en pocas palabras- es proporcionar una razón ulterior para que el modelo formal de análisis del razonamiento judicial sea examinado con la máxima cautela, dado que -como resultará evidente- ese modelo oscurece aspectos relevantes del modo mediante el cual los jueces toman sus decisiones. Naturalmente, sosteniendo que el modelo formal deja fuera del análisis aspectos relevantes como la formación de las premisas, no digo nada fundamentalmente nuevo; me parece, en efecto, que ésta es una convicción bastante difundida entre los estudiosos del problema de la justificación de las decisiones judiciales. Sin embargo, mi investigación trata de examinar un aspecto del problema que tal vez puede arrojar mayor luz acerca de los límites de la aplicación de la lógica al razonamiento del juez.

Por «modelo formal» de razonamiento judicial entiendo aquella estructura de explicación del proceso de la toma de una decisión judicial que se interesa principalmente por la deducibilidad de la conclusión. No tengo la pretensión, obviamente, de proponer en estas pocas líneas una solución alternativa al modelo formal de razonamiento judicial[5]; me limito, más bien, a efectuar algunas observaciones mediante las cuales deseo contribuir a subrayar las dificultades de tal modelo de análisis.

1. Decisión judicial: ¿Razonabilidad o análisis lógico?

El problema consiste -repito- en el hecho de que, por un lado, mediante *modus ponens* establecernos la correcta forma lógica del silogismo dicástico

[5] Ya que, como sabemos, a esta tarea se han dedicado muchos autores; entre ellos: T. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz* (1953), trad. it. a cargo de G. Crifò, *Topica e giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1962; Ch. Perelman, *Logique Juridique. Nouvelle Rhétorique*, cit.; Ch. Perelman-L. Olbrechts -Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, cit.; A. Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, *Giuffrè*, 1961; Id., «Logica (teoria dell'argomentazione)», voz de la *Enciclopedia del diritto*, XXV, Milano, Giuffrè, 1975; F. Cavalla, «Topica giuridica», voz de la *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, Giuffrè, 1992; L. Gianformaggio, *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico* (1983), ahora en Id., *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1986.

con la conclusión de que Shulze debe sufrir una pena, mientras que, por el otro, la conclusión posible de que Shulze no deba sufrir tal pena parece configurar de alguna manera una paradoja, una aporía. Aporía que, entre otras cosas -como sostienen Tammelo y Tebaldeschi[6] (entre los pocos que se han interesado por esta cuestión)- es sólo una entre las muchas que parecen surgir de la aplicación de las reglas de inferencia lógica. Otra aporía, en efecto, se derivaría del teorema lógico del *ex falso quodlibet*, el cual establece que de premisas contradictorias es posible deducir cualquier conclusión. Dado que no podemos excluir la presencia, en un ordenamiento jurídico, de dos disposiciones antinómicas válidas, una que prohíba y otra que prescriba el mismo comportamiento, se sigue que de la conjunción de éstas podríamos -lógicamente- inferir cualquier conclusión[7].

Pero, para regresar a la cuestión específica que aquí se trata, el problema práctico es que -pienso que podernos estar de acuerdo- ningún tribunal superior encontrará irracional la decisión judicial que se funda sobre la negación del antecedente (razonamiento, como hemos visto, inválido desde el punto de vista lógico). Se hace necesario, entonces, analizar el problema, con el fin de verificar si es posible (y con qué instrumentos) encontrar una explicación lógica, o por el contrario -como me inclino a pensar- el instrumental lógico se demuestra insuficiente.

Deseo pues analizar brevemente algunas propuestas relativas a este problema, tratando de argumentar -como por lo demás parecen hacer quienes se han interesado por la cuestión[8]- que a fin de cuentas el camino que hay que recorrer no es el de la lógica; al final avanzaré -con objetivos más bien exploratorios que resolutivos- mi propuesta.

2. Negación del antecedente. Modus ponens

Veamos pues algunas posibles soluciones. Es claro, de entrada, que para que en el esquema del razonamiento silogístico se dé una conclusión negativa una de sus premisas debe ser negativa; ¿pero cuál? Me parece que cualquier propuesta de solución en este sentido tiene que basarse en la negación del antecedente; naturalmente, ello se debe, además del requisito de carácter lógico, al hecho de que -en el caso del ejemplo- Shulze no es el autor del hecho concreto al que está ligada la sanción.

[6] Cfr. I. Tammelo, *La logica del «petere» e del «quaerere» nel pensiero giuridico*, cit., p. 85; I. Tebaldeschi, «Il metodo della isoformula nel ragionaniento giuridico», en I. Tammelo -I. Tebaldeschi, *Studi di logica giuridica*, cit., pp. 137-150, en pp. 139-140.

[7] Otras aporías se podrían derivar del uso del teorema lógico de la adición. Para el análisis de ésta, cfr. I. Tammelo, *La logica del «petere» e del «quaerere» nel pensiero giuridico*, cit., p. 85.

[8] Por ejemplo, Henket, *0n the Logical Analysis of Judicial Decisions*, cit., pp. 160-164.

La alternativa más plausible, entonces, es la de modificar la premisa menor, visto que si Shulze no debe sufrir la pena es porque -razonando con simple sentido común- él no es un ladrón[9]. Un posible esquema que resultaría sería el siguiente: (B) «Todos los ladrones deben sufrir una condena», «Shulze *no* es un ladrón», entonces «Shulze no debe sufrir una condena»[10]. Ahora bien, aunque aparentemente estamos en presencia de un silogismo válido, en realidad la conclusión no se sigue en absoluto de las premisas; en efecto, en la conclusión existe algo que, por el contrario, no existe en las premisas. Si representamos «ladrones» y «condena» respectivamente con L y P, y Shulze con x, tendremos que en la premisa mayor se afirma que la entera clase de los L debe incluirse en la de los P, mientras que en la premisa menor se dice simplemente que x no pertenece a la clase L. Pero no tenemos proposición alguna (ni negativa ni positiva) relativa a la clase P. Podemos entonces pensar que la clase P no se agote completamente en la clase L (o, en otras palabras, que la clase de quienes deben sufrir una condena comprenda otras clases, distintas de la clase de los ladrones). Luego, la conclusión del esquema B no es válida en virtud de que, aunque no se puede incluir a Shulze en la clase P por pertenecer a la clase L (a la cual no pertenece), podría de todos modos suceder que no se le deba excluir de la clase P ya que, por ejemplo, ha cometido actos obscenos en un lugar público. En otros términos, si bien parece razonable creer que no se debe condenar a Shulze puesto que él no es un ladrón, en el esquema demostrativo, desde una perspectiva lógica, se cae en la falacia de la negación del antecedente.

3. Negación del antecedente y del consecuente. Solución replicativa

Parece claro que habría que abandonar como solución el sendero que conduce a la negación del antecedente, aunque intuitivamente se nos presente como la más razonable. Habría que hacerlo, en efecto, si mantenemos la premisa mayor tal cual («Todos los ladrones deben sufrir una condena»). Se puede probar, no obstante, otro esquema argumentativo en el que, aun manteniendo la negación de la premisa menor, se modifica la premisa mayor. Tal es, fundamentalmente, una de las soluciones propuestas por Maarten Henket; él sostiene, en efecto, que el problema surge porque existe la tendencia general a interpretar la disposición jurídica exclusivamente como implicación material (es decir, como un enunciado que expresa una condición suficiente: P Y Q), mientras que -según él- es posible interpretarla también como si fuese una replicación material (es decir, enunciados que

[9] Naturalmente, me doy cuenta de que esta solución es la que origina una de las aporías de las que surge este trabajo. Precisamente por ello creo que la misma debe analizarse detalladamente.

[10] O bien, formalizándolo en manera muy simple: $1) P \Rightarrow Q,\ 2) \neg P \therefore\ 3) \neg Q$

expresan una condición necesaria: $P \Leftarrow Q$) o bien una equivalencia material (es decir, enunciados que expresan una condición necesaria y suficiente: $P \Leftrightarrow Q$)[11].

El esquema que resultaría de la replicación material sería: (B') «Todo aquel que debe sufrir una condena es un ladrón», «Shulze *no* es un ladrón», entonces «Shulze *no debe* sufrir una condena». En este caso -parece claro- ponemos a salvo la deducibilidad de la conclusión, pero sólo con la condición de que (y es igualmente claro) se admita el cambio en la premisa mayor, donde se afirma que todos los elementos de la clase P están incluidos en la clase L. Henket sostiene -como ya he dicho- que la disposición jurídica puede ser reinterpretada no solamente como implicación material, sino también como replicación material y como equivalencia material[12]. Analicemos la replicación. Sabemos, en efecto, que la estructura lógica de la implicación (si... entonces) puede tener diversos sentidos, en función del tipo de condición que se encuentra en el antecedente. En el caso de la replicación *(replication)* el antecedente es una condición necesaria para que tenga lugar el consecuente; pero, ¿qué significa esto? En palabras simples, podemos decir que el tipo de relación establecido mediante la replicación se explica con el siguiente ejemplo. Para comprar un automóvil se necesitan (simplificando) dos cosas: dinero y voluntad. Pienso que podemos convenir en que el dinero constituye una condición necesaria de la adquisición, porque, en efecto, sin él la compra no puede ser. Por otro lado, sin embargo, es indudable que la verificación de esta condición no es *en sí* suficiente para que la compra se verifique, dado que se necesita también la voluntad, el deseo de comprar. Pudiera suceder, en efecto, que uno tenga el dinero pero lo utilice para realizar un viaje, por ejemplo. Si de este ejemplo trivial pasamos al examen del caso que nos interesa, podríamos preguntarnos cuál sería la formulación

[11] Cfr. Henket, *On the Logical Analysis of Judicial Decisions*, cit., pp. 155-159. Resulta evidente que en el caso del ejemplo la solución es la de la replicación; la equivalencia será analizada más adelante.

[12] Henket sostiene *(0n the Logical Analysis of Judicial Decisions*, cit., p. 154) que en la literatura predomina la tendencia a analizar las normas jurídicas como implicaciones materiales. Como ejemplos de ello él cita: P. W. Brouwer, *Samenhang in recht*, Gröningen, Wolters Noordhoff, 1990, p. 221; M. A. Loth. *Recht en taal, een kleine methodologie*, Arnhem, Gouda Quint, 1984, p, 157; O. Weinberger, *Rechtslogik*, München, Duncker und Humblot, 1989, reimp. pp. 224. 251-53; R. Zippelius, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, München. C. H. Beck, 1971, pp. 121 ss. Posiciones menos acentuadas son las de A. Soeteman, *Normen Logica*, Zwolle, Tjeenk Willing, 1981, pp. 355-56; I. Tammelo, *Modern Logic in the Service of Law*, Wien-New York, Springer, 1978, p. 77. Entre los autores que en modo explícito mencionan posibilidades diversas, junto a la implicación material de interpretar la norma, se pueden ver: U. Klüg, *Juristische Logik*, Berlin, Springer, 1966, reimp. pp. 128-29; H, J. Koch-H. Rüssmann, *Juristische Begründungslehre*, München, C. H. Beck, 1982, pp. 78 ss.: J. Rödig, «Logische Untersuchungen zur Makrostruktur rechtlicher Kodifikate», en Id. (ed.) *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, Berlin-Heidelberg, Springer. 1976, pp. 596-611.

de una interpretación de la norma en sentido de condición necesaria, a fin de salvar la deducibilidad de la conclusión «Shulze no debe sufrir una condena». ¿Quiere decir que -como en el ejemplo de la compra- no es suficiente para la condena el que se haya cometido un delito? Como se ve, la cuestión está bastante lejos de ser nítida; en efecto, Henket, quien en un primer momento tomaba la replicación como posible solución, agrega casi de inmediato que él considera más plausible la equivalencia[13].

4. Modificación de la premisa mayor. La equivalencia

Una ulterior posibilidad -recorrida también por Henket- es la de considerar plausible la interpretación de la disposición normativa también como equivalencia material, es decir, en otros términos, una doble implicación material[14], que podemos simbolizar así: $P \Leftrightarrow Q$. Interpretando la disposición como equivalencia -dice Henket- se llega a una forma argumentativa lógicamente válida aun negando el antecedente[15]. Es cierto, en efecto, que de esta manera aseguramos la validez de la conclusión «Shulze no debe ser condenado», visto que él no es un ladrón; pero, ¿qué sucede con la premisa mayor? La disposición -afirma Henket- puede ser interpretada también como replicación y equivalencia a fin de salvar la forma lógica de una argumentación basada en la negación del antecedente. De la replicación ya he hablado antes, por lo que ahora me limito a examinar la equivalencia. Como sabemos, los estudiosos de lógica sostienen que donde existe una equivalencia material entre dos proposiciones tenemos en realidad dos proposiciones que se implican recíprocamente en modo material[16]. Interpretando la disposición normativa como equivalencia material nosotros tendríamos entonces una premisa formada por dos proposiciones, en las que, alternativamente, cada una es o bien condición suficiente de la otra, o bien constituye la consecuencia. Tendríamos entonces dos premisas del tipo: a) «Todos los ladrones deben sufrir una condena» $(P \Rightarrow Q)$, y b) «Todos los que sufren una condena deben ser ladrones» $(Q \Rightarrow P)$[17].

Todo esto, si no manifiestamente absurdo, es cuando menos extraño a primera vista. Parece, en efecto, en contradicción -en líneas generales- con las formulaciones lingüísticas de las disposiciones normativas, habitualmente concebidas como el nexo de imputación de la sanción al hecho ilícito, al elemento fáctico, y no de éste a la sanción. La interpretación de la disposición

[13] Cfr. Henket, *On the Logical Analysis of Judicial Decisions*, cit., p. 156, nota 8.

[14] Cfr. Henket. *On the Logical Analysis of Judicial Decisions*, cit., p. 155-59.

[15] Cfr. Henket, *On the Logical Analysis of Judicial Decisions*, cit., p. 158.

[16] Ello resulta claro en todos los manuales de lógica, por ejemplo en: I. M. Copi, *Introduzione alla logica*, trad. it. Bologna, Il Mulino, 1969, 2ª ed., p. 307.

[17] En otros términos, la equivalencia $(P \Leftrightarrow Q)$ puede descomponerse en $P \Rightarrow Q$ y $Q \Rightarrow P$.

como equivalencia, si es cierto que garantiza la forma lógica de la argumentación *a contrario*, por otro lado parece generar ulteriores problemas. Si, por un lado, es razonable pensar que es suficiente que un ladrón sea tal para que deba sufrir una condena, por el otro no parece igualmente razonable afirmar que es suficiente el hecho de que alguien sufra una condena para que sea un ladrón.

Por lo menos, con la interpretación de la disposición de esta manera, emerge en modo evidente la operación valorativa (y no puramente cognoscitiva) del juez cuando él se encuentra en la condición de dilucidar el significado de la ley de cara a su aplicación. No por casualidad, en efecto, Henket se ve obligado a afirmar que «a judge who is justifying his decision is not deducing it from legal rules and so-called facts. He is tracing back the decision, regardless how he found it, to grounds that can support it»[18][«un juez que justifica su decisión no la deduce de las normas jurídicas y de los llamados hechos. Él remonta la decisión, independientemente de cómo llegara a ella, a fundamentos que puedan apoyarla»]. La tarea del análisis lógico -concuerda Henket- «is usually seen as checking, firstly, whether the premises are consistent among themselves and, secondly, whether the conclusion can be validly deduced from the premises»[19] [«es normalmente vista como comprobar, en primer lugar, si las premisas son consistentes entre sí y, en segundo lugar, si la conclusión puede deducirse válidamente de las premisas»]. Sólo que, agrega, éste es un modo poco feliz *(unfortunate)* de presentar la cuestión, dado que sugiere, por un lado, que la lógica y la creatividad judicial nunca viajan juntas y, por el otro, que la premisa fáctica se establece prescindiendo del significado de la premisa normativa y viceversa[20].

Pues bien: podemos estar de acuerdo con Henket en cuanto a los riesgos ligados al hecho de subestimar la creatividad judicial y de creer en una neta separación entre premisa normativa y premisa fáctica, rasgos que están implícitos en el análisis lógico de las sentencias. Sólo que, entonces, parecería existir una contradicción entre el intento de negar los aspectos estructuralmente ligados a la lógica (que, como sabemos, no se interesa en absoluto por la verdad material de las premisas), y la búsqueda de una solución al problema de la negación del antecedente en términos lógicos. En efecto, proponiendo una solución en términos de replicación y/o de equivalencia, Henket parece no desear salirse del ámbito lógico, si bien para justificar las fórmulas interpretativas que le sirven como base él se ve obligado a hablar ya no de lógica sino de «juridical acceptability»[21] [«aceptabilidad jurídica»].

---

[18] Cfr. Henket, *On the Logical Analysis of Judicial Decisions*, cit., p. 162.

[19] Cfr. Henket, *On the Logical Analysis of Judicial Decisions*, cit., p. 162.

[20] Cfr. Henket, *On the Logical Analysis of Judicial Decisions*, cit., p. 162.

[21] Cfr. Henket, *On the Logical Analysis of Judicial Decisions*, cit., p. 162-163.

Después de haber desarrollado su argumentación, él sostiene -no obstante- que en cuanto «logic was not invented to deduce conclusions from given premises but to find premises for given conclusions» [«la lógica no se inventó para deducir conclusiones de premisas dadas, sino para encontrar premisas para conclusiones dadas»], ella nos pone en condiciones de individualizar las premisas a las que la conclusión puede o no referirse[22].

Me parece que Henket no aclara en qué perspectiva se coloca, si en la del juez que debe decidir el caso o en la del jurista que estudia la motivación del juez. Sin embargo, si no le he malinterpretado, ya sea una u otra perspectiva, parecen ser analizadas desde un punto de vista en el que el papel de la lógica es solamente el de convalidar ex-post una decisión. Ello haría, de algún modo, que fuese claramente vana la búsqueda de solución al problema de la negación del antecedente.

5. Negación de la premisa mayor

A críticas más o menos semejantes también se llega si, por el contrario, en lugar de recorrer el camino de la doble implicación y de la replicación, se opta por hacer de la premisa mayor una proposición negativa, a fin de asegurar la coherencia de la conclusión «Shulze no debe sufrir la condena».

Resultaría un esquema de este tipo: (B") «Nadie que no sea un ladrón debe sufrir una condena» (o bien, en otras palabras: «Todos los que no sean ladrones no deben sufrir una condena»), «Shulze no es un ladrón», luego «Shulze no debe sufrir una condena»[23]. Lo que debe probarse no es que Shulze es un hombre honesto (no es un ladrón) sino la afirmación contraria, que él es un ladrón. También en este caso, como en los anteriores, emerge claramente la operación interpretativa, y no puramente declarativa, del juez, quien de una formulación normativa expresada en términos de imputación de la sanción como consecuencia del hecho de que se ha verificado un determinado hecho empírico, extrae una premisa de signo negativo donde parece imputarse una no-sanción a un no-hecho. Dicho con otras palabras: habitualmente, acerca de las formulaciones normativas existe implícitamente la idea de que cuando se verifica una determinada condición sigue una determinada consecuencia jurídica-, trasladando esta idea al ámbito del proceso judicial se podría quizá decir que tal formulación responde al ideal garantista que se resume en el concepto de presunción de inocencia; en el caso analizado lo que se debe probar en el proceso es que Shulze es un ladrón (hecho que constituye la condición para que se dé la sanción). Mediante la operación interpretativa de reformular la disposición poniendo como condición

[22] Cfr. Henket, *On the Logical Analysis of Judicial Decisions*, cit., p. 163.

[23] Que asumiría la siguiente notación lógica: $1)\neg P \Rightarrow \neg Q,\ 2)\neg P \therefore\ 3)\neg Q$

de la no-sanción el hecho de que no se haya verificado el hecho, se modifica -en mi opinión- sustancialmente la cuestión. Parecería, en efecto, que en el proceso se deba probar no (como sucedía antes) el hecho de que Shulze es un ladrón, sino que *no* lo es.

Si (y cómo) en el plano práctico todo esto tiene alguna incidencia no creo que se pueda establecer en este lugar. De cualquier modo, queda claro el hecho de que en la base de la reformulación de la disposición encontramos una operación interpretativa sustancialmente valorativa y no puramente declarativa, que, una vez más, no tiene nada que ver con la lógica.

6. Constitutividad de la disposición jurídica

Una estrategia que se podría seguir, en parcial alternativa a las anteriores, es la de investigar si en el ámbito de la reflexión sobre las reglas constitutivas o hipotético-constitutivas[24] existe algún elemento para -aun manteniendo la idea de una interpretación de la disposición jurídica sólo como implicación material- hacer de alguna manera aceptable lógicamente (y no sólo razonablemente) la conclusión de que Shulze no debe sufrir una condena[25]. Tal estrategia es sólo parcialmente alternativa en cuanto que contempla de todos modos la posibilidad de una interpretación de la disposición jurídica como implicación material, es decir, como expresión hipotética donde el ilícito es solamente condición *suficiente* para que se dé la sanción. Las razones por las que, a fin de cuentas, esta forma de interpretación parece (al menos a mí me lo parece) más adecuada son las siguientes. En primer lugar, como ya dije antes, es evidente que si interpretamos la disposición como replicación (y entonces consideramos al ilícito como condición *necesaria*) nos encontraríamos con una situación donde el hecho de que se verifique solamente el ilícito no da origen a la sanción; en efecto, aunque el ilícito es condición *necesaria*, no es -sin embargo- condición *suficiente*. Ello significa que para que se dé la sanción se necesita otra condición, ¿pero cuál? En segundo lugar, si se interpreta la disposición como equivalencia (y entonces consideramos al ilícito como condición necesaria y suficiente) deberíamos concluir que, por ejemplo, una prescripción jurídica que dijera más o menos «Todos los ladrones deben ser condenados» tendría el sentido de que todos quienes sufren una condena son ladrones. Una interpretación

[24] Recuerdo que por reglas hipotético-constitutivas se entiende aquellas reglas que ponen una condición de aquello que ellas mismas constituyen. Para profundizar en este concepto véase al menos: G. M. Azzoni, *Il concetto di condione nella tipologia delle regole*, Padova, CEDAM. 1988; A. G. Conte, «Materiali per una tipologia delle regole», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1985, 15, pp. 345-68: Id., «Costitutivita di regole», en *Digesto*, IV Edizione, Torino, UTET, vol. IV, 1989, 462-65.

[25] Esta hipótesis nació durante una discusión del problema con Paolo di Lucia.

de este tipo no puede dejar de suscitar algunas perplejidades, dado que -como se sabe- quienes reciben una pena por parte de la justicia no son sólo los ladrones (sino también los asesinos, estafadores, etc.).

Es interesante notar, antes que nada, que del conjunto de las reglas constitutivas las que parecen adaptarse mejor a las finalidades de esta propuesta son las reglas hipotético-constitutivas, y de éstas en particular aquellas que ponen una condición de lo que ellas mismas constituyen una regla. Uso -en modo convencional- para tales reglas el sintagma «reglas hipotético-constitutivas»[26], aunque en realidad corresponda también a las reglas constitutivas que no ponen sino que son condición de aquello de lo cual ellas constituyen una regla[27]. Según el tipo de condición que ponen, los siguientes tres sub-tipos de regla hipotético-constitutiva corresponden -en mi opinión- a las tres posibilidades de las que -según Henket- dispone el juez para interpretar la disposición normativa; veamos de qué manera:

1) a las reglas *anankástico*-constitutivas, que ponen condiciones necesarias, correspondería la interpretación de la disposición normativa como replicación material, que se puede simbolizar: $P \Leftarrow Q$;

2) a las reglas metatético-constitutivas, que ponen condiciones suficientes, correspondería la interpretación de la disposición normativa como implicación material, que se puede simbolizar: $P \Rightarrow Q$;

3) a las reglas nómico-constitutivas, que ponen condiciones necesarias y suficientes, correspondería la interpretación de la disposición normativa como equivalencia material, que se puede simbolizar: $P \Leftrightarrow Q$.

---

[26] Sigo en esto a G. M. Azzoni, *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, cit., p. 81.

[27] El tercer tipo de reglas constitutivas (además de las que son condición y de las que ponen condiciones de aquello de lo cual constituyen una regla) son las que presuponen las condiciones, llamadas reglas hipotéticas. Cfr. G. M. Azzoni, *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, cit., p. 118. Naturalmente no puedo aquí referir la ya abundante bibliografía sobre las reglas constitutivas. Además de los autores ya citados se pueden ver (en la literatura italiana y sin ninguna pretensión de exhaustividad): A. G. Conte, *Paradigmi d'analisi della regola in Wingenstein*, en: R. Egidi (ed.), *Wittgenstein. Momenti di una critica del sapere*, Napoli, Guida, 1983, pp. 76-8 1; P. Pollastro. «Fenomenologia delle regole costitutive». en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1983. 13, pp. 257-62; G. Carcaterra, *Le norme costitutive*, Milano, Giuffrè, 1974 (ed. provisional); Id., *La forza costitutiva delle norme*. Roma, Bulzoni, 1979; A. G. Conte - T. Mazzarese, «Reggole fondate su regole», en *Nuovaa civiltà delle macchine*, 3, 1985, 1-2 (9-10), pp. 61-63; G. di Bernardo, «Regole costitutive e prescrittive nella costruzione del sociale», en *Nuova civiltà delle macchinee*, 3, 1985, 3-4 (11-12), pp. 34-39: R. Guastini, «Teorie delle regole costitutive». en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. 1983, 60, pp. 548-64; Id., «Norme che sono condizioni sufficienti del loro oggetto», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*. 1986, 16. pp. 213-22: M. Jori, «In margine all'ultimo Conte», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1986, 16, pp. 443-69; T. Mazzarese, «Un libro sulle regole», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1984, 14, pp. 505-10: Id., «Metaregole», en *Nuova civiltà delle macchine*, 3, 1985, 3-4 (11-12), pp. 65-73.

Podríamos preguntarnos si, por hipótesis, las reglas hipotético-constitutivas en general ponen constitutivamente condiciones no sólo en relación con lo que *explícitamente* ellas expresan, sino también, en modo *implícito*, condiciones de signo diferente a las expresadas en modo explícito. Intentaré explicar esto de modo más claro con algunos ejemplos.

Primer ejemplo. Supongamos que nos encontramos, en un procedimiento judicial, con el art. 45, apartado 3, del Cód. civil italiano («El incapacitado tiene el domicilio del tutor»); limitando la interpretación a la implicación material sucede que, de acuerdo con lo que se ha dicho antes, tenemos una norma jurídica que se podría ver como una regla metatético-constitutiva, que expresa una condición suficiente. Mi hipótesis tendría que ver, entonces, con la posibilidad de que, en base a lo anterior, se pueda considerar la norma, por un lado, constitutiva *en positivo* de la condición suficiente mediante la cual del hecho de ser un incapacitado se sigue el hecho de tener como domicilio el domicilio del tutor, y, por el otro, *en negativo*, de la condición suficiente mediante la cual por el hecho de no ser un incapacitado *no se sigue* el hecho de tener como domicilio el domicilio del tutor.

Segundo ejemplo. «El menor tiene el domicilio que corresponde al lugar de residencia de la familia o del tutor» (art. 45, apartado 2, Cód. civil italiano), o bien «La mujer que no está legalmente separada tiene como domicilio el domicilio del marido» (art. 45, apartado 2, Cód. civil italiano)[28]. En el primer caso es bastante evidente el hecho de que racionalmente debemos aceptar que si «x» no es un menor de edad, este hecho constituye una razón suficiente para que no tenga su domicilio en el lugar de residencia de la familia o del tutor. En modo análogo, del hecho de que «y» esté legalmente separada de «z» se sigue que «y» no tiene como domicilio el domicilio de «z».

Estoy hipotetizando -creo que queda claro- que la constitutividad de las reglas pueda determinarse en relación con dos dimensiones diferentes: una explícita, por lo que ellas expresan, y una implícita, por lo que ellas no expresan. En los ejemplos, por tanto, si consideramos las normas a la luz de la teoría de las reglas constitutivas tendríamos que explícitamente las normas en cuestión expresan las condiciones mediante las cuales el incapacitado, el menor y la mujer no legalmente separada tienen un cierto domicilio, pero, también, que las mismas normas expresan implícitamente las condiciones mediante las cuales los que no son menores ni incapacitados, y las mujeres separadas, tienen otro domicilio.

[28] El primer ejemplo lo tomo de G. Carcaterra, *La forza costitutiva delle norme*, cit., p. 65, y el segundo de *Le norme costitutive*, cit., p. 50, también de Carcaterra. El segundo lo usa también N. Bobbio, en «Norma», en *Enciclopedia Einaudi*, Torino, Einaudi, vol. IX, 1980, pp. 876-907 a p. 896. Véase también a G. M. Azzoni, *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, cit., pp. 133-36.

Me doy cuenta, naturalmente, de que la segunda dimensión (la implícita) es muy elusiva, y bastante difícil de expresar. El hecho es que -todos lo sabemos- mientras que es claro aquello que se dice (dentro de ciertos límites, por supuesto), no sucede lo mismo con lo que no se dice. Es evidente, por otro lado, que recorriendo este camino al final debemos enfrentarnos con las nociones de plenitud y de cierre del ordenamiento, nociones que expresan concepciones ni universalmente reconocidas ni unívocas, y que, sobre todo, se insertan en una determinada idea de derecho y de ordenamiento jurídico. Por desgracia (y por todas las implicaciones que tienen) no me es posible en este lugar entrar en el núcleo de la discusión de estas nociones, sobre las cuales -por lo demás- existe una abundante literatura[29].

La propuesta de considerar las disposiciones normativas desde una perspectiva ligada a la teoría de las reglas constitutivas entra, evidentemente, en una concepción del lenguaje y del acto lingüístico que considera relevante el aspecto pragmático de la comunicación humana[30].

Si el análisis que he efectuado, y la idea de fondo que le subyace, tienen sentido, ello podría conducir -en mi opinión- a ventajas en dos planos distintos. En el primero, se contribuiría a confirmar el potencial teorético contenido en la teoría de las reglas constitutivas, para dar cuenta de modo más completo del sentido de los actos lingüísticos mediante los cuales se expresan las disposiciones del legislador; en el segundo, manteniéndonos en el ámbito de la interpretación de la disposición normativa como implicación

[29] Como ejemplos cito los estudios de A. G. Conte. Además de los que ya he mencionado, se pueden ver: *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, Giappichelli, 1962; Id., «Rassegna di nuove ricerche sopra lacune e antinomie 1964-1966», en *Annuario bibliografico di filosofia del diritto*, 1966, 2. pp. 343-90; Id., «Completezza», en *Digesto*, IV Edizione, Torino, UTET; Id., «In margine all'ultimo Kelsen», en *Studia ghisleriana*, 1967, serie I, 4, pp. 113-25. Y también: G. Gavazzi, *Delle antinomie*, Torino, Giappichelli, 1959; E. Bulygin-C. E. Alchourrón, «Incompletezza, contraddittorietà, e indetorminatezza degli ordinamenti normativi», en G. di Bernardo (ed.) *Logica deontica e semantica*, Bologna, Il Mulino, 1977; R. Guastini, «Completezza e analogia. Studi sulla teoria generale del diritto italiano del primo Novecento» en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1976, VI, pp. 511-91.

[30] Ejemplos interesantes de la aplicación de esta idea me parecen los estudios de H. Paul Grice. Cfr. «Logic and Conversation. The William James Lectures at Harvard University-Lesson II», en *Syntax and Semantics-Speech Acts*, P. Cole y J. L. Morgan (eds.), New York-London, Academic Press, 1975, pp. 41-58; trad. it. de M. Sbisà, «Logica e conversazione», en M. Sbisà (ed.), *Gli atti linguistici. Aspetti e problemi di filosofia del linguaggio*, Milano, Feltrinelli, 1978, 4ª, 1993, pp. 199-219. Grice, en efecto, habla de implicaciones *(implicatures)* conversacionales para dar cuenta de lo que -dentro de un discurso, de ciertas reglas y de un contexto determinado- no se dice explícitamente; si, por ejemplo (p. 212), «A» está escribiendo un informe para un candidato que participa en un concurso para profesor de filosofía en Estados Unidos, diciendo: «estimado señor: Mr. -X- tiene una óptima preparación en la lengua inglesa, y ha asistido regularmente a los cursos», habría muy buenas razones para pensar que «A» quiere decir que «X» no está preparado en filosofía. De cualquier modo, naturalmente, habría que ver si del discurso conversacional podemos pasar al discurso de las disposiciones normativas.

material, se podría evitar el tener que recurrir a una extensión de la interpretación como replicación y equivalencia que, a mi juicio, introducen no pocos elementos discutibles en relación con la interpretación de las disposiciones normativas.

ELEMENTOS DE LA JUSTICIA DEMOCRÁTICA*

Buena parte de la autoridad moral de los movimientos democráticos proviene de que ofrecen la esperanza de suprimir los órdenes sociales injustos. Esto refleja el hecho de que en la imaginación política moderna las promesas de democracia y las de justicia social se encuentran íntimamente ligadas. Los grandes movimientos democráticos del siglo XIX se ocupaban menos de la implementación de un ideal democrático abstracto que de, como observó John Dewey, «remediar los males experimentados como consecuencia de instituciones políticas anteriores»[1]. Sólo hay que pensar en el modo en que las ideologías contrarias al comunismo en el bloque soviético y al *apartheid* en Sudáfrica ligaron la ausencia de democracia y la presencia de injusticia social, para que quede claro que en el siglo XX, no menos que en el XIX, mucha gente echa la culpa de la injusticia social a la falta de democracia, y asume que ésta es un arma importante para sustituir relaciones sociales injustas por otras más justas.

Sin embargo, esta expectativa popular no se compadece con gran parte de la ortodoxia académica, la cual reconoce que alcanzar la democracia política no garantiza nada acerca de la obtención de la justicia social[2]. En países donde prevalecen las instituciones democráticas fundamentales, con gobiernos elegidos por el pueblo mediante sufragio universal, la riqueza puede redistribuirse, o no; las minorías pueden respetarse, o no; las oportunidades

---

* Texto original: «Elements of Democratic Justice», *Political Theory*, Vol. 24, No. 4, Noviembre 1996, pp. 579-619.

[1] John Dewey, *The Public and Its Problems* (Nueva York: Henry Holt, 1927), 84-5.

[2] Véase. por ejemplo, Giuseppe di Palma, *To Craft Democracies: An Essay on Democratic Transitions* (Berkeley: University of California Press, 1990), 23, para una defensa de la tesis de que el ideal democrático, para perdurar, debe desligarse «de la idea de progreso social»; y Samuel P. Huntington, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century* (Norman: University of Oklahoma Press, 1991), 165-9, para el argumento de que los líderes políticos que traicionan las demandas de justicia social de su electorado tienen más probabilidades de triunfar en la consolidación de instituciones democráticas que los que no lo hacen.

pueden extenderse a todos, o no; y la diversidad religiosa puede ser tolerada, o no. Así pues, lejos de promoverla necesariamente, la democracia puede en realidad minar cualesquiera condiciones que se piense que la justicia social requiere, y es en parte por ello por lo que se sostiene que las declaraciones de derechos y otras restricciones constitucionales impuestas sobre la política democrática merecen la pena. Esas restricciones limitan las posibilidades de injusticia social, al constreñir lo que pueden hacer quienes, en nombre de la democracia, detentan el poder del Estado.

Una vez que se ha sostenido que la democracia debe limitarse por las exigencias de la justicia social, surge sin embargo una dificultad. Hay muchas teorías de la justicia social en competencia, y no contamos con un criterio evidente para elegir entre ellas. En otro lugar he sostenido que los esfuerzos corrientes para resolver esta dificultad fracasan, y que las tensiones aparentes entre democracia y justicia deben ser reconsideradas en una línea que tiene más en común con las expectativas populares que con la ortodoxia académica. Desde mi punto de vista, aunque la democracia no es suficiente para asegurar la justicia social, los argumentos sobre la democracia y sobre la justicia social están más profundamente entrelazados de lo que la oposición tradicional sugiere. La dependencia mutua entre estos dos ideales viene señalada por el hecho de que, por un lado, la mayoría de los argumentos a favor de la democracia en el fondo descansan en intuiciones acerca de lo que es justo; y, por el otro lado, si profundizamos lo suficiente en los argumentos acerca de la justicia social, frecuentemente descubriremos que descansan en referencias a intuiciones morales democráticas. Esto no equivale a decir que los compromisos con la democracia y con la justicia social se implican mutuamente, sino que no es probable que se considere satisfactoria una concepción de una de estas nociones que menoscabe nuestras intuiciones morales acerca de la otra[3].

Extrayendo las implicaciones de esta observación, he intentado desarrollar una visión de la justicia social en la que las consideraciones democráticas juegan un triple papel fundacional: en la definición de los bienes sociales; en la determinación de los principios mediante los cuales deben resolverse los conflictos sobre bienes; yen la postura adecuada para implementar los principios de justicia en el mundo real de la política cotidiana[4]. Estas tres formas de ser demócrata establecen los términos básicos de la concepción que he caracterizado como justicia *democrática*, en oposición a las

[3] Véase mi «Three Ways to Be a Democrat», *Political Theory* 22 (Febrero 1994): 124-51.

[4] Debo decir desde el principio que al utilizar el término «fundacional» no intento aquí tomar partido en los debates acerca del carácter del conocimiento y de la existencia. Al describir un compromiso con la democracia como fundacional, sólo quiero sugerir que ningún otro compromiso político previo o más básico ordena correctamente nuestra vinculación común.

perspectivas liberal, socialista, conservadora y comunitarista, hoy tan en boga en la academia. Aunque mi visión está concebida como una alternativa a estas perspectivas, pretendo hacerla atractiva para muchos de sus defensores, pues no depende tanto de un conjunto alternativo de presupuestos sobre la justicia social cuanto de hacer explícitas las implicaciones de las intuiciones morales democráticas con las que muchos de ellos, pensándolo bien, se encontrarán comprometidos. Mis anteriores defensas de la justicia democrática han buscado aclarar el terreno y avanzar un mero programa, equivalente, como mucho, al pago de una señal para un argumento positivo sobre la justicia democrática. Mi objetivo ahora es entregar el primer plazo de la vertiente constructiva.

Se requieren, sin embargo, tres aclaraciones preliminares. En primer lugar, la democracia, tal y como yo la defiendo, es un bien subordinado. Con esto quiero decir que aunque la democracia es necesaria para ordenar las relaciones sociales con justicia, debemos resistirnos a toda insinuación de que es suficiente; de que es el máximo bien humano; de que es el único bien humano; o de que debe dominar todas las actividades en las que participamos. La democracia funciona mejor cuando establece los términos de nuestras interacciones civiles, sin determinar por ello su curso. Nuestras vidas requieren mucho más para ser satisfactorias y es equivocado esperar que la democracia provea esas otras cosas. Esta concepción se sigue de la idea de que, como las relaciones de poder constituyen parte -pero no la totalidad de la mayoría de las actividades colectivas, la democracia condiciona adecuadamente esas actividades, pero no las sustituye adecuadamente. Así pues, desde mi perspectiva, si bien debemos aspirar a vivir nuestras vidas colectivas en formas democráticas, debemos, ante todo, aspirar a vivirlas. El reto a la creatividad política es encontrar mecanismos institucionales de gobierno que hagan que ello sea posible.

En segundo lugar, mi argumento a favor de la justicia democrática es semicontextual, en el sentido en que varía en parte, pero sólo en parte, con el tiempo y las circunstancias. Algunos aspectos de lo que razonablemente puede pensarse que la justicia democrática requiere pueden cambiar con el tiempo, y variar tanto a través de los distintos ámbitos de la vida civil como de una cultura a otra. Esto significa que una elaboración satisfactoria del argumento sólo puede desarrollarse en la medida en que se exploren sus requerimientos en distintos contextos. Llevar esa carga es la tarea central de un proyecto más amplio, en el que ahora estoy embarcado. En el presente artículo me limito a explorar algunos aspectos del argumento a favor de la justicia democrática que pueden defenderse en términos generales.

En tercer lugar, al desarrollar mi argumentación a favor de la justicia democrática, mi interés se centra en un análisis en el nivel de los procedimientos

y de las instituciones, y no en asuntos relativos a intereses humanos de orden superior ni en cuestiones de justificación última. En este aspecto, mi enfoque es similar al de Rawls en su actitud «política, no metafísica», aunque a mí me parece que Rawls lleva demasiado lejos la pretensión de que cabe desarrollar una concepción política de la justicia, con independencia de compromisos filosóficos controvertidos[5]. La postura desarrollada aquí se basa en un escepticismo hacia las epistemologías y ontologías absolutistas que un platónico o un marxista clásico podrían defender. Pero este escepticismo es político, más que metafísico; no tomo ninguna postura acerca de si las doctrinas son o no verdaderas, sino sólo acerca de si es o no sensato permitir que nuestras vidas se guíen por sus requerimientos. Ahora bien, lo anterior no equivale a la neutralidad filosófica, porque los partidarios de tales visiones absolutistas probablemente vean sus aspiraciones políticas frustradas por la política que yo estoy defendiendo, en modos en que no las verán muchos falsacionistas, pragmatistas, empiristas, realistas y antifundamentalistas filosóficos. Mi tesis es que, dado que la neutralidad respecto a nuestros compromisos filosóficos últimos es imposible, la concepción democrática de la justicia social que describo es el compromiso político fundacional más apropiado.

Cabría objetar que, habiendo concedido que es imposible la neutralidad acerca de cuestiones de intereses de orden superior y de justificación última, uno no es libre de volver al nivel institucional y procedimental sin defender previamente las asunciones de nivel superior en las que un determinado análisis descansa. Esta conclusión me parece injustificada por tres razones relacionadas entre sí. En primer lugar, es verdad que toda teoría política descansa en presupuestos de nivel superior, pero también es cierto que todas esas asunciones son controvertibles. En consecuencia, si posponemos el tratamiento de las cuestiones de diseño institucional hasta que las cuestiones de nivel superior hayan sido resueltas, puede que lleguemos a ellas a la hora en que llegue Godot. Mientras tanto la vida continúa, y necesitamos fundamentos para preferir ciertos arreglos institucionales frente a otros. En segundo lugar, aunque suele pensarse que hay que empezar por asuntos generales porque es más probable que la gente llegue a acuerdos sobre ellos, y después pasar a otros más específicos y conflictivos -el demonio acecha en los detalles-, a menudo ocurre justo lo contrario, tal y como ha mostrado Cass Sunstein. Puede que una facultad sea capaz de llegar al acuerdo de otorgar una plaza a cierta persona, aun cuando sus miembros nunca podrían

[5] John Rawls, «Fairness to Goddness», *Philophical Review* 82 (1973): 228, y «Justice as Fairness: Political, not Metaphysical», *Philosophy and Public Affairs* 14, no. 3 (1985): 223-51, esp. 223-6.

llegar a un acuerdo acerca de las razones para ello. Extendiendo el ejemplo, al argumentar acerca de los méritos de distintos arreglos políticos suele ser prudente evitar -o, al menos, minimizar- la atención a cuestiones controvertidas de intereses de orden superior y de justificación última[6]. Este es el presupuesto que subyace a la presente discusión. Por último, como nadie puede hacerlo todo, corresponde a cultivadores de distintas disciplinas reflexionar allí donde crean que pueden aportar alguna contribución útil. En mi opinión, quienes hacen teoría política normativa deben concentrar su atención en analizar cómo se han de estructurar las dimensiones de poder de la interacción humana, dejando para los psicólogos, filósofos morales, o metafísicos, el análisis completo de los intereses de orden superior y los problemas de justificación última. Aunque toda división del trabajo intelectual será insatisfactoria desde algún punto de vista defendible, es inevitable tomar opciones a este respecto. El lector juzgará si yo he tomado aquí las correctas.

DOS DIMENSIONES DE LA JUSTICIA DEMOCRÁTICA

Los demócratas están comprometidos con el «gobierno por el pueblo». Insisten en que ningún aristócrata, monarca, burócrata, experto o líder religioso tiene derecho, en virtud de tal *status*, a forzar a la gente a aceptar una particular concepción de su adecuada vida en común. Las personas tienen que decidir por sí mismas, mediante procesos adecuados de decisión colectiva, cómo deben ser sus asuntos colectivos. Puede ser razonable pedirles que se consulten mutuamente, que se tengan en cuenta o que piensen en qué medida otros son afectados por sus acciones, pero más allá de esto nadie puede decirles legítimamente qué deben hacer. Las personas son soberanas y se autogobiernan en todo lo relativo a su vida colectiva.

Aunque esto se comenta menos en la literatura académica, la democracia significa, no menos que autogobierno colectivo, oposición al ejercicio arbitrario del poder. En este sentido, Barrington Moore señala que la democracia ha sido históricamente un arma «de los pobres y muchos contra los pocos y ricos». Quienes han luchado por ella en movimientos políticos organizados «la han querido como herramienta para aumentar su participación en el poder político y para debilitar el poder y la autoridad de quienes realmente gobiernan»[7]. Al menos en el mundo moderno, los movimientos democráticos han obtenido gran parte de su energía y su

[6] Véase Cass Sunstein, «On Legal Theory and Legal Practice», en *Nomos XXXVII: Theory, and Practice*. eds. Ian Shapiro y Judith Wagner DeCew (Nueva York, New York University Press, 1995), 267-87.

[7] Barrington Moore, Jr., *Liberal Prospects under Soviet Socialism: A Comparative Historical Perspective* (Nueva York: The Averell Harriman Institute, 1989), 25.

sentido de su oposición a jerarquías socioeconómicas, jurídicas y políticas que parecían caprichosas desde el punto de vista democrático. Enraizados en los despojos de los regímenes feudales y absolutistas, y forjados por las vicisitudes de la conquista y la oportunidad, los órdenes políticos del siglo XVIII -y del XIX- en Europa y Norteamérica parecían personificar, para los desposeídos, la jerarquía arbitraria y la dominación. Esta realidad fue un factor determinante, tanto como el que más, del surgimiento del movimiento obrero y de otros movimientos democráticos. Los filósofos radicales ingleses, los revolucionarios franceses y americanos, los cartistas del siglo XIX, y los movimientos anticolonialistas en el tercer mundo después de la Segunda Guerra Mundial, querían todos ellos liberarse de órdenes jerárquicos para los que no veían razón ni justificación alguna. Fue a esta dimensión de oposición propia del ideal democrático a la que apeló Nelson Mandela cuando fue sentenciado por traición por un tribunal sudafricano en 1961. Aceptando que había desobedecido a la ley al incitar a la resistencia frente al gobierno, se preguntaba, no obstante, si «la responsabilidad no recae sobre los hombros del gobierno que promulgó esa ley, sabiendo que mi gente, que constituye la mayoría de la población de este país, se oponía a dicha ley, y sabiendo además que cualquier medio legal para demostrar esa oposición les estaba vedado por la legislación anterior y por la acción administrativa del gobierno»[8].

La formulación de Mandela parece encarnar la visión convencional según la cual la democracia se refiere primariamente al autogobierno colectivo, y sólo de forma secundaria a la oposición. Después de todo, parte de su alegato era que él no debía estar sujeto a «una ley en cuya elaboración ni yo ni ninguno de los míos hemos tenido voz alguna»[9]. Pero también insistía en la falta de legitimidad de la ley, porque todas las vías legales de oposición a ella se habían cerrado. En un mundo de instituciones políticas ideales, una visión secundaria del lugar de la oposición en la política democrática podría ser defendible. Pero en el mundo real, donde los órdenes sociales llegan a ser lo que son mediante formas moralmente arbitrarias, y donde todos los procedimientos de gobierno, vistos desde cerca, resultan ser defectuosos, la oposición debe gozar de un *status* más independiente y elevado en una versión convincente de una política democrática justa. Esto es lo que pretendo sostener; pero veamos antes el lado de autogobierno de la ecuación.

[8] Nelson Mandela, «Address to Court before Sentencing» en *Ideologies of Liberation in Black Africa 1856-1970*, ed. J. Ayo Langley (Londres: Rex Collins, 1979), 665. Sobre los cartistas, véase Dorothy Thompson, *The Chartists,* (Londres, Temple Smith, 1984). Véase, en general, Elie Halevy, *The Growth of Philosophic Radicalism* (Nueva York: Kelley, 1972).

[9] Langley, *Ideologies of Liberation*, 664.

El autogobierno colectivo

Si se considera que la democracia supone que el pueblo sea soberano respecto de sus fines colectivos, ésta muestra un importante solapamiento con el liberalismo en cuanto ideología política. Ambos nacen de concepciones antivanguardistas del bien; sus partidarios se resisten ante la idea de que los valores deben imponerse a la gente contra su voluntad, en nombre de algún bien social superior. Las razones para sostener esta postura antivanguardista varían: pueden ir desde compromisos con distintas variantes del escepticismo filosófico, el pragmatismo y el antifundamentalismo, hasta la creencia en el valor psicológico de la reflexión crítica y de la contestación a la autoridad, o la convicción de que un cierto grado de pluralismo sobre los valores es social o políticamente deseable. Los liberales y los demócratas no se dividen entre sí de manera predecible acerca de todas estas cuestiones fundamentales, pero para la mayoría de ambos grupos alguna combinación de estas ideas desemboca en una resistencia al vanguardismo moral, basada en principios[10].

Sin embargo, los liberales y los demócratas sí se dividen de modo predecible acerca de las consecuencias institucionales que extraen de su antivanguardismo moral. Los liberales, que típicamente consideran a la libertad individual como el mayor bien, se centran normalmente en los mecanismos para proteger al individuo frente al ámbito de la acción colectiva. Los demócratas, en cambio, tratan de estructurar adecuadamente la acción colectiva de modo que incorpore las preferencias de los gobernados. Es característico de los liberales oponerse a esta lógica argumentando que ningún procedimiento puede integrar equitativamente las preferencias de todos los gobernados. Para los liberales, las reglas de decisión democráticas se convierten demasiado fácilmente en instrumentos mediante los cuales mayorías fantasma -a veces, incluso minorías manipuladoras- tiranizan a los individuos[11].

---

[10] Ni todos los liberales, ni todos los demócratas, coinciden en cuanto a cuáles de estas razones, o qué combinaciones de ellas, o qué combinaciones de estas y de otras razones, invocan para adherirse a concepciones antivanguardistas del bien.

[11] Para una típica formulación de esta opinión, véase William Riker, *Liberalisin against Populism* (Prospect Heights, IL: Waveland, 1982). Podría objetarse que la descripción del liberalismo, tal y como aparece en el texto, es una caricatura, en cuanto que trata de concepciones académicas, más que populares, y solo de una porción de las concepciones académicas del liberalismo. Acepto la objeción, aunque yo contestaría que es una porción en expansión, que va al menos desde los temores a la tiranía de la mayoría expresada a través del Estado que cabe encontrar en *On Liberty* de Mill (1859; reimpresión, Indianápolis, IN: Hackett, 1978) y en *Democracy in America* de De Tocqueville (1832; reimpresión, Garden City, NY: Doubleday, 1969), hasta el liberalismo libertario de Riker, de Nozick, y de Buchanan y Tullock discutidos en el texto, así como el antiestatalismo no libertario defendido por Judith N. Shkiar en *Ordinary Vices* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1984).

Aunque el argumento liberal tiene ciertos méritos, descansa en presupuestos erróneos acerca de la naturaleza de la política y acerca de los límites de la acción colectiva. Respecto a lo primero, el error liberal típico es centrarse en las formas de tiranía ejercidas por y a través del Estado como el único -desde luego, el principal- tipo de tiranía que debe preocupar a los teóricos de la política. Los compromisos liberales con la libertad negativa, las construcciones convencionales de dicotomías público/privado, y los argumentos a favor de un gobierno limitado, están todos moldeados según esta visión estatalista de la política. El poder estatal es un escenario potencial de dominación, pero hay muchos otros que permean los diversos ámbitos de la vida «privada». El gobierno puede ser un instrumento para mitigar la dominación tanto como una fuente de su generación. Como resultado, las opciones y las transacciones que pueden minimizar la dominación en el espacio de la sociedad probablemente desautoricen la fórmula simplista de que «el gobierno que menos gobierna es el que gobierna mejor».

La visión liberal es errónea también porque sus partidarios tienden a pensar que la cuestión de si nuestras vidas deben o no gobernarse por instituciones colectivas es una cuestión inteligible sobre la política. De ahí la afirmación de Robert Nozick de que la cuestión fundamental de la teoría política «es si debe o no existir algún Estado»[12]. Esta perspectiva induce al error porque las instituciones fundamentales que típicamente defienden estos autores, como la propiedad privada, los contratos y el monopolio público de la fuerza coactiva, han sido creadas y sostenidas por el Estado y financiadas, en parte, por impuestos implícitos sobre quienes preferirían un sistema alternativo. En el mundo moderno, la afirmación de Nozick tiene tanto sentido como la afirmación de que el terna fundamental de la astronomía es determinar si existen, o no, los planetas. Una estratagema típica de los liberales consiste en tratar de naturalizar, o si no, oscurecer, los órdenes institucionales liberales para enmascarar esta realidad. Tales subterfugios han recibido más atención de la que merecen en la historia reciente de la teoría política, así que ya no pueden seguir deteniéndonos[13].

Lo anterior no equivale a decir que el miedo liberal a la regla de las mayorías sea infundado. Sólo supone que necesitamos darle una respuesta distinta a la liberal convencional. Podemos empezar a desarrollar esa respuesta teniendo en cuenta, en primer lugar, que no hay ninguna razón para pensar

[12] Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (Nueva York: Basic Books. 1974). 4.

[13] Para una discusión más amplia de esta cuestión, véanse mis trabajos *The Evolution of Rights in Liberal Theory*, (Nueva York: Cambridge University Press, 1986), caps. 4-6. y «Three Fallacies Concerning Majorities, Minorities, and Democratic Politics», en *Nomos XXXII: Majorities and Minorities,* ed. John Chapman and Alan Werthemer (Nueva York: New York University Press, 1990), 79-125.

que hay una regla de decisión colectiva que sea la mejor. Distintas reglas serán adecuadas para los distintos ámbitos de la vida social, según la naturaleza del ámbito en cuestión, la importancia de la decisión para los participantes, los costes potenciales de la decisión para terceros, y otros factores contingentes relacionados con ella. Esta actitud pluralista acerca de las reglas de decisión surge de la idea de que la sociedad civil se compone de ámbitos de acción social que difieren cualitativamente entre sí[14].

Pocos liberales negarían esta última afirmación, pero ellos normalmente consideran que la regla de la unanimidad es la mejor opción disponible, que es la regla de decisión que con mayor probabilidad protegerá a los individuos contra la violación de sus derechos. Esta es, al menos en parte, la razón por la que los liberales tan a menudo encuentran atractivo el mecanismo del mercado. Los mercados encaman la regla de la unanimidad, en cuanto que toda transacción requiere el consentimiento de ambas partes. En la visión liberal, cuya defensa clásica encontramos en *The Calculus of Consent*, siempre son los *alejamientos* de la unanimidad los que conllevan la presunción de una necesidad de justificación, ya sea sobre la base de la eficiencia o en otros términos. En dicha obra, James Buchanan y Gordon Tullock sostienen que, en las condiciones de un contrato social hipotético, los individuos racionales preocupados por salvaguardar sus intereses insistirían en una jerarquía de reglas de decisión, empezando por la regla de la unanimidad para cuestiones constitucionales. Después vendrían «aquellas posibles decisiones colectivas o públicas que modifiquen o restrinjan la estructura de los derechos humanos o de propiedad individuales, una vez que éstos han sido definidos y generalmente aceptados por la comunidad». Previendo que la acción colectiva puede «imponer costes muy onerosos sobre él», el individuo tenderá «a dar un gran valor a la obtención de su consentimiento, y puede estar perfectamente dispuesto a soportar costes de decisión considerables con tal de asegurar que él estará eficaz y razonablemente protegido ante la confiscación». El individuo exigirá por tanto una regla de decisión que se aproxime a la unanimidad. Por último estaría la clase de acciones colectivas llevadas a cabo típicamente por los gobiernos. Respecto a ellas «el individuo reconocerá que la organización privada le impondrá algunos costes de interdependencia que podrían ser significativos, así que, como hipótesis, podemos suponer que aceptará desplazar tales actividades hacia el sector público». Ejemplos de ello son la enseñanza pública, la imposición de normativas sobre construcción o de protección contra incendios, y el mantenimiento de fuerzas policiales adecuadas. Para este tipo de

[14] Véase Michael Walzer, *Spheres of Justice* (Nueva York: Basic Books, 1983), 3-20, y Alasdair MacIntyre, *After Virtue,* 2ª ed. (Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 1984), 181-203.

«legislación general» el individuo apoyará, en el nivel constitucional, reglas de decisión que exijan un menor grado de acuerdo, aunque no necesariamente la regla de la mayoría simple; de hecho, dentro de esta clase, podrían acordarse como reglas óptimas mayorías diferentes para diferentes objetivos. «El número de categorías, y el número de reglas para la toma de decisiones que se elijan, dependerán de la situación que el individuo espera que prevalezca y de los «beneficios de escala» que se estima que resultarán de aplicar la misma regla a muchas actividades»[15].

Esta historia sólo sería intuitivamente plausible si tomáramos en serio la metáfora contractualista en la que se basa, suponiendo un *statu quo* prepolítico donde no hay acción colectiva y luego una serie de medidas consensuales que conducen a la creación de lo que conocemos como sociedad política. Pero, como han señalado Brian Barry, Douglas Rae y otros, una vez que se ha rechazado este presupuesto, no hay ninguna razón particular para considerar a la regla de la unanimidad como la mejor regla de decisión disponible[16]. En el mundo real de la política actual, si asumo que es tan probable que yo rechace como que apoye una determinada medida independientemente de que sea el *statu quo*, entonces lo lógico es preferir la regla de la mayoría o algo parecido a ella. A medida que nos movemos de la regla de la mayoría a la de la unanimidad, empezamos a privilegiar el *statu quo*. Esto, con razón, parecerá arbitrario en un mundo que no ha evolucionado cooperativamente desde una condición precolectiva. En pocas palabras, *ceteris paribus* la tiranía de la mayoría es algo que la gente debe racionalmente temer, pero no debe temerla tanto como a la tiranía de la minoría[17].

La discusión anterior refuerza la idea de que no existe una única regla de decisión para el gobierno democrático que sea la mejor. En los ámbitos de la vida social en los que las relaciones sí que tienden realmente a aproximarse

[15] James Buchanan y Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy* (Ann Arbor, MI: Ann Arbor Paperbacks, 1962), 77, 73-6.

[16] Brian Barry, *Political Argument*, 2ª ed. (1965; reimpresión, Herefordshire: Harvester Wheatsheaf, 1990); Douglas W. Rae, «Decision-Rules and Individual Values in Constitutional Choice», *American Political Science Review*, 63, no. 1 (1969): 40-56, 51; Michael Taylor, «Proof of a Theorem on Majority Rule», *Behavioral Science* 14 (Mayo 1969): 228-31. Cuando el número de votantes es impar, la regla de decisión óptima es la regla de la mayoría, 12 entre dos, más un medio; cuando *n* es par, la regla de decisión óptima es, o bien la regla de la mayoría (*n* entre dos más uno), o la regla de la mayoría menos uno (simplemente *n* entre dos). En general, véase Dennis C. Mueller, *Public Choice II* (Nueva York: Cambridge University Press, 1989), 96-111.

[17] Incluso si aceptamos la metáfora contractualista, puede mostrase que la lógica de la defensa de la regla de la unanimidad que esgrimen Buchanan y Tullock se derrumba cuando tomamos en cuenta el tiempo y las externalidades. Véase Douglas W. Rae, «The Limits of Consensual Decision», *American Political Science Review* 69 (1975): 1270-94.

a la metáfora contractualista -porque son creadas *ex nihilo* por los participantes y porque tienen un carácter básicamente cooperativo- es defendible una presunción a favor de la aceptación de la regla de la unanimidad. Cabe pensar en el matrimonio en Estados Unidos hoy en día como un caso paradigmático. El matrimonio se crea consensualmente, normalmente con la expectativa de que, en los asuntos importantes, el gobierno cotidiano también será consensual (de hecho, desde que en los años setenta aparece el divorcio sin causa, encontramos una forma inusualmente fuerte del requisito de la unanimidad. En la mayoría de los Estados de la Unión, cualquiera de los cónyuges puede -tras un breve período de espera- pedir el divorcio unilateralmente: el matrimonio sólo perdura mientras ambos cónyuges estén de acuerdo en mantenerlo. Lejos de privilegiar el *statu quo*, esta variante de la regla de la unanimidad lo hace permanentemente vulnerable, ya que la regla no se define por referencia al *statu quo*, sino recreando efectivamente las condiciones previas a él, a voluntad de cualquiera de las partes)[18].

Muchas relaciones sociales quedan muy lejos del ideal contractualista: no se crean *ex nihilo*, en el sentido de los matrimonios hoy en Estados Unidos, y están estructurados en buena medida por fuerzas distintas de las voluntades de los participantes. Incluso los matrimonios sin hijos suponen la creación de vínculos y externalidades que pueden socavar su carácter exclusivamente consensual. Sin embargo, se trata de una cuestión de grado. A menudo las relaciones sociales no son contractualistas en un grado que se parezca al del matrimonio, incluso aunque tengamos en cuenta tales vínculos; piénsese, como ejemplo más obvio, en las relaciones paterno-filiales. Los órdenes políticos constitucionales a menudo son considerados como presuntamente contractualistas, por su carácter fundacional y por el lugar que ocupan en la tradición del contrato social. Puede que tales acuerdos constitucionales fueran algún día consentidos por las partes relevantes, pero en realidad, incluso en la fundación de Estados Unidos, sólo consintió una clase muy reducida, y aún así no unánimemente. Cualquiera que fuera el elemento contractualista que estos arreglos pudieran haber tenido algún

[18] Podría parecer que el divorcio sin causa destruye completamente el contrato matrimonial *qua* contrato, ya que el matrimonio puede disolverse simplemente a voluntad de cualquiera de las partes. Pero esta conclusión (i) ignora el hecho de que la regla convencional de la unanimidad sí opera en el matrimonio a menos (y hasta) que el matrimonio llegue al punto de la disolución, y (ii) asimila las causas de divorcio con los *términos* del divorcio (y en particular, la asignación de costes que el juez impone entre las partes que se divorcian). De hecho, muchos países -y algunos Estados de EE.UU.- que aceptan alguna forma de divorcio sin causa no lo llevan hasta sus últimas consecuencias, sino que insisten en que el juez debe constatar que ha ocurrido una «ruptura irreversible» de la relación conyugal, para lo cual el juez puede tener en cuenta diversos factores, entre ellos los deseos de las partes. Véase Mary Ann Glendon, *Abortion and Divorce in Western Law* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987), 64-81.

día, generaciones después éste se ha perdido en la noche de los tiempos. En tales circunstancias (sin duda hay otras), no hay ninguna razón evidente para considerar a la regla de la unanimidad como la mejor sobre la base de que materializa el consentimiento de los gobernados.

Tampoco hay buenas razones para pensar que alguna regla de decisión alternativa sería la adecuada para regir todas las relaciones, cuando el elemento contractualista está ausente o queda desplazado por otros factores. Como indican los ejemplos recién mencionados, ésta es una clase heterogénea. En ciertos ámbitos, del tipo de los que Rae sin duda tiene en mente, la regla de la mayoría es *prima facie* la mejor regla de decisión. Aquí se incluyen las relaciones típicamente caracterizadas por transacciones impersonales manteniendo las distancias *[arms-length]*, en las que aspectos sustanciales de la acción colectiva en cuestión son competitivos más que cooperativos, y en las que no hay razones obvias para apoyar decisiones paternalistas. También se incluyen casos en los que las personas o bien nacen inmersas en relaciones estructurales de las que no es fácil liberarse, o bien, si llega a haber un elemento contractualista en su participación, éste viene acompañado en buena medida por lo que los marxistas llaman «coerción estructural». Independientemente de cuáles sean sus apariencias superficiales, las relaciones en cuestión no son sustancialmente voluntarias. Los argumentos a favor de la democracia industrial, en los que la regla de la mayoría juega un papel sustancial, generalmente invocan alguna combinación de estas características para justificar su atractivo; la lógica de Rae nos proporciona razones para aceptarlos[19].

No obstante, no toda forma de asociación no contractualista o mínimamente contractualista ha de ser gobernada por la regla de la mayoría. Tanto el razonamiento de Buchanan y Tullock como el de Rae dan por sentado que, *ceteris paribus*, los costes de decisión deben ser minimizados; algo por lo cual han sido a veces criticados por parte de los defensores de la democracia participativa[20]. Más que seguir el razonamiento de la democracia participativa (que tiene sus propias dificultades)[21], el argumento que aquí se sostiene es que la participación misma debe ser pensada de un modo sensible al contexto. En algunas circunstancias la participación no es más que un coste que ha de ser minimizado, sujeto a que se logre o se prevenga un cierto resultado. Cualquiera que se haya sentado en suficientes Juntas de Facultad sabrá cómo es al menos una de esas circunstancias. En otras situaciones, puede ser razonable diseñar las instituciones de modo que se maximice

[19] Véase Robert Dahl, *A Preface lo Economic Democracy* (Berkeley: University of California Press, 1985), 111-35.19.

[20] Véase Elaine Spitz. *Majority Rule* (Chatham, NJ: Chatham House, 1984), 135-215.

[21] Véase mi «Three Ways to Be a Democrat», 142-4.

la participación. Los jurados son un ejemplo obvio de este último caso. Generalmente se exigela unanimidad sólo porque ello fuerzala discusión y la deliberación conjunta, mediante la cual, a su vez, se considera que es más probable llegar a descubrir la verdad en un tribunal, y ése es el objetivo que se persigue. Las relaciones paterno-filiales son también relaciones no contractualistas (ya que el niño no ha pedido nacer, ni ha elegido a sus padres) que no se prestan a ser regidas por la regla de la mayoría, al menos no para muchas cuestiones. En estas relaciones se necesita más flexibilidad a la hora de delinear el ámbito apropiado para la participación de las distintas partes, porque estas relaciones incluyen la total dependencia de los niños pequeños respecto de sus padres, relaciones entre adultos más o menos iguales, y relaciones entre adultos y sus padres conforme van envejeciendo. Y como los seres humanos son criaturas que se van desarrollando, para quienes los procesos de decisión deben irse aprendiendo a lo largo del tiempo, debe haber margen para que los regímenes de gobierno familiar se adapten a las cambiantes capacidades e interdependencias de las personas. Para ser adecuadas, las reglas de decisión que regulen las relaciones domésticas deben ser capaces de responder a esta compleja realidad.

Tomar buena nota de estas complejidades aporta credibilidad a la propuesta de que, cuando puedan descubrirse y ponerse en funcionamiento, deben preferirse soluciones locales para problemas locales. Los tipos de conocimiento pertinentes para democratizar una determinada actividad a menudo serán accesibles en mayor proporción para quienes están inmersos en dicha actividad, ya que tienen de ella una experiencia directa y una compresión desde el punto de vista del participante. En este aspecto, el argumento de la justicia democrática es compatible con las aspiraciones de muchos que se consideran a sí mismos comunitaristas. Hay que señalar, sin embargo, que hay situaciones en lasque ninguna regla de decisión local podrá funcionar eficazmente desde el punto de vista del autogobierno democrático, siendo el caso más obvio cuando los obstáculos para salir son insuperables para algunos y fácilmente salvables, para otros. Un testimonio elocuente de ello es la reciente historia norteamericana de éxodo blanco de los distritos escolares del centro de la ciudad, desde los años sesenta. Tanto si la población de clase media, mayoritariamente blanca, opta por salir del sistema de enseñanza pública como si decide irse a vivir fuera del casco urbano (o ambas cosas, para evitar tanto usar como pagar las escuelas públicas de las zonas céntricas), su capacidad para salir socava la democracia en la provisión de enseñanza. Una regla local de la mayoría promueve el éxodo blanco, pero una regla local de unanimidad otorga a los individuos insolidarios un derecho de veto que les permite evitar contribuir a la provisión de enseñanza pública. En este tipo de circunstancias, la presencia de problemas

de acción colectiva sugiere que entran en juego otras limitaciones que van más allá de la preferencia por una regla de decisión local frente a otra.

Las reglas de decisión apropiadas para los distintos aspectos de la vida varían, pues, en función de la actividad en cuestión y de los objetivos en torno a los cuales se organiza. Pero decir esto es resolver un problema planteando otro, ya que estas actividades y objetivos nunca están establecidos y hay normalmente, quizás endémicamente, discrepancias respecto a ellos[22]. ¿Cómo podemos decir que la naturaleza de la actividad en cuestión hace que una regla de decisión sea más adecuada que otra, habiendo admitido que esos objetivos y actividades están inevitablemente en conflicto? Mientras que la mayoría de los liberales dirían que todas las relaciones sociales deberían diseñarse de nuevo, para aproximarnos lo más posible al ideal contractualista (independientemente de cómo estén organizadas actualmente), el carácter subordinado del compromiso democrático en el argumento a favor de la justicia democrática excluye que yo defienda una pretensión semejante. En su lugar, mi argumento recomienda un enfoque más pragmático que es antivanguardista tanto en método como en sustancia, porque no debemos ni aceptar las cosas tal y como han evolucionado, ni tampoco aspirar a diseñarlas de nuevo, *tabula rasa*. Nuestro objetivo ha de ser más bien tomar las relaciones sociales tal y como nos las encontramos, y descubrir formas de democratizarlas a medida que las reproducimos. La justicia democrática tiene pues una dimensión burkeana, pero atemperada por la aspiración de crear un mundo más democrático con el paso del tiempo. Es razonable que las formas dominantes de hacer las cosas tengan parcialmente cabida en nuestro objetivo, pero esa pretensión es condicional y siempre sujeta a revisión en sentido democrático; la legitimidad que por inercia tienen las formas de gobierno existentes jamás puede alcanzar un *status* que vaya más allá de una presunción derrotable. El reto creativo consiste en idear métodos de gobierno que condicionen democráticamente las formas existentes de hacer las cosas, y que además abran vías para su reevaluación con el tiempo.

Aunque no hay una única regla de decisión que sea la mejor para regir los diversos ámbitos de la sociedad civil, sí surge de lo dicho hasta aquí una limitación general a la hora de pensar sobre las reglas de decisión: debe presumirse que cualquiera que se vea afectado por el funcionamiento de un particular ámbito de la sociedad civil tiene algo que decir respecto a su gobierno. Esto surge de la idea democrática básica de que la gente sabe gobernarse a sí misma. El exigir que todos los afectados sean oídos no significa

[22] Esto se discute ampliamente en mi libro *Political Criticism* (Berkeley: University of Califorma Press, 1990), 252-61.

exigir que esta presunción sea concluyente ni que todas las opiniones deban tener necesariamente el mismo peso. A menudo -pero no siempre hay buenas razones para, respecto del gobierno de un determinado ámbito, dar menos voz a las personas ajenas al mismo (que pueden estar sujetas a sus efectos externos) que a las personas inmersas en dicho ámbito; e incluso, dentro de un mismo ámbito, puede haber fuertes razones para distribuir desigualitariamente la autoridad, y quizás hasta para excluir a algunos participantes en algunas circunstancias. Cuáles sean esas circunstancias es algo que no se puede determinar de modo general, pero podemos decir que partimos de la presunción de una inclusión universal.

También podemos decir que las propuestas que menoscaban la inclusión universal despiertan razonablemente sospechas, cualquiera que sea su origen. En el caso límite de que alguien se venda como esclavo, su consentimiento debe considerarse nulo *ab initio*. Pero la mayoría de los ataques a la inclusión son considerablemente menos radicales que la de venderse a uno mismo como esclavo. En consecuencia, evaluar las políticas y las prácticas que limitan el carácter y la extensión de la participación de los gobernados en las decisiones que les afectan es algo mucho más difícil (y controvertido), desde la perspectiva de la justicia democrática, que en el caso de la esclavitud. En el mundo de la política cotidiana de nuestros días a menudo habrá circunstancias en las que sea razonable que la inclusión ceda ante otros imperativos. Pero el argumento general aconseja sospechar de tales concesiones; la carga de la persuasión recae en quienes ahogan a su favor.

Aunque las exigencias del principio de inclusión universal varían según las circunstancias, es posible defender en términos generales al menos una limitación sobre él, que va más allá del caso límite de la esclavitud: es inaceptable la participación de una persona o grupo en formas tales que hagan que la participación de otros participantes legítimos carezca de sentido. Por ejemplo, se estima que en Estados Unidos las empresas sanitarias y las compañías de seguros médicos gastaron, entre 1993 y 1994, más de 50 millones de dólares en publicidad y en ejercer presiones para derribar el proyecto de reforma de la sanidad de la administración Clinton, y que hubieran gastado lo que hiciera falta para lograr ese resultado[23]. Si admitimos, *arguendo*, esta versión de los hechos, podemos decir que una concepción de la participación que permite semejante resultado va demasiado lejos; supone dar a un sector de los intereses afectados por el proyecto el poder de arrasar la participación

[23] La cifra de 50 millones aparece en el informe de Tim Rinne, «The Rise and Fall of Single-Payer Health Care in Nebraska», *Action for Universal Health Care* 3, no. 10 (Mayo 1995): 4-5. Véase también Tom Hamburger y Ted Marmor, «Dead on Arrival: Why Washington's Power Elites Won't Consider Single Payer Health Reform», *The Washington Monthly* (Septiembre 1993): 27-32.

de otros y de determinar el resultado de forma más o menos unilateral. Desde luego, esta regla no nos dice qué tipos de limitaciones sobre el discurso político y sobre el ejercicio de presiones son apropiadas, pero establece un límite externo sobre el debate.

La idea de autogobierno colectivo que aquí se defiende tiene una base causal. El derecho a participar proviene de que se tenga un interés que pueda verse afectado por la acción colectiva particular en cuestión. En este sentido, el argumento de la justicia democrática difiere de las perspectivas liberal y comunitarista, pues ambas consideran la pertenencia a la comunidad relevante como un «triunfo» de la baraja (los liberales asumen esto implícitamente, los comunitaristas lo argumentan expresamente)[24]. Una vez destronada la forma de pensar contractual ista, es difícil encontrar algún principio que sirva de base para considerar que la pertenencia al grupo en cuestión tiene carácter primario. En la perspectiva avanzada aquí, la estructura de las reglas de decisión debe seguir los contornos de las relaciones de poder, y no los de las pertenencias políticas. Adoptar la perspectiva de base causal tiene implicaciones para un montón de cuestiones relativas a la justicia entre generaciones y al tratamiento de las externalidades. En un mundo en el que las cuestiones militares y medioambientales, de ámbito internacional, dominan cada vez más la agenda política, cabe esperar que el que se adopte o no esta perspectiva tenga consecuencias sobre un área creciente del panorama político.

Se objetará que hay serias dificultades para determinar quién debe considerarse afectado por una decisión particular y quién ha de decidir qué pretensiones de estar entre los afectados deben ser aceptadas. Desarrollar aquí una defensa completa de la perspectiva de base causal nos llevaría demasiado lejos, pero cabe señalar al menos dos cuestiones. En primer lugar, aunque determinar quién sea el afectado por una decisión es algo destinado a suscitar controversias, este dato apenas sirve para distinguir los argumentos causalmente basados de los argumentos sobre la justicia social basados en la pertenencia a un grupo. Quién ha de decidir, y con qué autoridad, qué persona deba considerarse miembro, es una cuestión tan cargada de un bagaje conceptual e ideológico como la de quién debe decidir, y con qué autoridad, qué persona resulta causalmente afectada por una determinada decisión

[24] Los liberales dan por descontado el estado-nación como unidad básica, tratándola como una especie de asociación voluntaria lockeana ampliada, como a menudo se ha señalado al criticar a Rawls. Véase John Rawls, A *Theory of Justice* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971), 371-82, y su artículo «The Law of Peoples», *Critical Inquiri* 20 (Otoño 1993): 36-68. Sin duda esto es a menudo una consecuencia de la propensión liberal a pensar en términos contractualistas. Para una ilustración de la visión comunitaria de la pertenencia como el bien-triunfo básico, véase Walzer, *Spheres of Justice*, 9, 31-63.

colectiva. Estas dificultades no deben tomarse pues como decisivas contra la perspectiva basada en la causalidad, si la perspectiva basada en la pertenencia al grupo se ve como la alternativa. En segundo lugar, hay una considerable experiencia sobre argumentos basados en la causalidad en el campo del Derecho de responsabilidad extracontractual por daños o ilícitos civiles *[tort law]*. Aunque las acciones de responsabilidad civil por daños a menudo se refieren a los efectos causales de decisiones individuales y no de decisiones colectivas, los tribunales, al tratarlas, han desarrollado mecanismos para determinar de quién han de ser las demandas que merecen ser oídas, para separar las demandas genuinas de las frívolas, y para distinguir la fuerza mayor o menor de las reclamaciones de haberse visto afectado negativamente por una conducta, modulando en consecuencia las soluciones. Este no es un argumento para convertir a la política en una especie de Derecho de daños; el objetivo de la comparación es mostrar que en otras áreas de la vida social se han desarrollado mecanismos institucionales para evaluar y manejar reclamaciones en conflicto de estar causalmente afectado por acciones. Puede que sean mecanismos imperfectos, pero deberían ser valorados por referencia a otros mecanismos imperfectos de torna de decisiones colectivas que hoy prevalecen en el mundo real, y no comparándolos con un ideal que no se realiza en ninguna parte[25].

Institucionalizar la oposición

Barrington Moore sostiene que el criterio para definir la democracia es «la existencia de una oposición legítima y, hasta cierto punto, efectiva». No hace falta seguirle en todo para estar de acuerdo con él en que las instituciones que promueven una «leal» oposición son esenciales para la vida democrática[26]. Esto es así por varias razones conectadas entre sí. En primer lugar, las instituciones de oposición cumplen la función de proporcionar espacios para que potenciales liderazgos alternativos puedan organizarse, haciendo posible los cambios de poder periódicos que son necesarios -aunque no suficientes- para el gobierno democrático. En segundo lugar, las instituciones

[25] Mi tesis de que la perspectiva de base causal es más defendible que las alternativas existentes es compatible con una serie de argumentos recientes cuyo propósito es desplazar del papel central a la soberanía basada en la pertenencia en cuanto determinante decisivo de la participación, y sustituirla por sistemas de jurisdicción superpuesta en los que diferentes grupos de personas son vistos como soberanos respecto de diferentes clases de decisiones. Véase Thomas Pogge, «Cosmopolitanism and Sovereignty», *Ethics* 103 (Octubre 1992): 48-75; Alexander Wendt, «Collective Identity-Formation and the International State», *American Political Science Review* 88, no. 2 (Junio 1994): 384-96 y William Antholis, «Liberal Democratic Theory and the Transformation of Sovereignty» (tesis doctoral, Yale University, 1993).

[26] Barrington Moore, Jr., *Liberal Prospects*, 8. Véase también Archibald S. Foord, *His Majesty's Opposition*, 1714-1830 (Oxford: Oxford University Press, 1964).

de oposición ayudan a legitimar la democracia, al atraer el disenso social hacia fuerzas antigubernamentales dentro del régimen, en vez de dirigirlo contra los fundamentos del régimen. Así, la rabia y el descontento pueden encauzarse contra determinados sujetos que detentan el poder, sin poner en peligro la legitimidad del orden democrático. En tercer lugar, las instituciones de oposición sirven al interés público porque aseguran que haya grupos e individuos motivados para hacer preguntas molestas, echar luz sobre oscuros rincones, y denunciar los abusos de poder. La importancia de estas consideraciones no debe minimizarse, pero hay todavía una razón más básica por la cual la posibilidad de una oposición efectiva es un requisito esencial de la justicia democrática. A menos que la gente pueda desafiar las normas existentes con una esperanza realista de poder cambiarlas, el requisito de no vemos atados de manera inalterable a la herencia del pasado resultará vacío. La dimensión burkeana de la justicia democrática no podría atemperarse en la forma en que lo exige la justicia democrática.

Más adelante sostendré que el imperativo de hacer posible una oposición efectiva conduce a tres condiciones que limitan el ejercicio del poder. En términos procedimentales, este imperativo supone que las reglas de gobierno han de considerarse inaceptables si hacen imposible la revisión del *statu quo*. Así pues, siempre debe haber mecanismos mediante los cuales pueda articularse la oposición. Para ser efectivas, las garantías procedimientales tienen que estar respaldadas por amplias libertades de expresión, de petición y de asociación, pero incluso así tales libertades pueden ser a menudo insuficientes para asegurar una oposición significativa. Algunos han sugerido que la democracia «sustantiva» es el remedio adecuado para esta enfermedad, y aunque yo me resisto a esa conclusión, sí que defiendo una limitación cuasi-sustantiva sobre el ejercicio del poder: que por lo general debe presumirse que las jerarquías son sospechosas, dada su propensión a degenerar en sistemas de dominación. Esta presunción en contra de la jerarquía debe ser derrotada en muchas circunstancias, algunas de las cuales yo exploro a través de una serie de interrogantes que la justicia democrática plantea directamente a los órdenes jerárquicos. Pero la carga de la justificación debe recaer sobre quienes defienden determinadas jerarquías.

Como no existen reglas de decisión perfectas, los resultados incluso de los mejores procedimientos democráticos dejarán a algunos justificadamente agraviados. Los defensores del ultraliberalismo libertario derivan de ello la conclusión de que es mejor tener tan poca acción colectiva como sea posible; pero, como ya argumenté anteriormente, en un mundo de relaciones de poder omnipresentes esta opción no es ni satisfactoria ni plausible. Decir esto no supone negar que las reglas de decisión democráticas puedan conducir a la imposición de resultados por parte de un grupo sobre otro, o

que la justificación de dichas imposiciones que proponían los teóricos clásicos de la democracia no sea tal[27]. Lo que sugiere es que los procedimientos para expresar la oposición deben considerarse valiosos independientemente de los mecanismos de decisión colectiva que prevalezcan. Reconociendo que la vida continúa y que hay que tomar decisiones, debemos buscar la reglas de gobierno democrático más apropiadas para cada circunstancia. Pero, no obstante, la gente debe seguir teniendo la libertad de oponerse a lo que se decida, y de intentar cambiarlo.

Exigir que se tolere una oposición real a menudo va más allá de lo que los grupos dominantes están dispuestos a aceptar, ya que ello puede debilitar su control sobre los valores y objetivos colectivos. En consecuencia, suelen oponerse a la oposición o intentan hacerla inoperante. Parte del desafío de la justicia democrática es institucionalizar mecanismos para detener a esos grupos dominantes, y no parece arriesgado suponer que, por sí solas, las garantías procedimentales de la libertad de oposición no aseguran este objetivo. Los teóricos de la democracia que valoran la oposición efectiva, como Huntington, hace tiempo que reconocieron que, a menos que las garantías procedimentales se respalden con amplias libertades civiles y políticas de expresión, prensa, reunión y asociación, es muy fácil hacerlas inoperantes[28]. La historia de simulacros de democracia durante la era comunista ilustra lo que puede ocurrir cuando las libertades no son respetadas. Los demócratas serían unos insensatos si alguna vez las consideraran prescindibles.

Aunque las libertades son a menudo esenciales para asegurar un espacio a la oposición y para fomentarla, sería un error concluir que por lo general serán suficientes. Para ver por qué esto es así, hay que tener en cuenta que las libertades pueden en realidad debilitar la posibilidad de desafiar el *statu quo*, tal y como indicaba mi anterior discusión acerca de la reforma sanitaria propuesta por Clinton. Las desigualdades en el control de los recursos necesarios para hacer de las libertades un instrumento al servicio de una oposición eficaz pueden suponer que los grupos estratégicamente fuertes, cuando están comprometidos con los órdenes existentes, sean capaces de

[27] Incluso antes de llegar la moderna literatura sobre la elección pública *[public choice]*, Schumpeter mostró los defectos lógicos de la idea rousseauniana de una «voluntad general», concluyendo que «aunque todavía se pueda decir que una voluntad común o una opinión pública de algún tipo emerge de la maraña infinitamente compleja de situaciones individuales o grupales, voliciones, influencias, acciones y reacciones del "proceso democrático", el resultado carece no sólo de unidad racional, sino también de sanción racional». Joseph Schumpeter, *Capitalism, Socialism, and Democracy* (Nueva York: Harper and Row, 1942), 253.

[28] Huntington considera que hace falta al menos dos cambios de gobierno derivados de elecciones para que un país sea democrático. Véase *The Thial Wave*, 6-7, Véase también Robert Dahl, *Polyarchy: Participation and Opposition* (New Haven, CT: Yale University Press, 197l).

bloquear todo intento de alterarlos. Así pues, aunque es razonable considerar que las libertades son valiosas por su propensión a permitir e incluso fomentar la oposición, no son una panacea. Cuando quienes están comprometidos con el *statu quo* tienen un acceso sin igual a la información, a la riqueza y a los recursos organizativos, ellos pueden utilizar las libertades para reforzar sus ventajas.

La toma de conciencia del impacto combinado de reglas de decisión imperfectas y de un desigual control sobre los recursos políticos ha llevado a algunos autores a defender concepciones «sustantivas» de la democracia frente a las concepciones «procedimentales», normalmente invocando alguna variante de la célebre nota a pie de página número catorce del Juez Stone en *United States v. Carolene Products Co*. Observando que los procesos democráticos que funcionan bien pueden conducir a la dominación por parte de «minorías discretas y aisladas», Stone apoyó la posibilidad de que, cuando esto ocurriera, se pudiera limitar razonablemente su funcionamiento. Stone trató una clase bien delimitada de casos, pero su tesis es general y otros han empleado su razonamiento extendiéndolo hacia otros temas[29]. Por ejemplo, John Hart Ely defendió gran parte del activismo del tribunal Warren haciendo referencia al razonamiento de *Carolene Products*[30]. De modo similar, Charles Beitz ha introducido las mismas consideraciones en el argumento de que la justicia cuantitativa del derecho de sufragio igualitario nunca asegurará resultados sustantivamente democráticos[31]. Según Beitz, un sistema verdaderamente democrático de «justicia cualitativa» necesita

[29] Stone centró su atención en «leyes dirigidas a minorías religiosas o raciales particulares» y en circunstancias que tienden «a coartar gravemente el funcionamiento de los procesos políticos en los que normalmente se ha de confiar para proteger a las minorías», *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), 152 n. 4.

[30] John Hart Ely, *Democracy and Distrust* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980). Ely describió su argumento como puramente procedimental, diseñado para reparar defectos del proceso democrático. Pero, como han señalado los críticos y lo muestra la discusión que presento más adelante, se trata obviamente de un argumento sustantivo. Véase R. Simth, *Liberalism and American Constitutional Law* (Cambridge. MA: Harvard University Press, 1985), 89-91, 170-4.

[31] Charles Beitz. «Equal Opportunity in Political Representation», en *Equal Opportunity*, ed. Norman E. Bowie (Boulder. CO: Westview, 1988), 155-74. No debe pensarse que la lógica de *Carolene Products* es un recurso exclusivo de la izquierda política. Por ejemplo, Riker y Weingast la utilizan para criticar los impuestos sobre la propiedad: «¿Qué protección hay frente a los miembros de las actuales mayorías para impedir que se otorguen a sí mismos beneficios privados y redistributivos con el pretexto de perseguir objetivos públicos, y a costa de alguna minoría de propietarios y de la eficiencia de la producción? ¿Por qué es menos problemático restringir los derechos económicos de una minoría que restringir los derechos políticos de esa misma minoría?». William H. Riker y Barry R. Weingast, «Constitutional Regulation of Legislative Choice: The Political Consequences of Judicial Deference to Legislatures», The Hoover Institution, Stantord University, *Working Paper Series* (Diciembre 1986), 6.

previamente un sistema de «legislación justa», ya que no se puede confiar en que el mero derecho de sufragio igualitario produzca resultados justos[32].

Sólo con formular las bases de las concepciones sustantivas de la democracia, sus dificultades saltan a la vista: ¿cómo sabe Ely qué procesos democráticos debieron haberse alcanzado de no haber sido corrompidos por el problema *Carolene*?; ¿de dónde sale la teoría de la legislación justa, frente a la cual Beitz evaluaría los resultados de los procedimientos electorales[33]? Autores como Ely y Beitz tienen poco que decir a quienes no hayan sido persuadidos por sus respectivas ideas de «igual consideración y respeto» y de «justicia cualitativa». Si, como yo sostengo, no hay ningún criterio de justicia que sea anterior a lo que genera la propia democracia, esto no debe sorprendernos. Decir esto no responde, sin embargo, a la dificultad que motiva el tipo de razonamiento de *Carolene*: no hay reglas de decisión perfectas, y cabe esperar que, *ceteris paribus*, quienes están mejor situados para traducir las libertades en poder político se salgan con la suya. El problema es real, pero las soluciones expuestas son excesivas, siendo deseable encontrar un terreno intermedio. «Más que el proceso, menos que la sustancia», podría ser un eslogan adecuado.

Lo que yo sugiero es que marquemos ese terreno intermedio con la propuesta de que las jerarquías deben presumirse sospechosas. La razón de mi sugerencia es que, aunque las jerarquías pueden existir para muchos propósitos legítimos, por definición contienen tanto desigualdades de poder como oportunidades para la oposición truncadas. Como dijo Lord Acton, el poder tiende a corromperse. Quienes detentan el poder, incluso -y quizás especialmente- cuando lo han obtenido legítimamente, se convencen muy fácilmente de que su autoridad debe expandirse en el tiempo y en el espacio; de que los críticos son ignorantes o irresponsables; y de que los subordinados carecen de la capacidad necesaria para ascender desde los roles inferiores. La seducción que ejerce el poder puede hacer que quienes lo detentan en un marco de jerarquías se desvíen de sus fines legítimos, reduciendo la, jerarquías a su mera dimensión de poder. El comparativamente limitado espacio para la oposición hace difícil bloquear o controlar su degeneración en sistemas de dominación. De hecho, cuanto más avanza la degeneración, más probable será que se reduzcan las posibilidades de oposición. Es por esto que los demócratas deben vigilar con ojos escépticos cualquier orden jerárquico, colocando la carga de la prueba en quienes lo defiendan. No siempre se abusa del poder, pero a menudo así ocurre, y lo sensato para los demócratas es estar en guardia ante esa posibilidad.

---

[32] Beitz, «Equal Opportunity», 168.

[33] Los compromisos políticos quijotescos que surgen de la exigencia de derrocar toda jerarquía en cualquier lugar han sido explorados por Roberto Unger en su trilogía *Politics* (Nueva York: Cambridge University Press, 1987). Para una crítica a sus argumentos, véase mi «Constructing Politics», *Political Theory* 17 (Agosto 1989): 475-82.

Las observaciones anteriores no implican que todas las jerarquías deban ser eliminadas, suponiendo que ello fuera posible[34]. Lo que sugieren es que hay buenas razones para una sospecha *prima facie* sobre ellas, incluso cuando son el resultado de decisiones colectivas democráticas. Con demasiada frecuencia jerarquías evitables se enmascaran como inevitables, la subordinación involuntaria se envuelve en el lenguaje del consenso, jerarquías innecesarias se sostienen con el pretexto de que son esenciales para la persecución de fines comunes, y jerarquías inmóviles se encubren con mitos sobre su fluidez. La justicia democrática sugiere desconfianza hacia las jerarquías predominantes, y nos invita a buscar mecanismos institucionales y otros instrumentos estructuradores para limitarlas y para mitigar sus efectos innecesarios y corrosivos. Estos instrumentos pueden verse como medios que contribuyen a la evolución de los marcos de restricciones democráticas dentro de los cuales la gente debe ser libre para negociar y renegociar los términos de su cooperación y de su conflicto.

Decir que las jerarquías son sospechosas no supone decir nada acerca de qué ha de contar como suficiente para derrotar la presunción. Tampoco dice nada acerca de qué tipos de limitaciones a las jerarquías deben utilizarse en diversas circunstancias, ni acerca de cómo deben aplicarse dichas limitaciones. El argumento general no puede responder por sí sólo a estas cuestiones. Pero sí que genera una serie de interrogantes pertinentes sobre las jerarquías, fórmulas para ponerlas a prueba en nombre de la justicia democrática.

La primera se refiere al grado en el que una determinada jerarquía es inevitable. Tomemos el caso de las diferencias entre las relaciones domésticas entre adultos y las relaciones paterno-filiales. Ambas han adoptado una multiplicidad de formas, incluso en la reciente historia de Occidente, pero casi todas ellas han tenido un carácter explícitamente jerárquico. Sin embargo, es evidente que las relaciones padre-hijo son inevitablemente jerárquicas, en formas en que las relaciones entre adultos no lo son. Si una relación no es *inevitablemente* jerárquica, la primera pregunta que surge es: ¿por qué ha de ser jerárquica, a secas? Puede haber razones justificables para una determinada jerarquía no esencial (que sea comparativamente más eficiente, que haya sido elegida, que a las personas relevantes les guste, o alguna otra), pero desde el punto de vista de la justicia democrática hay una presunción en contra de la jerarquía, y el proponente de tales razones debe asumir la carga de la persuasión.

[34] *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972). Desde la perspectiva de la justicia democrática, *Yoder* fue mal resuelto, aunque hubiera sido un caso más complicado si los padres, en vez de defender sus propios intereses, hubieran hecho valer su mejor comprensión de los intereses de sus hijos.

Cuando las relaciones son inevitablemente jerárquicas, otro tipo de consideraciones adquiere relevancia. Empezamos preguntando: ¿es necesaria la existencia misma de este tipo de relaciones? Desde luego que algún tipo de relaciones entre padres e hijos debe existir, pero no todas las relaciones inevitablemente jerárquicas son de esta clase. Por poner una vez más un caso límite, la historia ha demostrado que la institución de la esclavitud no tiene por qué existir necesariamente. Si una relación inevitablemente jerárquica es innecesaria, entonces inmediatamente se vuelve sospechosa -una especie de jerarquía superflua- desde la perspectiva de la justicia democrática. Así pues, la esclavitud casa mal desde esta perspectiva, aparte de su incompatibilidad con la presunción de inclusión universal.

Un segundo tipo de interrogantes adecuados sobre las jerarquías es el que se refiere a su pertinencia en relación con la actividad en cuestión: las relaciones jerárquicas existentes ¿son adecuadamente jerárquicas? Por ejemplo, las relaciones paterno-filiales puede que sean más jerárquicas de lo que necesitan serlo en muchos casos, y puede que incluyan tipos innecesarios de autoridad jerárquica. También ellas pueden mantenerse por una diversidad de razones, desde la conveniencia de los padres hasta sus deseos de dominación, que nada tienen que ver con los intereses propios de su función. Así pues, ante relaciones jerárquicas alterables siempre debemos preguntamos: ¿en interés de quién se mantienen? Quienes quieren sostener una jerarquía específica, o mantenerla por más tiempo del necesario, deben asumir la carga de demostrar que ésta opera en interés de quienes están sujetos a la jerarquía relevante. Por esta razón, no aceptaríamos el argumento presentado por los padres pertenecientes a la secta Amish en el caso *Wisconsin v. Yoder,* en el que sostenían que debían tener la libertad de no enviar a sus hijos adolescentes a la escuela porque la experiencia les había mostrado que ello inducía en los adolescentes el deseo de abandonar la comunidad Amish, lo cual interfería en su derecho (de los padres) al libre ejercicio de la religión[35].

La justicia democrática también nos insta a atender al grado en el que las jerarquías están fosilizadas o son fluidas. Debemos distinguir entre las jerarquías que se autodestruyen, como cuando los niños se hacen adultos o los estudiantes se gradúan, y las jerarquías que no se autodestruyen, como el sistema de castas o las jerarquías constituidas por transmisiones hereditarias de riqueza y poder. También debemos distinguir entre los ordenes jerárquicos en los que, en principio, cualquiera puede ascender hasta la cima, y aquéllos en los que eso no es posible. Ninguna mujer puede aspirar a ser

[35] Esto no quiere decir que todos los regímenes poligámicos sean por igual inadecuados desde la perspectiva de la justicia democrática. Los regímenes poligámicos de los que no existe una posibilidad realista de escapar (como cuando están sacralizados por el sistema jurídico de un país como el único tipo de matrimonio posible) son peores que los regímenes poligámicos que son tolerados pero no obligatorios, y de los cuales escapar es legalmente posible y no prohibitivamente caro. Incluso en estas circunstancias siempre existe la posibilidad, por supuesto, de que las partidarias voluntarias de la poligamia lo sean como resultado de un lavado de cerebro, y los argumentos en este sentido no pueden rechazarse de antemano. Pero quienes los propongan tendrán que vérselas con las negativas elocuentemente razonada, que han aducido algunas mujeres mormonas; se ha argumentado, por ejemplo, que el matrimonio poligámico hace posible para las mujeres el tener tanto una carrera profesional como una familia, de modo que la poligamia «es buena para el feminismo». Véase Elizabeth Joseph, «My Husband's Nine Wives», *New York Times*, 9 de abril de 1991, A22.

Papa, hecho que hace a la religión católica menos atractiva que algunas otras desde la perspectiva de la justicia democrática a este respecto. En términos generales, este argumento nos dice que, siendo igual lo demás, debemos preferir las jerarquías fluidas a las fosilizadas. Las jerarquías fluidas no pueden crear clases permanentemente subordinadas, mientras que las fosilizadas sí. Desde luego, los demás factores rara vez son iguales; con todo, este requisito es un punto de partida útil: nos indica cuál es la presunción y sobre quién recae la carga de la persuasión.

En términos similares, las jerarquías asimétricas son cuestionables, mientras que las simétricas no lo son necesariamente. Así, por ejemplo, los matrimonios poligámicos son asimétricos y, por tanto, sospechosos desde el punto de vista de la justicia democrática: un marido puede tener muchas esposas, pero una esposa no puede tener muchos maridos[36]. Si estos regímenes poligámicos fueran simétricos, o sus miembros practicaran un «matrimonio complejo», como en la comunidad perfeccionista de Oneida en el siglo XIX (donde cualquier número de hombres podía casarse con cualquier número de mujeres), no serían cuestionables por lo que se refiere a este aspecto del argumento de la justicia democrática. De nuevo, puede haber otras razones basadas en la justicia democrática para oponerse a este tipo de acuerdos, pero la simetría contaría a su favor[37].

Estrechamente ligadas a las cuestiones de la fluidez y de la simetría de las jerarquías, se presentan cuestiones acerca del grado en el que éstas se

[36] Los «Perfeccionistas de Oneida», fundados en 1848 en Oneida (Estado de Nueva York) por John Henry Noyes, rechazaban cualquier forma de propiedad privada, y extendieron su creencia en la propiedad comunal a la propiedad comunal de personas. Al igual que los polígamos mormones, fueron perseguidos por el Estado, y finalmente abandonaron su defensa de los matrimonios complejos en 1879. Véase Carol Weisbrod, «Ort the Breakup of Oneida», *Connecticut Law Review*, 14 (Verano de 1982): 717-32. De hecho. la comunidad fue dirigida de manera autoritaria por Noyes, quien decidía unilateralmente quiénes podían casarse, lo que sugiere que esta comunidad habría sido sospechosa por muchas razones desde la perspectiva de la justicia democrática. Véase Spenser Klaw, *Without Sin* (Nueva York: Allen Lane, 1993).

[37] Rawls, *A Theory of Justice*, 42-5, 61-5, 82-9, 151-61.

imponen. ¿Las personas sometidas a las jerarquías eligieron ellas mismas estar así sometidas?; ¿cuáles eran sus otras opciones factibles en ese momento?; independientemente de que eligieran o no entrar en esas jerarquías, ¿qué grado de libertad existe hoy para salir de ellas? En términos generales, las jerarquías no impuestas son más aceptables que las impuestas, y entre éstas, las jerarquías menos impuestas son más aceptables que las más impuestas. Si alguien eligió figurar en la posición más baja de una relación jerárquica, habiendo podido elegir opciones alternativas no jerárquicas (o menos jerárquicas), el hecho de haber realizado tal elección confiere alguna presunción de legitimidad de tal estado de cosas. De manera análoga, si alguien permanece en un orden jerárquico cuando tenemos suficientes datos para saber que dispone de recursos para salir de él, tenemos menos razones para preocuparnos, desde la perspectiva de la justicia democrática, que cuando no es ése el caso.

Finalmente, el argumento general a favor de la justicia democrática nos lleva a preguntarnos acerca de la insularidad relativa de las jerarquías. ¿Hasta qué punto las jerarquías conciernen a grupos autosuficientes de personas que se ocupan de sus propios asuntos y que sólo quieren que las personas ajenas al grupo les dejen en paz? Las sectas que se separan del resto de la sociedad, como los «Amish del Viejo Orden», o los grupos que han emigrado, como los Mormones que se fueron a Utah en el siglo pasado escapando de la persecución en el Este, tienen argumentos al menos *prima facie* válidos para que se les permita establecer por si mismos los términos de su propia asociación. Estos grupos no hacen proselitismo, ni buscan modificar el mundo fuera de sus comunidades (como hacen a menudo, por ejemplo, los fundamentalistas religiosos). Aunque estos grupos puedan ser jerárquicos y antidemocráticos, tienen poca influencia en el mundo exterior. En cambio, una iglesia jerárquica consolidada que tenga una influencia sobre quienes no pertenecen a ella de la que no sea posible escapar sin un coste sustancial, no puede disfrutar de la misma pretensión *prima facie* de que se le deje actuar sin intervenciones. Los grupos relativamente aislados pueden ser objetables desde otros de los aspectos de la justicia democrática antes mencionados, pero el hecho de su insularidad disminuye la fuerza de cualquier pretensión de reestructurarlos o abolirlos por parte de personas ajenas basándose en consideraciones externas.

CONSIDERACIÓN DE ALGUNAS DIFICULTADES

La anterior presentación de las dos dimensiones principales de la justicia democrática es un primer paso y, como tal, suscita muchas cuestiones que no llega a responder. En lo que resta de este trabajo diré algo acerca de las que me parece que son las más importantes de esas cuestiones pendientes,

y que tienen que ver con el carácter complejo de la justicia democrática, con las tensiones entre ésta y otros bienes, y con el papel que debe jugar el Estado según se desprende del argumento general.

Conflictos internos de la justicia democrática

Cualquier argumento a favor de un conjunto de principios internamente complejo debe afrontar la posibilidad de que éstos no puedan satisfacerse simultáneamente. Surge entonces la siguiente cuestión: ¿cómo han de resolverse los conflictos entre las distintas exigencias? Una respuesta a esta pregunta consiste en proponer un sistema de meta-reglas que permita resolver los conflictos cuando éstos aparezcan. Por ejemplo, la teoría de la justicia de Rawls consiste en una serie de principios que están ordenados con una prioridad lexicográfica: en caso de conflicto, los principios que se encuentran en una posición superior en ese orden prevalecen siempre sobre los que ocupan una posición inferior[38].

Es evidente que la justicia democrática muestra una posibilidad de conflictos internos análoga a la de la teoría de Rawls. Lo que el argumento general recomienda como el sistema de gobierno apropiado en un cierto campo puede entrar en conflicto con la presunción de sospecha ante las jerarquías. La gente puede elegir, mediante una acción voluntaria o por la regla de la mayoría, establecer una jerarquía. De modo parecido, las distintas exigencias en contra de las jerarquías pueden generar prescripciones contradictorias por lo que se refiere a una práctica concreta. El carácter insular de las sectas que se retiran de la vida social mayoritaria, como los mormones o los Amish, aconseja dejarlos solos, y sin embargo sus prácticas internas de carácter jerárquico levantan sospechas desde el punto de vista de la justicia democrática. ¿Cómo deben resolverse conflictos como éstos?

Aquí las dos alternativas son: o bien tratar de establecer un sistema de metaprincipios análogo al de la prioridad lexicográfica de Rawls, o bien tratar suministrar una defensa, basada en principios, de una perspectiva menos indeterminada. Intentar dar con un sistema completo de metaprincipios que solucionen cualquier posible tensión que pudiera surgir de las complejidades del argumento general me parece que es una tarea tan exigente que es casi seguro que fracasará. La variedad de circunstancias que pueden surgir es enorme, si no infinita, y la complejidad del mundo social es tal que

[38] No es difícil, por ejemplo, mostrar que de los órdenes lexicográficos de Rawls surgen imperativos contradictorios. Véase T.M. Scanlon «Rawls' Theory of Justice» en *Reading Rawls*, ed. Norman Daniels (Bristol, Reino Unido: Basil Blackwell, 1975), 169-205; H.L.A. Hart, «Rawls on Liberty and its Priority», ibidem, 230-52; y Benjamin Barber, «Justifying Justice: Problems of Psychology, Politics and Measurement in Rawls», ibidem. 292-318.

siempre habrá retos que pongan a prueba la lógica interna de la justicia democrática. Pero esto es menos preocupante de lo que a primera vista parece. En primer término, porque la falta de un sistema completo de metaprincipios no silencia a la justicia democrática en todos los casos. Todavía podemos decir, por ejemplo, que una práctica que va contra muchas de las presunciones de la justicia democrática es, en consecuencia, más sospechosa por esa razón. La esclavitud es un caso fácil para la justicia democrática precisamente por esto. La esclavitud viola principios básicos del autogobierno colectivo y está en el lado equivocado de cada una de las presunciones sobre las jerarquías que antes he discutido: es innecesaria; normalmente no se entra en ella voluntariamente; es muy difícil o imposible escapar de ella; es tanto asimétrica como no autodestructiva; y tiene efectos externos que permean al mundo social. Por la misma razón, una práctica que cayera del lado positivo en todas las presunciones sería un caso igualmente fácil de tratar.

Los casos más difíciles e interesantes son aquellos que están menos claramente definidos. En muchos de ellos puede ser factible llegar a compromisos entre las distintas exigencias en conflicto. Por ejemplo, en el caso de los Amish puede pensarse que su carácter aislado y el hecho de que no constituyan una amenaza para el resto de la sociedad aconseja no interferir en su existencia, pero que el Estado debe no obstante insistir en que los niños Amish reciban una educación que les capacite para desenvolverse fuera de la comunidad Amish si algún día deciden abandonarla. Así, desde este punto de vista, aunque no se esté dispuesto a tolerar todas las prácticas educativas de los Amish, en otros aspectos se les puede dejar que actúen sin interferencias[39]. De modo similar, aunque las jerarquías fosilizadas y no autodestructivas de la Iglesia católica contravienen algunas de las presunciones de la justicia democrática, la historia de dominación que ha acompañado a las iglesias consolidadas puede también *aconsejar* que es prudente dejar un margen especialmente amplio de tolerancia en lo referente a asuntos religiosos. Un Estado guiado por los principios de la justicia democrática puede, no obstante, asignar algunos costes a las religiones que los contravengan, como negar la exención de impuestos a las iglesias en las que ciertos cargos estén reservados a los varones, o a personas de una determinada raza, o a cualquier otro grupo definido de forma moralmente arbitraria. Los dirigentes de la religión en cuestión serían entonces libres para decidir si aceptan vivir con dichos costes o si ajustan sus prácticas para evitarlos[40].

---

[39] Esta es la opinión defendida en Richard Arneson y Ian Shapiro, «Democracy and Religious Freedom: A Critique of *Wisconsin v. Yoder*», en *Nomos XXXVIII: Political Order*, ed. Ian Shapiro y Russell Hardin (Nueva York: New York University Press, 1996).

[40] Desde el punto de vista de la justicia democrática, el Tribunal Supremo de Estados Unidos llegó a la conclusión correcta en el caso *Bob Jones University v. United States*, 461 U.S.

Estos ejemplos muestran cómo, una vez que reconocemos que hay una amplia gama de sanciones y de posibles respuestas a ellas, los imperativos aparentemente en conflicto pueden organizarse en una diversidad de maneras de las que, a la larga, quepa esperar que induzcan a las instituciones civiles a evolucionar en direcciones más democráticas. Incluso este enfoque sonará a algunos como abrir el camino a una interferencia peligrosamente radical en la libertad de cultos. Pero una reflexión acerca de nuestra legislación actual sobre las organizaciones que promueven la exclusión racial, y acerca de las distinciones que sin dificultades trazamos entre religiones y sectas, y entre educación y lavado de cerebro, mostraría que ordinariamente hacemos muchos juicios de este tipo, aunque sea de manera implícita. Estos ejemplos también subrayan el hecho de que, cuando valoramos más de un compromiso, a veces nos vemos obligados o a vivir con tensiones entre ellos, o a diseñar soluciones creativas para dichas tensiones. Esto no es menos cierto para el mundo real en el que vivimos que para un mundo en el que la justicia democrática definiera los principios básicos de gobierno. Los imperativos derivados de las partes constitutivas de la Constitución de Estados Unidos y de sus enmiendas generan muchas tensiones, e igual que los jueces y los legisladores tienen que ordenarlos, jerarquizarlos y acomodarlos en contextos particulares, lo mismo tendría que hacerse en un mundo gobernado por consideraciones derivadas del argumento general de la justicia democrática. Acepto que decir esto no es resolver ninguna tensión en concreto, pero quizás indique los límites de lo que es razonable esperar de una formulación general de principios.

Una objeción distinta al carácter internamente complejo de la justicia democrática consiste en señalar que ésta es innecesariamente compleja. Mi idea de que la libertad de oponerse a los resultados de las decisiones colectivas no se deriva de derechos a una participación incluyente podría aceptarse; pero, si aquella libertad se valora con independencia de si las decisiones fueron o no tomadas democráticamente, ¿por qué valorar los procesos de decisión democráticos? Mi respuesta a esta cuestión es que, aunque la participación incluyente y la libertad de oponerse son valiosas con independencia una de otra, las formas en que se ejercen no carecen de implicaciones mutuas. Propongo, en concreto, la siguiente regla: cuanto más democráticamente se comporten en la victoria quienes ganan batallas sobre decisiones colectivas, mayor es la obligación de los vencidos de garantizar que su oposición sea leal y no desleal, y viceversa. Seguir procesos de consulta

574 (1983), donde sostuvo que el gobierno federal puede negar legítimamente la exención de impuestos a instituciones que por lo demás tendrían derecho a ella, pero que estaban implicadas en la discriminación racial.

incluyente, escuchar de verdad, plantearse de buena fe cómo mitigar los efectos externos de las decisiones, y estar dispuestos a considerar soluciones alternativas, son todas ellas fórmulas que contribuyen a edificar la legitimidad de la toma democrática de decisiones, y deben serlo. Del mismo modo, sus opuestos alimentan el cinismo y la desconfianza en el lado de los perdedores, lo cual erosiona la democracia en modos predecibles. Al vincular la obligación de los perdedores de practicar una oposición leal con el grado en que se comporten democráticamente quienes están en el poder, se recuerda a los protagonistas de ambos bandos la imperfección de las reglas que les han llevado tanto a la victoria como a la derrota. Además, si ambas obligaciones se vinculan entre sí, tanto los vencedores como los perdedores tienen incentivos para buscar mecanismos que puedan disminuir las distancias entre ellos.

Transacciones entre la justicia democrática y otros bienes

Surgen fuentes adicionales de tensión debido a que mi argumento parte de la premisa de que la democracia es un bien condicionado, subordinado a las actividades cuya persecución regula. Esto significa que puede haber, y que muy probablemente habrá, tensiones entre las exigencias de la justicia democrática y las actividades que ésta pretende condicionar. En el caso límite, habrá actividades que operen en plena contradicción con los principios que he descrito. Aparte del caso de las relaciones paterno-filiales, a las que ya he prestado antes alguna atención, hay equipos de fútbol, ejércitos, y muchas otras formas organizativas, cuyos objetivos parecen resistirse al gobierno democrático. No hay duda de que siempre es posible cuestionar la idea de que estas formas organizativas tienen que ser necesariamente antidemocráticas; y, como indica la rica literatura acerca del gobierno de las empresas, debemos estar siempre abiertos a posibilidades creativas de dirección democrática de instituciones que parecen inherentemente antidemocráticas[41]. No obstante, siempre debemos afrontar la posibilidad de que haya circunstancias en las cuales existan inevitables transacciones entre el control democrático y la persecución de un determinado bien, sea éste la organización de los servicios de inteligencia militar, la dirección de un equipo deportivo profesional, y otras actividades valiosas.

Una respuesta es tratar este tipo de transacciones del mismo modo en que se manejan las tensiones internas a la justicia democrática, esto es, reconociendo que, cuando valoramos más de una cosa, a veces tenemos que escoger entre ellas. Pero ésta debería ser la última respuesta, no la primera. Aunque

[41] Para un útil resumen de la literatura reciente, véase Henry Hansman, «When Does Worker Ownership Work?», *Yale Law Journal*, 99 (Junio 1990): 1749-816.

nunca está garantizado que las transacciones entre la justicia democrática y otros bienes puedan evitarse, el argumento de la justicia democrática nos obliga a intentar encontrar formas de evitarlas. Consideremos los dos ejemplos recién mencionados. El Congreso ha diseñado mecanismos de control que aseguran, si bien de forma imperfecta, cierta responsabilidad democrática de los servicios de inteligencia compatible con sus objetivos secretos. No hay duda de que pagamos un precio por estos mecanismos, y de que pueden ser mejorados. Pero el resultado de la guerra fría difícilmente sugiere que nuestro sistema fuera peor que el soviético, donde prácticamente no había responsabilidad democrática de ningún tipo, ni incluso que fuera peor que otros sistemas de países occidentales en los que hasta hace poco el control democrático era escaso o nulo[42]. Por lo que se refiere a los deportes profesionales, también ahí la situación es menos clara de lo que podría parecer a primera vista. Aunque no sea deseable que todos los miembros del equipo dirijan el juego, hay muchas áreas en el deporte profesional en las que puede alcanzarse cierta dosis de control democrático sin merma de los objetivos deportivos; el sueldo y las condiciones de trabajo son las áreas más obvias, pero sin duda hay otras. Insisto, la idea general es que la presunción va en contra de los modos antidemocráticos de hacer las cosas. Es sólo una presunción y, como tal, puede ser derrotada, pero es necesario dar razones para ello, y la carga de la persuasión debe caer siempre del lado de quienes limitarían el papel de la democracia.

Conflictos entre las exigencias de distintos ámbitos

Otras tensiones potenciales para la justicia democrática surgen del hecho de que ésta se refiere simultáneamente a muchos ámbitos de la sociedad civil. Puede darse el caso de que perseguir la justicia democrática en un ámbito haga más difícil, quizás hasta imposible, perseguirla en otros ámbitos. Por ejemplo, la participación en el gobierno es parte de lo que exige la justicia democrática. Pero hay límites en cuanto al tiempo del que dispone la gente, de manera que el incremento de su participación en un ámbito puede disminuir su participación en otros. Esto es lo que Carmen Sirianni ha llamado la «paradoja del pluralismo participativo». Esta paradoja afecta a todo aquel que valore la participación democrática y que a la vez abrace una visión de la política que se extiende por toda la sociedad civil. No podemos maximizar simultáneamente la participación en todos los ámbitos[43].

---

[42] Robert Dahl ha sostenido que es procedente un escepticismo análogo respecto al argumento de que el control democrático sobre los arsenales y la proliferación de armamento nuclear interfiere en su despliegue eficiente. Véase *Controlling Nuclear Weapons: Democracy versus Guardianship* (Syracuse, NY: Syracuse University Press, 1985), 33-51.

[43] Carmen Sirianni, «Learning Pluralism: Democracy and Diversity in Feminist Organizations», en *Nomos XXXV: Democratic Community*, ed. John Chapman y Ian Shapiro (Nueva York: New York University Press, 1993), 283-312.

Esta paradoja es ineludible para los demócratas participativos como Sirianni (quien no ofrece ninguna solución a la misma), pero el argumento de la justicia democrática sugiere algunas vías para tratarla. Desde mi punto de vista, la participación no es valiosa en sí misma, sino que tiene valor únicamente si se persigue conjuntamente con los bienes que ella misma condiciona. El autogobierno colectivo es importante en todos los ámbitos de la sociedad civil, pero nunca es lo más importante; por lo tanto, los defensores de la justicia democrática deben estar siempre dispuestos a ahorrar tiempo y a utilizar otros mecanismos innovadores para conservar los recursos participativos. Por ejemplo, desde los años setenta, algunos autores han explorado el uso de los llamados «grupos deliberativos»: grupos aleatoriamente seleccionados a los que se les paga para que debatan sobre asuntos públicos, desde la selección de candidatos presidenciales hasta el gobierno de los distritos escolares[44]. La experiencia con estos grupos deliberativos sugiere que pueden proporcionar mecanismos útiles tanto para ejercer el control democrático como para resolver la dificultad, señalada por Sartori y otros, de que «el conocimiento -la competencia y el control cognitivos- se convierte cada vez más en el problema, a medida que la política se vuelve cada vez más complicada»[45].Grupos de legos aleatoriamente seleccionados, que no tienen ningún especial interés personal en el resultado en una determinada área, pueden invertir el tiempo y la energía necesarios para llevar a cabo decisiones informadas. Tales grupos pueden recoger datos y escuchar a los expertos en la materia, haciendo uso de un conocimiento esotérico sin ser rehenes del mismo. Las decisiones que tomen pueden ser consultivas o incluso vinculantes, al menos en ciertas materias. Desde la perspectiva de la justicia democrática, las posibilidades que ofrecen estos grupos deliberativos merecen ser exploradas, ya que proporcionan una potencial vía de escape ante la paradoja de Sirianni: ellos combinan el control ciudadano con la posibilidad de tomar decisiones sofisticadas en un mundo complejo, y lo hacen de un modo que toma en consideración la economía del tiempo[46].

Antes sugerí que, desde la perspectiva de la justicia democrática, la participación no debe verse ni en términos puramente instrumentales ni como

[44] Véase James Fishkin, *Democracy and Deliberation: New, Directions for Democratic Reform* (New Haven, CT: Yale University Press, 1991).

[45] Giovanni Sartori, *The Theory of Democracy Revisited*, vol. I (Chatham, NJ: Chatham House, 1987), 119-20.

[46] Los grupos deliberativos deben enfrentarse a la dificultad de que quien establece la agenda puede ejercer una influencia desproporcionada en el resultado, pero ésta es una dificultad que todo procedimiento de toma de decisiones tiene que afrontar. No es una debilidad de la teoría democrática lo que están intentando resolver quienes proponen los grupos deliberativos, aunque, al igual que quienes defienden otros mecanismos de toma de decisiones, deben preocuparse por ella.

el objetivo mismo del ejercicio de la política. Mecanismos como el de los grupos deliberativos resultan atractivos porque constituyen un ejemplo de respuesta institucional creativa ante el reto de intentar ocupar un terreno intermedio entre esos dos puntos de vista. Cualquiera podría participar en algún grupo deliberativo, al igual que cualquiera puede formar parte de un jurado convencional. Todos sabrían que los órganos de los que no forman parte estarían constituidos por otros grupos seleccionados al azar, sin ninguna agenda particular y sin intereses de grupo propios que estuvieran siendo favorecidos. Todos sabrían también que, por complejas y técnicas que llegaran a ser las decisiones, un elemento relevante de control lego estaría no obstante presente en todo proceso de decisión colectiva. Y esto es esencial para la justicia democrática.

LA FUNCIÓN DEL ESTADO

Más allá de casos extremos como el de la esclavitud, el argumento general de la justicia democrática no proporciona evaluaciones concluyentes de reglas de decisión o mecanismos de oposición particulares. En lugar de ello, como hemos visto, el argumento genera presunciones y distribuye las cargas de la persuasión de distintas maneras. Así es como debe ser. Dado que el argumento general es semicontextual, se necesitan las particularidades del contexto para decidir cuándo las cargas han sido correctamente asignadas y cuándo las presunciones han sido derrotadas. La justicia democrática genera conclusiones determinadas sólo en contextos particulares.

Sin embargo, lo anterior no significa que eso sea todo lo que razonablemente cabe esperar del argumento general. Al invocar el lenguaje de las presunciones y de las cargas de la persuasión, surge inmediatamente la siguiente cuestión: ¿quién va a juzgar cuándo han sido asumidas las cargas y cuándo han sido derrotadas las presunciones? Puesto que a menudo las pruebas no serán concluyentes y las opiniones estarán divididas, la cuestión acerca de dónde ha de residir la autoridad para tomar decisiones es, y seguirá siendo, una cuestión general importante. La respuesta a esta cuestión es también parcialmente contextual: diferentes autoridades serán las adecuadas en diferentes circunstancias. Ahora bien, la respuesta es sólo parcialmente contextual: desde la perspectiva de la justicia democrática, son aplicables algunas consideraciones generales.

El antivanguardismo y sus límites

Cada vez que alguien dice saber cómo llegar a la democracia de manera antidemocrática, el escepticismo es pertinente por dos razones, una práctica y otra normativa. La razón práctica es que resulta dudoso que quienes eso dicen puedan saber que están en lo correcto. Dado que las reformas democráticas

son típicamente respuestas reactivas ante males particulares que trazan nuevos rumbos hacia el futuro, normalmente es difícil saber cuáles serán todas sus consecuencias o qué nuevos problemas crearán dichas reformas. Por ejemplo, los cambios en la estructura del Derecho de familia norteamericano que han hecho que el matrimonio sea más un contrato que un *status,* han sido motivados por el deseo de socavar la estructura de la familia patriarcal. Pero desde entonces se ha hecho evidente que uno de los efectos de estos cambios ha sido que las mujeres se han vuelto cada vez más vulnerables ante el mayor poder económico de los hombres en el matrimonio[47]. Conforme este fenómeno se hace patente, se buscarán otras vías para democratizar la vida familiar, y se ensayarán y corregirán nuevos experimentos, cuando y a medida que salen ala luz los obstáculos que los mismos generan. La democratización de la vida familiar probablemente requerirá transformaciones en la organización de la economía, y quizás otros cambios que todavía están por imaginar. De modo parecido, en el debate sobre la democracia industrial existe actualmente un desacuerdo considerable acerca de qué estrategias son más efectivas para minar las jerarquías alienantes: las estrategias de autogestión de los trabajadores, o los planes de propiedad o de propiedad parcial de los empleados que dejan inalterada la estructura de gestión. Han sido probadas muchas variantes de ambas estrategias en diferentes industrias. Parece claro que no hay un único modelo que resulte universalmente aplicable, y que todavía hay nuevas posibilidades por intentar[48].

Por poner un ejemplo tomado del ámbito del gobierno institucional: durante el siglo XIX se consideró, acertadamente, que establecer salarios y condiciones de trabajo razonables para los políticos resultaba esencial para transformar un sistema en el que gobernar era una actividad a tiempo parcial reservada a los ricos. Sin embargo, estas mejoras han traído consigo nuevos tipos de poder fosilizado, en la forma de políticos profesionales con aspiraciones a hacer carrera vitalicia en el gobierno. En Estados Unidos, la política electoral se ha vuelto dependiente del dinero hasta tal extremo que las élites políticas se las arreglan para mantenerse de por vida en posiciones de poder, en modos que no se compadecen con la hostilidad de la democracia hacia las jerarquías atrincheradas[49]. Como respuesta a esto, se están demandando nuevas reformas democráticas, dirigidas a limitar el número de

[47] Véase Susan Okin, *Justice, Gender, and the Family*, (Nueva York: Basic Books, 1989), 134-69.

[48] Véase Charles Sable y Jonathan Zeitlin, «Historical Alternatives to Mass Production», *Past and Present* 108 (1986): 133-76; y Hansman, «when Does Worker Ownership Work?».

[49] Véase Herbert Alexander, *Financing Politics: Money, Elections, and Political Reform* (Washington, DC: Congressional Quarterly Press, 1976) y Frank J. Sorauf, *Inside Campaign Finance* (New Haven, CT: Yale University Press, 1992).

mandatos en los que los políticos pueden permanecer en sus cargos, y a regular mejor la influencia del dinero en la política electoral[50].

No es creíble suponer que en alguno de estos ejemplos los reformadores democráticos podían haber comprendido los procesos sociales con la profundidad suficiente, o haber visto lo bastante lejos en el futuro, como para haber anticipado todos los problemas y las posibilidades que aparecerían más adelante. Sin embargo, estos casos no son supuestos excepcionales; la vida tiene más imaginación que nosotros, a menudo hace fracasar nuestros mejores esfuerzos y nos presenta obstáculos y oportunidades inesperadas. El tejido de la vida social y la dinámica del cambio histórico son complejos y poco comprendidos; así es la realidad en la que tenemos que vivir. El diseño de restricciones institucionales democráticas está, por tanto, abocado a ser una empresa pragmática, que es mejor llevar a cabo procediendo de un modo progresivo y sensible al contexto. Aparecen nuevas actividades, y el cambio tecnológico, la experiencia, y la evolución de otras actividades causalmente conexas, presentan nuevos problemas y generan posibilidades novedosas para el gobierno democrático. Hay buenas razones para ser escéptico ante quien niegue este hecho, sea porque guarda una agenda oculta que está siendo oscurecida por sus pretensiones vanguardistas o porque está actuando a partir de una fe fuera de lugar en sus propias habilidades adivinatorias.

Las dicotomías medios/fines son sospechosas también por la razón normativa de que vulneran el espíritu de la justicia democrática. Aunque he sostenido que debemos resistirnos a la tesis de los demócratas participativos de que la participación es valiosa por sí misma, no debemos tener menos cuidado con las concepciones puramente instrumentales de la democracia. Los medios democráticos nunca son el objetivo mismo del juego, pero generalmente su valor es algo más que meramente instrumental. Hay un valor en hacer las cosas democráticamente, y hay un valor en esforzarse por saber cómo hacer las cosas democráticamente y aún así lograr también

[50] A este respecto, la democracia logró una victoria pequeña pero no insignificante en Marzo de 1990 con el caso *Austin v. Michigan State Chamber of Commerce*, 110 S. Ct. 1391, cuando el Tribunal Supremo redujo el alcance de la regla establecida en el caso *Buckley v. Valeo* 424 U. S. I (1976), en el cual se había sostenido que, aunque las donaciones privadas a las campañas políticas se podían limitar a través de la legislación, limitar los gastos de campaña constituía una violación de la cláusula de libertad de expresión recogida en la Primera Enmienda. En el caso *Austin* el Tribunal sostuvo que se podían regular algunos gastos en la propaganda política hecha directamente por las empresas privadas. Por lo que se refiere a la limitación de los mandatos, hay un considerable debate académico acerca de hasta qué punto es grave el problema de la perpetuación en los cargos, y de si la limitación de los mandatos sería o no una solución al problema de la fosilización del poder en manos de profesionales. Esa limitación podría, por ejemplo, producir una transferencia de poder de los políticos a los burócratas, como sugiere Morris Fiorina en *Divided Government* (Londres: Macmillan, 1992), 53-9.

nuestros otros objetivos. Los hábitos democráticos de la autolimitación y de la atención a las necesidades y aspiraciones de los demás tienen que ser aprendidos mediante la práctica misma de la democracia. Sucumbir al autoritarismo inherente a las dicotomías medios/fines socavaría esa práctica. A este respecto, Dewey plasmó, hace más de medio siglo, la regla de oro para alcanzar la justicia democrática: «Nuestra primera defensa es darnos cuenta de que sólo se puede servir a la democracia a través de la lenta adopción, día a día, y la difusión contagiosa en cada fase de nuestra vida común, de métodos que son idénticos a los fines a alcanzar»[51].

El rechazo, basado en principios, a imponer soluciones desde arriba puede provocar como respuesta el argumento de que, a menos que se haga así, dichas soluciones jamás serán implementadas. Y hay, en efecto, tres clases importantes de excepciones a la presunción inicial en contra del vanguardismo. La primera se refiere a la provisión de bienes públicos. Como puso de manifiesto mi anterior discusión sobre la enseñanza, cuando la provisión de bienes públicos está en juego y hay capacidades diferentes para salirse, probablemente ninguna regla de decisión local será efectiva para disminuir la injusticia. Esto equivale a reconocer que las políticas efectivas tendrán que ser impuestas desde arriba[52]. Los proponentes de la «terapia de choque» en la transición del comunismo al capitalismo a menudo parecen tener un punto de vista análogo. Por ejemplo, Adam Przeworski sostiene que durante las transiciones del autoritarismo a la democracia, a menos que las reformas económicas sean introducidas a la fuerza desde arriba, quienes se vean afectados negativamente por ellas movilizarán su oposición a las mismas a través del proceso democrático, desbaratando las reformas. En consecuencia, los incipientes gobiernos democráticos «se enfrentan a la disyuntiva entre involucrar a un amplio espectro de fuerzas políticas en el diseño de las reformas, comprometiendo así su solidez económica, o intentar destruir toda oposición al programa [de reformas]». Según Przeworski, todo gobierno «que esté decidido [a la reforma] debe proceder a pesar del clamor de voces que piden la suavización o ralentización del programa de reformas». Puesto que los reformistas «saben qué es lo bueno», todos los conflictos políticos no son más que una pérdida de tiempo. Przeworski continúa señalando que, en cada ejemplo de reforma hacia una economía de mercado que ha tenido éxito durante las transiciones democráticas que hemos

[51] John Desvey, «Dentocratic Ends Need Democratic Methods for Their Realization», *New Leader* 22 (Octubre 1939), reimpreso en John Dewey, *The Political Writings*, ed. Debra Morris y Ian Saphiro (Indianapolis, IN: Hackett, 1993), 206.

[52] Para un desarrollo más elaborado de este punto, véase Jennifer Hochschild, *The New American Dilemma: Liberal Democracy and School Desegregation* (New Haven, CT: Yale University Press, 1984).

conocido, la reforma fue llevada a cabo por decreto ejecutivo, destacando que «este potencial es inherente a la concepción misma de una reforma de mercado»[53].

Desde la perspectiva de la justicia democrática, la cuestión crucial es si los reformadores realmente «saben qué es lo bueno» y de hecho lo persiguen. Mucho de lo que es presentado por lo reformadores económicos como incontrovertiblemente bueno puede en realidad ser controvertido, y muchas reformas económicas que se describen como bienes públicos no cumplen los criterios técnicos que requieren oferta conjunta y consumo no excluyente[54]. Si verdaderamente los tipos de políticas de privatización y estabilización que proponen algunos economistas políticos como Przeworski, Janos Komai, Jeffrey Sachs y otros, conducen a un suministro de bienes públicos en este sentido, es una cuestión a debatir. No hay duda de que parte de lo que se provee son bienes públicos, pero otros aspectos de estas políticas pueden resultar poco más que mecanismos para la expoliación del tesoro público por parte de grupos estratégicamente bien situados, generando poco o ningún beneficio para los demás. En estos casos, la persecución del beneficio privado puede quedar encubierta bajo el lenguaje de los bienes públicos, y la oposición a ellos, que realmente es un reflejo de un conflicto distributivo de suma cero, se hará pasar por un problema de acción colectiva. Lo que se vende como soluciones al conflicto serán en realidad políticas partidarias que ayudan a unos sectores y perjudican a otros. Los demócratas que sospechan que esto es lo que ha ocurrido en partes sustanciales de las privatizaciones postcomunistas se ven abocados a sentirse ambivalentes, como mínimo, respecto a las estrategias de la «píldora amarga» que dependen de «una brutalidad inicial, de ejecutar tan rápido como sea posible las medidas más radicales», y de implementar las reformas mediante el trágala administrativo o el rodillo parlamentario[55].

En los casos en que no hay duda de que lo que se está suministrando es un bien público, las acciones decisivas desde arriba no son un problema para

[53] Adam Przeworski, *Democracy and the Market* (Cambridge, Inglaterra: Cambridge University Press. 1991), 183-4. Véase también Janos Kornai, *The Road to a Free Economy: Shifting from a Socialist System* (Nueva York: Norton, 1990) y Jeffrey Sachs, «The Transformation of Eastern Europe: The Case of Poland» (The Frank E. Seidman Lecture, Rhodes College, Memphis, Tennessee, Septiembre 26, 1991); Boris Pleskovic y Jeffrey Sachs, «Political Independence and Economic Reform in Slovenia» en *The Transition in Eastern Europe,* ed. Oliver Blanchard, Kermeth Froot y Jeffrey Sachs, vol. I (Chicago: Univeristy ofChicago Press, 1994), 191-220.

[54] «Un bien público puro tiene dos características destacadas: la oferta conjunta y la imposibilidad o ineficiencia de excluir a otros de su consumo, una vez que ha sido ofertado por algunos miembros de la comunidad». Mueller, Public *Choice II*, 11.

[55] Przeworski, *Democracy and the Market*, 183-4.

nuestras intuiciones morales democráticas. Por ejemplo, durante las negociaciones constitucionales en Sudáfrica que desembocaron en las elecciones de Abril de 1994, quedó cada vez más claro que las negociaciones en una mesa redonda multipartidista, por más que sonaran deseables, no iban a conducir a un acuerdo sobre una constitución democrática. Había demasiados grupos con demasiados incentivos para perseguir sus agendas privadas a costa del bien público. En consecuencia, resultó evidente que, si se quería instaurar un orden democrático, éste debía forjarse a partir de un pacto entre las élites, que luego se impondría a la sociedad. Esto es lo que efectivamente sucedió, y la razón por la que los demócratas de todo el mundo aplaudían mientras los opositores a la transición iban siendo eficazmente marginados o cooptados, fue que casi nadie dudaba de que lo que las élites pretendían imponer -un orden constitucional democrático- era verdaderamente un bien público[56].

Distinguir entre la provisión de bienes públicos genuinos y la de espurios es una empresa difícil y controvertida. A menudo ambos estarán mezclados, haciéndola aún más difícil, como casi siempre ocurre en la mayoría de los planes de privatización. Incluso en el caso de la constitución sudafricana, parece claro que las élites que se comprometieron a proveer el bien público en cuestión, obtuvieron algún que otro beneficio para ellos mismos, principalmente un sistema de reglas electorales y parlamentarias que debilitaba enormemente a los parlamentarios independientes frente al poder de los líderes de los partidos, así como la realización de sobornos a determinados grupos de interés para aislarlos del nuevo orden político[57].

Desde la perspectiva de la justicia democrática, la medida en que las políticas pueden ser impuestas legítimamente desde arriba varía según el grado en que se suministran bienes públicos genuinos. Como indican los comentarios anteriores, ésta es a menudo una cuestión dotada de una fuerte

[56] Sobre el fracaso de la mesa redonda de negociaciones y el surgimiento de un pacto de élites entre los líderes del Partido Nacional y los del Congreso Nacional Africano, véase mi «Democratic Innovation: South Africa in Comparative Context», *World Politics*, 46, nº 1 (Octubre 1993): 138-41.

[57] En relación con la obtención por parte de las élites políticas de beneficios para ellas mismas, la constitución de 1993 establece que todo parlamentario que deje de ser miembro de su partido político pierde su escaño, siendo sustituido por alguien más de la lista electoral de dicho partido. En cuanto a los sobornos, todos los empleos públicos y sus salarios quedaron garantizados hasta al menos cinco años después de la transición; y en las últimas semanas antes de las elecciones el presidente De Klerk transfirió unos tres millones de acres de tierra al rey zulú Goodwill Zwelitini, para evitar que cayeran bajo el control del nuevo gobierno nacional que iba a surgir de las elecciones de abril de 1994. *New York Times*, 24 de Mayo de 1994, A6. Para una discusión más amplia, véase Courtney Jung y Ian Saphiro, «South Africa's Negotiated Transition: Democracy, Opposition, and the New Constitutional Order», *Politics & Society* 23, nº 3 (Septiembre 1995): 269-308.

carga ideológica y que suscita acaloradas discusiones, entre otras cosas porque siempre habrá quienes tengan interés en oscurecer el asunto. También puede ser genuinamente oscuro en ciertas circunstancias. Cuando se da cualquiera de estos casos, no es que estemos en presencia de un fallo del argumento de la justicia democrática; se trata más bien de un fallo en la comprensión de, o en el acuerdo acerca de, si algo verdaderamente constituye o no un bien público. No digo esto para disminuir la importancia normativa del asunto, sino para señalar que sería un error pedirle a cualquier teoría política que resuelva controvertidas cuestiones empíricas de economía política. Del argumento de la justicia democrática cabe esperar que nos aconseje qué hacer cuando se da un cierto modelo de hechos, pero no podemos esperar que nos diga si realmente se da o no dicho modelo de hechos. Sin embargo, el argumento general sí nos aconseja que sospechemos de las afirmaciones de que se están suministrando bienes públicos, y que las sometamos a lo que los juristas llaman un «estricto escrutinio». Los tribunales norteamericanos someten la acción legislativa a este nivel máximo de exigencia cuando llevan a cabo un escrutinio constitucional si la legislación propuesta interfiere en una libertad «fundamental», normalmente una libertad protegida por la tabla de derechos de la Constitución. El escrutinio estricto requiere demostrar que el objetivo gubernamental es extraordinariamente importante -que está en juego un interés estatal «apremiante»- y que éste no puede procurarse de algún otro modo que se interfiera menos en la protección de las libertades[58]. Por analogía, podemos decir que la imposición antidemocrática de un bien público está justificada sólo cuando el bien en cuestión es esencial para el funcionamiento del orden democrático, y no puede obtenerse de ninguna otra forma. Dado que quienes dicen suministrar bienes públicos pueden tener motivos ulteriores, y que los bienes privados pueden a menudo enmascararse como bienes públicos, la presunción fuerte debe estar siempre en contra de su imposición desde arriba.

La segunda clase de excepciones a la presunción general en contra del vanguardismo surge cuando las jerarquías ilegítimas han sido mantenidas por el Estado. Por ejemplo, en los países occidentales la situación desventajosa de la mujer en la vida familiar fue sostenida por el *common law* y por otras políticas estatales activas durante siglos. Un legado dramático de esta historia es que, todavía en los años cincuenta, en todo Estados Unidos, un marido no podía ser procesado por violar a su mujer. Desde mediados de los años noventa, como producto de una campaña feminista concertada dirigida a los parlamentos y tribunales de los Estados, la violación dentro del matrimonio

[58] Véase Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 2ª ed. (Nueva York: Foundation, 1988), 251-75.

se ha tipificado como delito en bastante más de un tercio de los Estados de la Unión[59]. Habría sido imposible que se produjeran estos cambios sin la implicación activa de los Estados, puesto que eran las políticas estatales las que se encontraban en la raíz de esta injusticia. De modo parecido, hizo falta promulgar las leyes sobre la propiedad de la mujer casada (cuya primera ola comenzó en la década de 1840) para destruir la regla de *common law* que daba al marido la administración, y a veces la titularidad, de las propiedades y posesiones de la esposa durante el matrimonio[60].

En tales circunstancias será necesario, y justificable desde la perspectiva de la justicia democrática, que el Estado se comprometa a fondo en el desmantelamiento del sistema injusto que él mismo ha creado. Las mujeres habrían ido moralmente desencaminadas, y habrían sido políticamente miopes, si no hubieran procurado incorporar a las instituciones públicas a su lucha por redefinir los términos de su asociación doméstica. Puesto que las jerarquías injustas a las que estaban sometidas eran el producto directo de las políticas estatales y estaban sostenidas por el ordenamiento jurídico, era razonable pedir al Estado que desempeñara un papel activo para desmantelar esas mismas injusticias. De manera análoga, los efectos de la Ley de Áreas para Grupos *[Group Areas Act]* en Sudáfrica, que condujo al traslado forzoso de millones de negros desde poblados viables a desiertos desolados, son respondidos mediante acciones reparatorias por parte de un Estado sudafricano democrático[61]. La tesis general aquí es, por tanto, que cuanto más haya suscrito el Estado las prácticas antidemocráticas, más fuertes son las razones para la implicación de las instituciones estatales en remediar ese *statu quo* injusto[62].

La tercera clase de excepciones surge cuando la dominación en un determinado ámbito no es un producto directo de la acción estatal, pero no obstante está sostenida por fuerzas externas a ese ámbito y que sólo pueden

[59] Sobre los cambios legislativos relativos a la violación dentro del matrimonio en Estados Unidos, véase Michael Freeman, «If You Can't Rape Your Wife, Who[m] Can You Rape? The Marital Rape Exception Re-examined, *Family Law Quarterly*, 15, nº 1 (Primavera 1981): 1-29; Deborah Rhode. *Justice and Gender* (Cambridge, MA: Harvard University Press. 1989), 249-51; Rene I. Augustine, «Marriage: The Safe Haven For Rapists», *Journal of Family Law* 29, nº 3 (1990-1): 559-90; Sandra Ryder y Sheryl Kuzmenka, «Legal Rape: The Marital Exception», *John Marshall Law Review* 24 (1992): 393-421. Sobre la evolución inglesa de la excepción marital, véase P.M. Bromley y N.V. Lowe, *Family Law*, 7ª ed. (Salem, NH: Butterworths, 1987). 109-12.

[60] Véase H.H. Clark, *The Law of Domestic Relations in the United States*, 2ª ed. (Saint Paul, MN: West, 1988), 589.

[61] Para una exposición del alcance y efectos de estas políticas, véase Helen Suzman, *In No Uncertani Terms* (Nueva York: Knopf, 1993), 65-212.

[62] Esto no dice nada acerca de qué instituciones estatales son las más apropiadas para lograr este objetivo, si los tribunales, el poder legislativo o el ejecutivo. Véase *infra*.

ser desplazadas mediante la acción estatal. Esto es lo que Michael Walzer ha descrito como «dominio», es decir, la transferencia de poder desde un ámbito de la vida social donde éste puede ser legítimo hacia otro ámbito en el que no lo es. Walzer sostiene, por ejemplo, que la desigualdad económica no es objetable en sí misma y que puede estar justificada en la esfera de la producción, por su capacidad para incentivarla y por otros efectos de cara a la eficiencia. Lo que es objetable es que las disparidades en ingresos y riqueza se traduzcan demasiado fácilmente en disparidades en el ámbito político, en el ámbito doméstico, en el de la enseñanza, y en otras áreas donde no tienen un fundamento evidente[63]. Esto ocurre porque los recursos necesarios para ejercer el poder tienden a ser fungibles a través de diversos ámbitos. Según Walzer, una de las tareas propias de un Estado democrático consiste en limitar esta fungibilidad. En su opinión, por ejemplo, las leyes contra la compraventa de votos por dinero pueden ser defendidas a pesar de que sean ineficientes en el sentido de los economistas. De manera similar, la negativa de los tribunales a aplicar los acuerdos prematrimoniales que dejen al cónyuge que se divorcie en estado de indigencia, viene a equivaler a una negativa del Estado a permitir que disparidades económicas que podrían ser justificables fuera del ámbito doméstico fijen las condiciones de vida dentro de él.

La intuición de Walzer acerca de esta tercera clase de casos resulta defendible desde la perspectiva de la justicia democrática, aunque por razones diferentes de las que él aduce. Mientras que para Walzer la razón para intentar prevenir la dominación en una esfera de aquellos que controlan bienes externos a ella se fundamenta en entendimientos comunes acerca de qué bienes son apropiados en cada ámbito, desde la perspectiva de la justicia democrática la justificación se basa en consideraciones relativas a la economía política del poder[64]. He dicho anteriormente que el diseño de las reglas de decisión debe adaptarse a los perfiles de las diversas relaciones de poder, y no a los de pertenencias a grupos fijos. De aquí se sigue que, cuando los obstáculos a la democracia dentro de un determinado ámbito están sostenidos desde el exterior, es un uso apropiado del poder estatal emplearlo para eliminar dichos obstáculos. Negar esto supondría abandonar la justicia democrática en determinados ámbitos a manos de aquellos que tienen un control imperial sobre los recursos fungibles. En suma -*pace* Walzer-, puesto que los efectos causales en un ámbito, más que la pertenencia compartida como miembros de él, son lo decisivo para legitimar el derecho a un control

[63] Walzer, *Spheres of Justice*, 3-30.

[64] He señalado en otro lugar que el recurso a los significados compartidos fracasa porque éstos se encuentran en constante conflicto. «Three Ways to Be a Democrat», 130-5.

democrático, entonces una acción estatal que cruce las fronteras entre los distintos ámbitos puede estar justificada cuando sea necesaria para alcanzar la justicia democrática dentro de un ámbito determinado[65].

La acción estatal para hacer avanzar reformas democráticas puede estar, por tanto, justificada, pero no como parte de ninguna campaña misionera en nombre de la justicia democrática. No hay un análogo laico a «la cristianización de los infieles» para justificar este tipo de acción, sea mediante tribunales, parlamentos o ejércitos invasores. Más bien, la intervención externa puede justificarse por tres clases principales de razones. En primer lugar, cuando la provisión de un bien público está en juego, la imposición de soluciones puede ser justificable, siempre que se atenga a las advertencias que he mencionado. A este tipo justificación podemos llamarlo «justificación del fracaso del mercado». En segundo lugar, el Estado puede tener a menudo una obligación positiva de ayudar a promover la democracia derivado de su culpabilidad histórica al haber creado y apuntalado la injusticia. Por último, cuando las fuentes externas de dominación en un cierto ámbito sólo puedan ser eliminadas mediante la acción estatal, está puede justificarse invocando el argumento de la legitimidad causal.

Parlamentos vs. Tribunales

La aspiración de evitar soluciones impuestas sugiere que la presunción debe situarse, por lo general, a favor de hacer las cosas a través de instituciones representativas antes que a través de los tribunales u otros organismos, por la razón convencional de que los parlamentos están sujetos a una responsabilidad democrática comparativamente mayor. Habrá excepciones, pero son las excepciones las que necesitan justificación. En esta cuestión, el argumento de la justicia democrática muestra una clara afinidad con los enfoques sobre la adjudicación constitucional que han sido defendidos en los últimos años por Ruth Bader Ginsburg yRobert Burt, por lo que será útil terminar con una discusión de sus puntos de vista.

Burt concibe a la democracia constitucional como ineludiblemente ligada a dos principios -la regla de la mayoría y la igual autodeterminación- que están potencialmente en conflicto. Si los procesos mayoritarios se emplean para promover la dominación de unos sobre otros, la contradicción latente en la política democrática se hace evidente. En tales circunstancias la democracia entra en guerra consigo misma, y se necesita un mecanismo institucional para resolver el conflicto. Este mecanismo lo proporciona, según Burt, la revisión

[65] Debe resultar evidente, a partir de mi anterior discusión sobre los bienes públicos y la culpabilidad estatal, que también creo que Walzer se equivoca al pensar que prevenir el dominio es la única base legítima para la imposición de soluciones por parte del Estado.

judicial, entendida como «un instrumento coercitivo extrínseco a los contrincantes» en una lucha política. Burt considera a la revisión judicial como una «respuesta lógica a una contradicción interna entre la regla de la mayoría y la igual autodeterminación. No es una desviación de esa teoría»[66].

Si el papel legítimo de los tribunales en una democracia se basa en esta lógica de prevenir la dominación mediante el proceso democrático, entonces se sigue, según Burt, que sus actividades deben limitarse a tratar las consecuencias de la contradicción democrática. Y puesto que el objetivo es prevenir la dominación, también se sigue que los tribunales no deberían tomar partido en las disputas que son subproductos de la contradicción democrática (imponiendo los deseos de un grupo sobre los de otro). Por el contrario, deberían limitarse a declarar inaceptable la dominación que ha surgido del proceso democrático, e insistir en que las partes intenten de nuevo llegar a un acuerdo. Por lo tanto, a diferencia de muchos autores que han considerado demasiado tímido el enfoque del Tribunal Supremo de Estados Unidos en los casos sobre la supresión de la segregación racial de los años cincuenta y posteriores, para Burt el Tribunal adoptó la posición correcta. En el caso *Brown v. Board of Education* los magistrados declararon que la doctrina de «separados pero iguales» era una violación inconstitucional de la «cláusula de igual protección», pero no establecieron qué condiciones de escolarización serían aceptables[67]. Devolvieron el problema a los legislativos de los Estados sureños, pidiéndoles que establecieran ellos mismos soluciones aceptables[68]. Esas soluciones se presentaron ante el Tribunal como resultado de litigios posteriores, fueron evaluadas en esos casos, y a menudo el Tribunal las encontró insuficientes[69]. Pero el Tribunal evitó diseñar la solución misma, y con ello evitó también la acusación de que estaba usurpando la función legislativa.

También Ginsburg ha sostenido que, cuando los tribunales intentan ir más allá de una función reactiva, menoscaban su propia legitimidad en una democracia. Aunque ella piensa que algunas veces el tribunal necesita «adelantarse» al proceso político para alcanzar reformas que la Constitución exige, si se adelanta demasiado lejos puede producir una reacción de retroceso, y dar lugar a acusaciones de que está rebasando el lugar que le corresponde en un orden constitucional democrático[70]. Tanto Ginsburg como Burt

[66] Robert A. Burt, *The Constitution in Conflict* (Cambridge, MA: Harvard Universay Press, 1992), 29.

[67] *Brown v. Board of Education I*, 347 U.S. 483 (1954).

[68] *Brown v. Board of Education II*, 349 U.S. 294 (1955).

[69] Burt, *The Constitution in Conflict*, 271-310.

[70] Ruth Bader Ginsburg, «Speaking in a Judicial Voice» (Madison Lecture, New York University Law School, 9 de Marzo de 1993, mimeografiado), 30-8. Véase también *Nomination of*

piensan que el tipo de enfoque adoptado por el Juez Blackmun en el caso *Roe v. Wade* ejemplifica este peligro[71]. A diferencia del enfoque del caso *Brown*, en *Roe* el Tribunal hizo bastante más que rechazar una ley de aborto del Estado de Tejas. En la fundamentación de la sentencia, la mayoría estableció un test detallado para determinar las condiciones bajo las cuales cualquier ley de aborto podía ser aceptable. En la práctica, el ponente Blackmun redactó una ley federal sobre el aborto. En palabras de Ginsburg, el Tribunal «no invitó a ningún diálogo con los legisladores. Al contrario, desplazó totalmente el balón fuera del poder legislativo», al acabar con prácticamente todas las formas de regulación del aborto entonces existentes[72].

Desde el punto de vista de Ginsburg y de Burt, la posición radical del caso *Roe* redujo la legitimidad democrática del Tribunal, al tiempo que polarizó las opiniones acerca del aborto y acabó con varios proyectos para liberalizar las leyes de aborto que estaban en curso en diversos Estados. Entre 1967 y 1973 se aprobaron en diecinueve estados leyes que liberalizaban los supuestos en los que se permitía el aborto. Muchas feministas estaban insatisfechas con el ritmo y el alcance de esta reforma. Por eso montaron la campaña que trajo como resultado el caso *Roe*. Burt reconoce que en 1973 «no estaba claro si las leyes estatales recientemente promulgadas significaban el inicio de una tendencia nacional a abolir todas las restricciones al aborto, o incluso si en los llamados estados liberalizados esas nuevas leyes incrementarían de manera significativa el acceso al aborto para cualquiera». No obstante, este autor destaca que «la cuestión del aborto estaba siendo abierta y ávidamente discutida en un número sustancial de foros públicos y, a diferencia del régimen existente tan recientemente como en 1967, ya no estaba claro quién estaba ganando la batalla»[73]. Siguiendo el modelo del caso *Brown*, el Tribunal en el caso *Roe* podía haber declarado la inconstitucionalidad de la ley de aborto de Tejas y haber reenviado el asunto al legislador estatal para una acción futura, estableciendo así únicamente límites sobre lo que los legisladores pueden hacer en materia de regulación del aborto, sin entrar el Tribunal directamente a configurar dicha regulación. En opinión de Ginsburg y de Burt, eso habría dejado espacio para una resolución democrática del conflicto, asegurando la supervivencia del derecho al

Ruth Bader Ginsburg to Be an Associate Justice of the United States Supreme Court: Report Together with Additional Views [Propuesta de Ruth Bader Ginsburg para ser nombrada Magistrada del Tribunal Supremo de Estados Unidos: Informe y opiniones adicionales], Informe Ejecutivo 103-6-93-1, Senado de Estados Unidos.

[71] *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

[72] Ginsburg, «Speaking in a Judicial Voice», 32.

[73] Burt, *The Constitution in Coaflict,* 348.

aborto y preservando al mismo tiempo la legitimidad de la función de los tribunales en una democracia[74].

Aunque las tensiones que surgen en el seno de la justicia democrática son diferentes de las que motivaron los análisis de Burt y Ginsburg, su punto de vista acerca de la función apropiada de los tribunales en un orden democrático encaja cómodamente dentro del argumento general desarrollado aquí, en tres aspectos fundamentales. En primer lugar, estos autores articulan una respuesta institucional adecuada para la exigencia de que, más que imponer la democracia a las actividades colectivas, el objetivo debe ser intentar estructurar las cosas de manera que la gente encuentre vías para democratizarlas por sí misma. Al asignar a los tribunales una función negativa de anular por inaceptables las prácticas que violen las exigencias más estrictas de la justicia democrática, los tribunales pueden forzar a los legislativos, y a las partes en conflicto que representan, a buscar soluciones creativas a sus conflictos que sean constitucionalmente aceptables. En segundo lugar, el enfoque de Ginsburg y Burt es atractivo porque es reactivo pero directo; ejemplifica el pragmatismo creativo que motiva a la justicia democrática. Implica aceptar que existe una importante -aunque circunscrita función para los tribunales en una democracia, pero deja fuera las inmanejables exigencias administrativas sobre los tribunales que acompañan a concepciones más activistas de la función judicial. Desde esta perspectiva, un tribunal podría sostener razonablemente que una determinada política debe ser rechazada, sin establecer (quizá incluso sin haber decidido) qué política sería admisible. «Esto es inaceptable por las razones a, b, c...; encuentre un camino mejor» se considera la actitud apropiada para un tribunal constitucional. Por último, al reconocer que la legitimidad de los legislativos es relativamente

[74] Ibid., 349-52. El enfoque de Ginsburg y Burt fue adoptado finalmente por el Tribunal Supremo en el caso *Planned Parenthood of Pennsylvania v. Casey*, 112 S.Ct. 2791 (1992). Afirmando la existencia de un derecho constitucional fundamental de la mujer al aborto, reconociendo la legitimidad del interés estatal en la vida potencial, e insistiendo en que los Estados no pueden perseguir la reivindicación de dicho interés en un modo que sea indebidamente oneroso para la mujer, el Tribunal estableció algunos parámetros básicos dentro de los cuales los legislativos de los Estados debían diseñar desde ahora las regulaciones sobre el aborto. Los votos particulares disidentes en la sentencia *Cases*, tienen razón al señalar que habrá un grado de impredecibilidad y confusión a medida que se promulguen diferentes regímenes de regulación en diferentes Estados y éstos sean controlados por los tribunales; 112 S.Ct. 279 1, en 2866 (1992). Desde concepciones de la adjudicación que priman la eficiencia y la claridad por encima de todo, esto puede parecer una reprobable invitación a seguir litigando. Para Ginsburg y Burt, sin embargo, que *Cases*, invite a litigar puede ser un precio que merece la pena pagar. Asigna la carga de encontrar formas de regular el aborto que no sean indebidamente gravosas a parlamentos democráticamente elegidos, y los fuerza a hacerlo sabiendo que los tribunales examinarán las leyes que promulguen y las anularán si las encuentran deficientes. Estos temas están tratados más ampliamente en mi introducción a *Abortion: The Supreme Court Decisions* (Indianapolis, IN: Hackett, 1995), 1-23.

mayor que la de los tribunales, y al tratar a éstos como mecanismos institucionales para hacer frente a los errores legislativos, el enfoque de Ginsburg y Burt da cuenta del hecho de que ningún mecanismo de toma de decisiones es perfecto. Pero lo hace de un modo basado en la idea de que los procedimientos democráticos deben ser diseñados para operar de la mejor manera posible, y que, cuando fracasan, los remedios no deben interferir en el proceso democrático más de lo que sea necesario para repararlo.

Algunos objetarán que esta función de revisión de los tribunales es demasiado limitada. Pero los demócratas deben preocuparse no sólo de los tribunales que pretenden hacer avanzar la causa de la justicia democrática, como puede ser razonable pensar que ocurrió en los casos *Brown y Roe*, sino también de los tribunales que no lo pretenden, como ocurrió en el caso *Dred Scott*, en los Civil *Rights Cases*, o en *Lochner v. New York*[75]. Aislados de toda revisión posterior y liberados, al menos en el contexto estadounidense, de las ataduras de la responsabilidad democrática, los tribunales pueden dictar decisiones de este último tipo que no sean revocadas durante décadas o incluso generaciones. Así, aunque desde la perspectiva de la justicia democrática puede ser sensato abrazar una función activista para un tribunal constitucional, es igualmente sensato limitar a los tribunales a un activismo circunscrito y negativo.

CONCLUSIONES

Mi objetivo en este ensayo ha sido hacer plausible la defensa de una concepción democrática de la justicia social. He intentado hacer esto partiendo del punto de vista popular, en el cual las consideraciones de democracia y de justicia están íntimamente ligadas, y no del punto de vista académico convencional, desde el cual estos conceptos se ven como fundamentalmente distintos y mutuamente antagonistas. La concepción que ofrezco está basada en los compromisos recíprocos de gobierno y de oposición en la teoría democrática, sugiriendo que siempre debe haber oportunidades para que los afectados por la operación de una práctica colectiva puedan tanto participar en su gobierno como oponerse a sus resultados cuando lo consideren oportuno. Cabe razonablemente esperar que estas dos exigencias tengan implicaciones diferentes en diferentes culturas y que, dentro de la misma cultura, evolucionen con el tiempo y se cumplan de modo diferente en ámbitos diferentes. Es mejor considerarlas como restricciones condicionantes, diseñadas para democratizar las relaciones sociales a medida que éstas van reproduciéndose, más que como un plan completo preconcebido para realizar la justicia social.

[75] *Dred Scott v. Sandford*, 60 U S. 393 (1856); In re Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883); y *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

Esta concepción contiene tensiones internas, desde luego, pero he intentado mostrar que éstas son inherentes a toda reflexión relativa a la justicia de los órdenes sociales, así como ofrecer algunas indicaciones sobre cómo hacer frente a estas tensiones de una manera consistente con el espíritu del argumento general. Además, he intentado esbozar las líneas principales de la visión del Estado que se sigue de mi concepción, y desarrollar algunas de sus implicaciones en relación con la provisión de bienes públicos y, en general, con la función apropiada del Estado en la promoción de la justicia democrática. He delineado los principios básicos que deben guiar la acción del Estado, así como la naturaleza apropiada y el lugar que ha de ocupar la revisión judicial en el argumento de la justicia democrática. No hay duda de que estos argumentos suscitan tantas cuestiones como resuelven, pero espero, con todo, haber logrado caracterizar el argumento central y su motivación de un modo suficientemente completo como para presentarlo bajo una luz atractiva.

En 1918,Dewey señaló que toda filosofía animada por el reto de alcanzar la democracia «ha de entender la libertad como un universo en el que hay verdadera incertidumbre y contingencia; un mundo que no existe, ni existirá, del todo; un mundo que, en algunos aspectos, es incompleto y está haciéndose, y que en dichos aspectos puede hacerse de una forma o de otra según cómo los hombres juzguen, valoren, amen y trabajen. Para esta filosofía cualquier noción de una realidad perfecta o completa, acabada, que exista siempre igual cualesquiera que sean las vicisitudes del tiempo, será aborrecible»[76]. La justicia democrática está concebida en un espíritu contingente y pragmático similar. Igual que no hay modelos o planes que seguir, tampoco hay destinos finales. Las prácticas sociales evolucionan, como las técnicas de gobierno y de oposición, presentando a menudo nuevas injusticias y posibilidades novedosas de tratarlas. El reto consiste en afrontar las injusticias y en aprovechar las posibilidades de un modo satisfactorio y basado en principios. La justicia democrática pretende ayudar en ese empeño.

(Trad. de Amalia Amaya y Pablo Larrañaga)

[76] Extraído de un discurso pronunciado en la Unión Filosófica de la Universidad de Califorma en Noviembre de 1918, reimprimido en Dewey, *The Political Writings*, 44.

COMUNITARISMO. MULTICULTURALISMO. UN COMENTARIO

Para qué hablar hoy de lo bueno y lo malo del comunitarismo

I: La reacción de los teóricos comunitaristas fue ante la idea de la teoría política liberal según la cual es el conflicto y no el acuerdo lo que subyace a nuestras sociedades modernas porque estas no son capaces de dar con un principio moral compartido (ni tampoco consideran que sea conveniente hacerlo). Teóricos como Rawls o Nozick se plantean sus tareas de forma muy diferente, pero en ambos subyace una mirada al hombre como un ser que hubiera caído en una isla desierta en la cual no conociera a nadie y deseara protegerse de los caníbales. En esta idea de MacIntyre está *in nuce* la teoría comunitarista: si deshacemos la sociedad en mónadas nos olvidamos de que de hecho existimos dentro de un conjunto de vínculos que nos constituyen como individuos. Nos reconocemos siempre dentro de un horizonte de valores sustantivos compartidos que desvanecen la distinción entre lo justo y lo bueno: la vida en sociedad es una interrelación capaz de promocionar virtudes y solidaridades en base a contenidos -buenos- antes que a criterios de corrección en la interrelación.

La idea en sí parece admisible puesto que explota sobre el hecho lamentable de que en las teorías modernas sobre la sociedad (en el decir cómo ha de ser el mundo que la Ilustración propone y cuáles han de ser sus normas y leyes) se había olvidado que los individuos se encuentran socializados y que no actúan como pequeños dioses desde sí (llevando por propia voluntad su decisión racional al mundo). Precisamente éste ha sido el motivo de la gran diferencia entre el hombre racional y el hombre que poblaba nuestras sociedades, entre la teoría y la práctica, entre los proyectos ilustrados y sus consecuciones pragmáticas. En el momento en que se lleva a cabo el universal éste se modifica. Esta es una crítica que comenzó en Hegel. Ahora la cuestión estriba en la importancia que demos a esa comunidad, si como mero momento de la formación de la identidad o como un sustituto de la universalidad perdida.

II: Ante la inevitabilidad de los planteamientos comunitaristas se han intentado adecuar las asunciones liberales; de este modo Dworkin cree que «a largo plazo los programas políticos fracasan si no hallan espacio en la

imagen de sí que la gente anhela y en los modelos que admira»[1], de forma que es preciso inscribir la ética en la política. Para Dworkin esto lleva a entender la ética como ética del desafío: lo importante es la realización, el hacer algo que creemos debemos hacer y, por ello, una buena vida -una vida donde se casa el interés general de la deliberación política con el particular de la actuación social- será aquélla en la cual llevamos a cabo la mejor vida posible según nuestras convicciones. Para ello, concluye Dworkin, es inevitable un gobierno que promueva recursos que favorezcan el que todos puedan hallar la cumplimentación de la mejor vida posible de acuerdo a sus creencias. La cuestión básica es la promoción de la igualdad, el intento de que hombres y mujeres puedan partir de una posición semejante para, a partir de ella, diversificarse según sus propias habilidades, opciones y convicciones; esa igualdad primera para la que el Estado deberá dotar recursos, es la clave del intento de Dworkin.

La cuestión aquí es que cuando Dworkin se enfrenta al problema de qué recursos promocionar (promocionar la educación, ¿permitir la pornografía? ¿y la tenencia de armas?) y al no querer colapsar bueno en justo, termina acudiendo a un concepto de vida que remite a concepciones ilustradas de excelencia que no se ven influidas, matizadas o modificadas por la vida en comunidad que pretenden promocionar. Así, al final, siempre aparece un núcleo inicial autónomo del mundo, donde el individuo se encuentra *únicamente* consigo mismo (y no casualmente con la universalidad) y desde el que *dicta* la ley correcta.

No es casual que el primer pensamiento liberal, cuando se trata de dar cuenta de la comunidad, sea por la redistribución de bienes. Esta es la única manera de hacernos sensibles al contexto sin comprometernos con él. La justicia distributiva es la contestación de Dworkin o Rawls a los problemas comunitaristas. Pero de este modo se extienden a bienes no materiales consideraciones que no les son propias perdiendo de vista el conflicto de clases, poderes y culturas y olvidando que muchas relaciones sociales (como la familia, la escuela, etc.) solicitan una mejor organización junto a su justa distribución. El olvido liberal aquí es que «los derechos concebidos como posesiones no son fructíferos. Los derechos son relaciones, no cosas»[2] y las sociedades distribuyen estos bienes y constituyen identidades al dar, con ellos, significados y propósitos. La obsesión de Dworkin por la igualdad tiene como objetivo el hacer a todo sujeto poseedor de un abanico de derechos y libertades por el mero hecho de ser ciudadano, pero no comprende que esos derechos y libertades se especifican en el mundo, toman significados, esto es, crean solidaridades, asunciones y expectativas que inevitablemente les modifican aunque sólo sea porque esos derechos del ciudadano lo son para conseguir esas expectativas y si no valen se desechan a

[1] R. Dworkin; *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona, Paidós, 1993, pag. 102.

[2] J.M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton U.P., 1990, p. 25.

aquéllos antes que a éstas. V.g. la libertad de expresión no es un derecho abstracto, sino un derecho que nos ha llevado a optar por un modo de vida que asume ya una determinada manera de concebir la libertad de expresión.

La cuestión es que no se trata tanto de admitir que vivimos en una comunidad y por ello debemos adaptar nuestras ideas a esta «contingencia necesaria», cuanto que la misma vida en comunidad solicita y crea nuevos planteamientos. Quizá sea éste el peor error de los liberales que optan por asimilar y encauzar las críticas comunitaristas: se adaptan sin afectar el núcleo de su pensamiento y siempre queda en el lector una profunda insatisfacción al ver que, ciertamente, dan respuesta a todas las objeciones, pero parecen no entender el problema. Si los individuos se establecen en grupos de donde sacan su identidad, no se puede tomar a esos grupos como meras asociaciones de individuos, sino como formadores y formados por ellos. El buscar un fundamento a, por ejemplo, la tolerancia fuera de las prácticas cotidianas en las que se establece, es un prejuicio liberal que considera que tan sólo desde la neutralidad -desde la razón pura- se puede pensar sobre las cosas que nos afectan; tal prejuicio no se apercibe de que lo que nos afecta las más de las veces nos constituye. Es cierto que la reflexión moral requiere cierta distancia, pero no el prescindir de nuestro mundo hasta hacernos irreconocibles a quienes nos rodean -y a nosotros mismos-. La disyuntiva no es egoísmo o imparcialidad: la lucha por los derechos -por unos derechos generales- me implica no imparcialmente y es precisamente en esa implicación de donde toma fuerzas la lucha. No hay auténtica reclamación que se haga por el bien de la humanidad si no somos capaces de vernos como parte interesada dentro de esa humanidad, esto es algo que desde las teorías feministas y las concepciones de la diferencia se va haciendo cada vez más claro. Como bien dice Walzer, más que inventar o descubrir, pudiera ser que el moralista debiera interpretar la moral que de hecho ya existe implicándose de un modo sustantivo en semejante interpretación al modo en como lo hace el profeta. Si inventa o descubre un mundo alejado de sí, de sus propios intereses, es posible que sus propuestas estén también tan alejadas de quienes las han de recibir que sean ininteligibles (o sin fuerza para compelir a su implementación). Y no ha de olvidarse que interpretar puede ser también criticar.

El intento de Dworkin tiene el sentido claro de reciclar el paradigma heredado con las nuevas críticas. Podría decirse: lee los libros escépticos sin retirar el crucifijo de encima de la mesa y por este motivo complejiza mucho el análisis filosófico, mas no llega a mejor puerto que las teorías liberales más tradicionales[3]. Y caso similar sucede con más adecuados liberales como pudieran ser Kymlicka o Macedo para los cuales el individuo tiene una *situated autonomy* por la cual recibe un bagaje cultural, pero siempre

[3] Esta es la idea de Vallespín en su introducción al libro de Dworkin *Ética privada e igualitarismo político*.

puede reflexionar y criticarlo[4]. De nuevo, la cuestión es que bajo la preocupación por conservar el espíritu de autonomía crítica, cae el hecho de que la autonomía no es un valor que se otorgue al individuo, sino un modo de ser que construye la misma ciudadanía: es demasiado sencillo pensar que podemos suponer un inicio de los vínculos sociales en donde a cada individuo se le conceda un conjunto de derechos inalienables. Demasiado sencillo y poco real.

III: Me interesa simplemente aceptar el hecho de que nuestros modos de socialización ponen condiciones a lo que vamos a entender como valores, plantean las cuestiones que vamos a tomar como dignas de consideración y llevan nuestra propia identidad en una dirección muy determinada. Pero quiero advertir que el vínculo comunitario puede decir que no hay nada más allá de la comunidad, pero eso no implica que todo esté en la comunidad.

Es cierto que en buena medida somos constituidos en los vínculos que establecemos comunitariamente, el problema está cuando lo que entendemos por comunidad es un concepto tan estrecho que no encuentra sino lo que ella misma pone. La crítica más habitual a los comunitaristas es su extrañamente homogéneo concepto de identidad y de comunidad: ¿Qué identidad es la que se construye?¿Qué comunidad cabe en un mundo plural y complejo como el nuestro?[5] En una sociedad moderna existen valores no compartidos por todos que, sin embargo, sí merecen ser protegidos (es el caso de los protagonizados por las mujeres, las distintas culturas étnicas o lingüísticas, etc.) y de esto no pueden dar cuenta los comunitaristas que generalmente olvidan que existen sociedades plurales que en más o en menos funcionan.

El plantear la solución a nuestras desventuras sociales y políticas bajo la égida de la protección de la tradición o de asegurar cierta unidad y cohesión a la comunidad, ha llevado a posturas que entienden poco lo que hoy pueda ser una comunidad. Pensar una tradición fuerte es pensar en un mundo que ya no ha de volver máxime si esa tradición pasa por alto el hecho de que la disidencia, la opinión diferente, es un valor que no estamos dispuestos a perder. Es cierto que nos configuramos en una sociedad y que de ella sacamos

[4] El liberalismo tiene valor porque «reconoce el modo en que los aspectos culturales y comunitarios de la vida social proveen la posibilidad y el lugar para perseguir los valores humanos. Pero también insiste en que estos valores, como los más importantes valores, dependen en último término del modo en que cada individuo los comprenda y evalúe» (W.Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 253)

[5] Bell, en un intento de dar cuenta de esta complejidad supone que existen comunidades físicas -que viene de la pertenencia a un mismo lugar geográfico-, de memoria -de identidad religiosa o política-, lingüísticas y sicológicas -la unión familiar-, y que la pertenencia puede ser a cualquiera de ellas; pero aun así ¿cuál comunidad dicta las normas? y ¿cómo se resuelven los conflictos de normas? Es un lugar común remitir, para una excelente visión del comunitarismo así como de las críticas a plantearle, al libro de C. Thiebaut, *Los límites de la comunidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

nuestros valores, pero una comunidad fuerte y sin fisuras, una tradición que nos presente todo el muestrario de valores, es una situación tan ideal como abominable.

Es absurdo pensar que con el disenso no hay comunidad posible; «si nuestras diferencias hacen imposible una política de la virtud, lo que tenemos en común hace que un mundo de justicia sea un ideal razonable»[6]. La duda ante los comunitaristas -y ante los liberales que toman lo mejor del comunitarismo y lo intentan reacoplar en sus planteamientos- es que el concepto de comunidad que manejan es muy estrecho, pero, además, el concepto de individuo que en todos aparece es demasiado fuerte. Los vínculos a través de los que la individualidad se construye no se elaboran en un superindividuo capaz de construirse y dar cuenta hacia adelante y hacia atrás de su propia vida; el individuo se construye en una maraña de imágenes vividas e inventadas al hilo del mismo relato en el que se configura (fabricando la individualidad como un proceso que remite a imágenes que cada vez se han de inventar, que pueden ser contradictorias, que no construyen nada más allá de sí mismos). Pensar que es precisa una noción débil de individuo es decir que simplemente compartimos ideas sobre las necesidades, intereses y capacidades; pero con tan poca cosa elaboramos vínculos fuertes y pregnantes. La estrategia comunitarista necesita de un mundo cerrado hoy imposible (las mismas esferas sociales en las que muy inteligentemente Walzer suponía la pluralidad y un valiosísimo concepto de justicia compleja, resultan artificiales y no plurales, pues dentro de cada esfera hay un acuerdo total sobre qué sea lo bueno. Además, es ingenuo -o despótico- suponer fijas las fronteras de las esferas: ¿la maternidad es de la esfera económica o de la de satisfacción?). Hoy ya no hay una postura que nos deje con la solución a nuestros problemas, no existe una comunidad ideal, sino modelos que se han de experimentar, consensos que se pueden venir abajo y negociaciones constantes que han de establecer nuevos gustos, nuevas modas -nuevas propuestas sociales-. No es tanto que la justicia deba completarse con nociones de vida buena, sino que la justicia tiene que ver con el nivel de la sociedad que soporta las condiciones institucionales donde son posibles los ideales de vida buena.

Me interesa tan sólo destacar que poner la cuestión en la comunidad no suele ser otra cosa que desplazar la lucha por el universal a un lugar donde el universal pasa de la solitaria tierra de la razón a la bulliciosa sociedad de la cultura, pero sigue procurando una descripción de la realidad que pretende tener razones para demostrar que es ésa y no otra la realidad. La cuestión no tendría problemas si se mantuviera a un nivel retórico, pero cuando pretende ser una cuestión epistemológica (cuando quiere decir: es nuestra tradición la real, a la que debemos atender por ser *nuestra*) la cosa cambia. La misma defensa de la intraducibilidad entre tradiciones tiene a su base, al

[6] J.D. Moon; *Constructing Community*, Princeton U.P., 1993, p. 12.

final, una defensa a ultranza de nuestra tradición a fin de que torne estable y tan inmóvil como los conceptos a los que se supone critica. Pero el mismo motivo que nos impulsó a dejarnos seducir por las ideas comunitaristas y considerar con agrado «la tradición» es, precisamente, el que nos impulsa a creer que la cotidiana actividad e interpretación de cada individuo variará -y definirá *in situ*- sus conceptos de virtud, razón, tradición, etc.

La utilidad del «multiculturalismo»

I: La discusión acerca del multiculturalismo es el intento de definir una sociedad democrática en un mundo socialmente cada vez menos homogéneo. Atender al modo en que distintas culturas puedan desarrollarse bajo un sistema político es una cuestión liberal, comunitaria y, esencialmente, democrática. En una sociedad compleja, donde ya no caben grandes vinculaciones y en la que ya no podemos renunciar a ver en la referencia comunitaria un interés, es preciso buscar el vínculo común que hace posible la vida en sociedad de individuos, situaciones y comunidades muy dispares: desde la cerrazón total a nuevos grupos y la imposición poco sensible de una cultura política determinada, hasta la desintegración en mónadas culturales, ha de haber un campo que sea donde jueguen nuestras democracias hoy. Taylor, por ejemplo, reconoce que es cierto que existen derechos que bien se podrían cargar a un «derecho inalienable» del hombre -v.g. el *habeas corpus*-, pero otros muchos han de adecuarse a su entorno y en tal adecuación conformar las sociedades (que no viven con derechos tan generales que puedan ser proclamados como «esenciales»)[7]. Mi preocupación por las discusiones multiculturalistas no es por hablar de culturas en un sentido estricto; bajo tal rótulo quiero entender los modos, imágenes, y referencias de socialización de los individuos, sus adscripciones parciales, sus lealtades momentáneas, estables o negociadas, en fin, todos los marcos de referencia en torno a los que se construye la individualidad y que, por ello, son parte reclamable de la misma. Sea esta amplitud -quizás «europea» y foucaultiana- la que las más de las veces es olvidada por quien defiende políticas multiculturales.

Los antiguos liberales lo tenían muy fácil: a la sociedad liberal venían los individuos y se construían según sus inclinaciones y caracteres; de lo que se trataba era simplemente de proveer para que todos partieran de una igualdad básica a partir de la cual la particular habilidad diferenciara a unos de otros (es el intento de Dworkin o de Rawls al construir mecanismos que abolan las desigualdades iniciales). En la comunidad liberal no había disenso posible aunque formalmente se admitiera la diferencia.

En el momento en que la misma construcción del individuo se vincula a una serie de coparticipaciones culturales, no es tan fácil dejar de lado la protección de éstas para ocuparse únicamente de la promoción de la autonomía.

[7] Cfr. su *Philosophical Arguments*, Cambridge, Harvard U.P., 1995, pp. 247-248.

En una sociedad compleja donde público y privado borraron sus limitaciones hace ya tiempo, si queremos una verdadera ciudadanía no podemos tan sólo ocuparnos en definirla y adscribirle a cada individuo esa definición al nacer; es preciso que se promocionen ciertas posibilidades, ciertas posturas y planteamientos. Y esto es el modo común de hacer de las sociedades modernas. Por muy neutral que quiera ser un Estado, ha de aceptar su implicación siquiera en la definición de términos: la justa recompensa de méritos significa una opción por qué vamos a tomar como mérito, la discriminación se combate con discriminación -las famosas discriminaciones positivas-, la libertad de expresión señala qué discusiones son contra democracia (cuáles son anticonstitucionales). En suma, promover un individuo autónomo, un perfecto ciudadano liberal, es tan absurdo como promover nada. Valores, asunciones y palabras-saberes son los que nos dicen qué pueda ser un individuo autónomo -qué es un ciudadano-.

Taylor es el autor que con más enjundia filosófica ha afrontado la cuestión del multiculturalismo. Taylor considera que existe un liberalismo ciego a la diferencia, universalista e individualista y otro que cree que la diferencia es parte de la dignidad de la persona. Es este último el que es el adecuado desde una perspectiva multiculturalista pues supone un Estado no neutral que favorece algunos aspectos de la creación de la ciudadanía. La idea rousseauniana según la cual existe un sentimiento interno a todos los hombres que nos iguala y que explica más de nosotros que cualquier palabra, inaugura una línea que Taylor reconstruye como la línea de la autenticidad. Frente al individuo neutral liberal que tan sólo precisa de un procedimiento para poderse desarrollar en el mundo, la autenticidad solicita la posibilidad de explotar lo más propio del hombre.

El ideal de autenticidad tiene fuerza moral porque buscando y descubriendo mi propia individualidad la articulo y me configuro. Lo interesante es que esta búsqueda, este proceso, no es una introspección solipsista, sino que se da dentro de una relación de diálogo con los demás y dentro de un mundo con significados pre-establecidos; es todo este conjunto el que conforma la búsqueda por la autenticidad (la configuración del individuo moderno). De esta forma, mi propia constitución supone un grupo y exigir que se me reconozca es exigir que se reconozca al grupo que me vale para construirme. No es sólo que preciso de imágenes y modelos comunitarios con referencia a los cuales tomar significados; es, sobre todo, que imágenes y modelos han de ser defendidos y protegidos -reconocidos- como necesarios para mi propia construcción como individuo. Ésta es la esencia del multiculturalismo.

Ya no se trata tan sólo de reconocer una igualdad inicial, sino también una diferencia inicial, aquella que constituye la real distinción entre unas culturas u otras. Desde las filas liberales se ha apechado con una moda necesaria y se han dado algunas respuestas. A mi entender la de Kymlicka es de las más ponderadas. Acepta el autor canadiense que en la misma tradición

liberal la pertenencia cultural tiene una gran importancia y que, por otra parte, existen miembros desaventajados para los que es menester proveer (y es precisamente la pertenencia a una cultura liberal la que nos hace proveer para ellos)[8]. Reconoce Kymlicka que, por ejemplo, en el caso de los indios norteamericanos, es preciso proteger su cultura porque la cultura es un valor primordial, pero no se atreve a dar el paso que media entre ayudar a integrarlos con su cultura (lo cual es decir: ayudar a integrarlos con todo lo que de su cultura pueda sobrevivir en esa integración) y fomentar su superviviencia como grupo diferente -y ajeno- En casos de nacionalismo la propuesta de Kymlicka no tendría mucho valor: ¿cómo ayudar a la integración de un grupo que solicita precisamente la desintegración para cobrar significado cultural? Es cierto, continúa admitiendo Kymlicka de las críticas comunitaristas, que el Estado ha de proteger ciertos tipos de vida (v.g. ha de promocionar el teatro) y además ha de promover una vida en común si no desea caer en la anomia, pero considera el autor canadiense que la neutralidad liberal puede suscitar todo esto sin remitirse a modos de vida (merced a la mera iniciativa individual -privada). Ciertamente esto no es muy claro y casi es mejor respuesta la de Moori, que acepta la dura y pura opción por los *bienes liberales* como una opción entre diversos bienes culturales.

II: Taylor anda su camino teniendo muy claro adónde desea llegar. Su héroe es Rousseau y por ello puede creer que la diversidad es compatible con el deseo de una nación. Por bajo el sentimiento rousseauniano y romántico descubre Taylor algo que es común a todos los hombres y ese vínculo es el que puede hacer de cemento social. De este modo, recoge el modo en que la ley se elabora en la tradición continental (una elaboración consensual alejada de la promulgación-implementación jurídica de EE.UU.) y piensa que es posible defender derechos de comunidades y minorías sin poner en peligro la comunidad al completo. Supone, y le es posible hacerlo desde una idea de Rousseau donde la Voluntad General siempre aglutina todas las voluntades particulares, donde la educación de Emilio tan sólo pone al descubierto lo que la Naturaleza ya de por sí ha puesto en los hombres, supone, digo, que es evidente una noción de patriotismo merced a la cual todo cambio, toda reivindicación queda subsumida en un concepto de comunidad amplio que, como el Dios spinozista, abarca el mundo entero y no permite que nada se desorganice.

Lo interesante de la idea de Taylor no es la atención a las culturas (en tal caso el multiculturalismo no sería sino una rama de la antropología comparada), sino que en esa atención el diálogo cambia; nos muestra como individuos multiculturales en una comunidad y eso nos lleva a repensarnos y a plantear -utópicamente- una buena democracia. Pero ¿fomentando la diferencia

[8] Cfr. W. Kymlicka, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 163.

se fomenta la comunidad? El otro borde liberal se mantiene: ¿no será tolerando la diferencia como se fomenta la comunidad?

«La esfera pública fue un nuevo espacio metatópico en la que los miembros de la sociedad podían intercambiar ideas y llegar a un espíritu común» y tal era «fuera de la constitución política de la sociedad y en un tiempo profano»[9]. Esta concepción de una esfera pública sin relaciones de fuerza o con mínimas relaciones de poder es la que le permite ser rousseauniano y hablar de autenticidad; pero, sobre todo, encontrar el vínculo común que en esa búsqueda de la diferencia protege contra la fragmentación. Un vínculo que aparece, como sucede en Rousseau o Herder, de una manera tan natural que desafía a cualquier concurso en un mundo lleno de luchas interesadas artificiosas (como se ha dicho muchas veces, le falta a Taylor una reflexión sobre las políticas necesarias para implementar su pensamiento filosófico de manera que sea compatible con la democracia). Hablando de la homosexualidad nos dice que no es una mera elección del yo, sino que significa ponerse ante una sociedad, enfrentarse a ella y supone adscribirse a todo un saber; de aquí se desliza a que, puesto que unas opciones no son iguales a otras, entonces hay unas mejores y otras peores. En este punto rechaza de los postmodernos el haber propuesto que todos los significados fueran iguales (y no unos más significativos que otros) puesto que de tal manera se amenaza con la vanalización de nuestras asunciones: es cierto, afirma, que la autenticidad significa introducirse en un mundo pre-dado y optar, pero los significados creados han de ser de distinta jerarquía. La pregunta ahora a Taylor es: ¿quién establece el orden en esta jerarquía?

La respuesta: Si la autenticidad es *darnos verdad* a nosotros mismos entonces posiblemente solamente podamos hacerlo si reconocemos que este sentimiento nos conecta con un conjunto amplio y posiblemente sea en este sentido de unión que al tiempo que nos constituyamos fuere posible una articulación del género[10]. Este camino recorre toda su obra. La autenticidad puede llevar a la fragmentación si no existe un sentido de ciudadanía, una especie de patriotismo que guarda, por bajo cualquier posible divergencia social, la unidad de la comunidad.

III: La idea de Taylor es que reconocimiento y patriotismo hacen posible una sociedad moderna. Young, por el contrario, ha elaborado una perspectiva multicultural que sin tener tanta potencia filosófica como la de Taylor, esboza la otra cara de la moneda. La idea de Young es que el reconocimiento de culturas ha de llegar a punto tal que quien no pertenezca a un grupo cultural ni siquiera debería expresar su opinión en lo que respecta a los problemas que a tal grupo le acontezcan. Mas los grupos aislados, contra lo que pudiera parecer, coexisten y dan un sentido nacional en la misma forma en que es posible que una ciudad moderna sea compartida por diferentes

[9] Ch. Taylor, *Philosolphical Arguments*, cit., pag. 271.

[10] Parafraseo su *The Ethics of Autenticity*, Cambridge, Harvard U. P. 1991, p. 91.

grupos que nunca llegan a interrelacionarse. Young propugna una utopía de vida, *city life*, en la cual es factible pensar en la coexistencia de conglomerados de grupos y culturas con sus propias normativas, reglas y modos de construcción de la individualidad y sin necesidad de que unos se mezclen, interfieran o influyan en otros. La ciudadanía ideal la toma Young de una idealizada visión de las grandes ciudades modernas según la cual las comunidades y agrupaciones sociales son *sólo* culturas generadoras de identidades. Los enfrentamientos, aquí, son meramente culturales o reconducibles por parámetros culturales, siendo simple señalar dónde comienza una cultura y dónde otra, qué corresponde específicamente a una y qué a otra. Intereses y luchas hegemónicas no parecen afectar a la relación coordinada y estable, pues *city 1ife* no sólo permite la independencia y supervivencia de los grupos culturales sino que, como corresponde a toda utopía, conlleva un mejor desarrollo de nuestra vida social.

De cualquier forma, la postura de Young no es ingenua y da un estupendo auxilio a las preocupaciones multiculturalistas. Para empezar comienza por poner en duda la noción de vida buena comunitarista como noción única, fija y estable: cada individuo tiene múltiples grupos identificativos que no necesariamente son coherentes. Por eso no hay una noción de vida buena comunitarista, pero sí podemos promover nociones de vida buena. Por otro lado, y frente a la ingenua visión de la vida política como consensos y acuerdos que promocionan culturas, Young considera que «la democratización es menos fructífera concebida como redistribución del poder que como reorganización de las reglas de toma de decisión»[11] porque, al cabo, dar poder es dar el poder que la sociedad permite y la reorganización es realmente la democracia donde los grupos pueden acceder a las decisiones normativas (en último término: sólo si los grupos oprimidos pueden expresarse y decir con fuerza -y no sólo sobrevivir-, dejan de ser oprimidos).

La postura de Young aparece no tanto como protección o promoción, cuanto un buscar espacio público real a las tomas de decisiones de los distintos grupos. Mas, por otra parte, Young se da cuenta de que muchos grupos no son asimilables (lo que en versión tradicional quiere decir que entran en conflicto) y por ello es mejor que no intervengan unos en otros para protegerse del imperialismo cultural que conllevaría homogeneidad e individualismo y minaría al propio grupo que se sustenta sobre la solidaridad. Curiosamente el grupo diferente no tiene nada que ver con los otros, pero por justicia, es decir, por la misma participación en los órganos de decisión de normas que a todos afectan, ha de coincidir en el «Gobierno». Un «Gobierno» donde se promueven los grupos y sus políticas propias y donde, además, cada grupo tiene derecho de veto en las políticas que le afecten. Sin que esto implique exasperación y, algo más extrañamente, siendo simple decir cuándo una política afecta a un grupo y no a otro.

[11] J. M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton U.P., 1990, p.81.

Aquí es donde la utopía tiene su sentido. «La objeción presupone que las diferencias grupales implican conflictos esenciales de interés. Pero eso no es así... a menudo son compatibles y se enriquecen unos a otros»[12]. La vida en la ciudad muestra cómo muchos grupos, sin nada que ver entre ellos, conviven en una especie de ideal narrativo que es el estar juntos y ser extraños[13] del cual podemos decir a su favor que es variado, enseña más que ninguna otra comunidad e implica espacios públicos accesibles a todos. Como utopía que es, todo esto puede sonar algo alejado de la realidad, pero la idea de Young no me parece desacertada si estamos planteando cuestiones de cómo es posible que sociedades multiculturales existan: de hecho en más o en menos existen, ¿por qué no mejorarlas y dar poder al individuo sin plantear su autonomía, romper la burocracia, democratizar las tomas de decisión, etc.?

IV: Taylor y Young plantean respuestas evidentemente anglosajonas. Y no es extraño que esta discusión también lo sea de carácter. Mi idea es que quienes tratan con el multiculturalismo no tienen una idea muy clara de qué pueda ser cultura puesto que la fijan en clavos tan «macro» como la lengua, la pertenencia étnica, el ámbito geográfico políticamente establecido... Pero estos vínculos pueden ser tan amplios y tan estrechos como uno se proponga. En último término, no es fácil hablar de culturas en países, tomemos el nuestro como buen ejemplo, donde éstas se encuentran ligadas a una historia compleja, a un presente muy variable y a un futuro que quién sabe si no pudiera presentar nuevas culturas ocultas. Por otro lado, muy posiblemente bajo las políticas de la diferencia que buscan dar cuando menos un trato más humano a las mujeres, a los negros, a los discapacitados, se oculta una peligrosa ingenuidad que no es otra que creer precisamente en las mujeres, los negros o los discapacitados y no en mujeres, negros y discapacitados. Unificar colectivos bajo una palabra, bajo un concepto, bajo una idea, posiblemente hace más fácil la reclamación y consecución de derechos, pero lleva a creer en conceptos que se terminan imponiendo -e imponiendo su ley-.

La cuestión de la cultura nos hace plantear una pregunta: ¿las distintas esferas de una sociedad compleja no plantean distintas culturas? ¿tenemos, entonces, que plegamos a la multitud de facetas que en nuestra vida cotidiana debemos desarrollar? Es cierto que me constituyo en muchos ámbitos, que soy un habitante de muchas imágenes y esferas y que de cada una tomo algo. Multiculturalista debería ser únicamente la admisión de la configuración del individuo en multitud de redes y situaciones, la creación de éstas, de distintos saberes y la posibilidad de que todo esto entra en una interrelación que crea imágenes nuevas. Tratar con culturas tan simples como las étnicas o las lingüísticas es sencillo, pero ¿qué acerca de las médicas, las

[12] *Ibid*. p. 189.

[13] Cfr. pp. 237 y ss.

profesionales, las de clase o las políticas? ¿se atreve alguien a decir que no configuran individualidades en la misma manera a como las étnicas o las lingüísticas lo hacen? ¿es homogénea y clara una «cultura étnica»?

Considera Kymlicka en su último libro[14] que son evidentes las diferencias entre los grupos que podrían tener reclamaciones multiculturales (étnicas, nacionales...) y aquellos cuyas reclamaciones son propias del pluralismo de las sociedades democráticas modernas (pluralismo que crea esferas y sistemas de dinámicas propias). No me parece tan clara la «evidente diferencia» pues muchas veces son cuestiones propias de la connatural fragmentación social moderna las que intervienen en la formación de la identidad personal y grupal con tanta relevancia, si no más, como la que pudieran tener consideraciones grupales consolidadas multiculturalmente. ¿Se imaginaría Kymlicka la Padania (una base puramente económica que ha creado un espíritu nacionalista)? Del mismo modo la creación de nuevos nacionalismos (pienso en el leonés) o la inexistencia de otros que muy bien pudieran resurgir algún día (¿el berciano?) nos ha de llevar a preguntar si se originan en una reclamación de derechos históricos, nacionales o lingüísticos comunes o meramente en la pluralidad (siempre dada a luchas de intereses) de las sociedades democráticas. ¿Y podría alguien distinguir entre nacionalismos de primera y de segunda cuando sabemos que las historias se fabrican, los idiomas se «recuperan» y las pertenencias se crean contingentemente? Tras todo el camino parece que no queda sino la necesidad de reconocer a los grupos culturales por su propia fuerza generadora de relatos dentro de los cuales se configuran los individuos. Desde aquí han de existir instituciones que hagan posible el discurso y den oportunidades a los menos iguales; pero la teoría no da un algoritmo que diga a qué colectivo primar y a cuál no. Tan sólo será la práctica política quien lo haga proveyendo de una esfera de libertad, discurso público e igualdad democrática a la diversidad moral.

Un comentario

Más que de multiculturalismo deberíamos hablar del hecho de que formamos mundos individuales aparte y que estamos, al tiempo, dentro de una valoración, de unas imágenes, de estilos de vida, que constituyen la comunidad interpretativa desde la que nos damos sentido y se lo damos a nuestro mundo. Una comunidad interpretativa que se reúne en tomo a ciertas imágenes contingentes, sin fundamento firme y seguro, pero capaces de aglutinar en tomo a una cierta coherencia los modelos en referencia a los que los individuos configuran su actividad. El qué tomemos como mérito, el qué como libertad de expresión, no son tanto perfectos conceptos definibles y fundamentables (claramente defendibles) cuanto imágenes asumidas con

[14] W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

las que establecemos nuestra interpretación de la realidad -y nuestros planes de acción-. Y la interpretación implica que no existe respuesta que sea la mejor, que cada individuo y cada cultura pueden contradecirse, que una sociedad tiene esferas diferentes que interpretan de modo diferente y que fácticamente se reúnen bien por acuerdos negociados, bien en torno a imágenes culturales y políticas, bien, simplemente, por el hecho de pertenecer a distintos ámbitos de la misma vida de una persona.

Lo más que tenemos son horizontes que constriñen interpretaciones. Horizontes simbólicos, de poder, económicos, sentimentales..., imágenes que sirven de referencia, pero sobre todo obligan a una interpretación u otra; con todo ello, entre otras cosas, coincidimos y diferimos puesto que toda interpretación es social y en más o en menos traducible a todos los grupos y culturas. Hoy en una sociedad democrática cada sujeto descentrado y múltiple piensa y da cuenta de los conflictos sociales aunque sin más unidad que la que se esboza en horizontes e imágenes cuya fuerza es, simplemente, el ser la opción (la mayor parte de las veces impuesta o no reflexionada igual a como es, sin ir más lejos, el lenguaje) con referencia a la cual los individuos se configuran. Este es el motivo por el que la propuesta de Young no resulta descabellada: lo importante será dar condiciones de autogobierno, posibilidades de interpretación -efectiva- que ya no pueden protegerse por ninguna suerte de utopía.

No es que podamos decir, con los liberales, que como por desgracia hemos de entrar en una sociedad los valores culturales han de ser protegidos y hemos de reconocerles cierta impronta en la configuración del individuo (aunque siempre otorgando a éste el derecho de disentir); es que el asunto, por el contrario, es algo más complicado: nos configuramos en nuestra posición de disentimiento o acatamiento de valores sociales y, de este modo, si han de ser protegidos es para protegernos a nosotros mismos. Tampoco es que debamos dejar abierta la posibilidad de disentir -puesto que las más de las veces el disenso está tan mal considerado que se hace poco menos que imposible-, es que nos damos forma dentro de la adscripción a un conjunto de imágenes no unitario y dividido en esferas y en sociedades tan complejas que mezclan unas esferas con otras no existiendo nunca una cultura (aunque sí, obviamente, imágenes grupales y modos de vida).

En suma, muy posiblemente precisemos de la autonomía para defender derechos, pero éstos se reclaman, se forman y crean, desde ámbitos alejados de la pura protección; son reclamaciones de reconocimiento efectuadas desde la autenticidad, desde una concepción estética del yo, desde la estilización individual, desde quién sabe cuánta multitud de lugares más que son capaces de solicitar derechos. Muy posiblemente resulta más ajustado a la realidad pensar que si reclamo igualdad para utilizar mi lengua nativa no lo hago como corolario de un derecho que me asiste, sino porque mi identificación comunal, mi gusto estético o algún cariño escondido, me lleva a hablar mi lengua y pedir huecos y medios para usarla. El caso es que de hecho

se introducen reclamaciones -de autenticidad, expresivas, amorosas...- en un mundo esquemático y formal como el que los liberales gustan de proclamar. Tan sólo por eso vale la pena defenderlas y defender un mundo de ventanas abiertas.

JOHN RAWLS, «POLITICAL LIBERALISM», Y SUS CRÍTICOS

En este escrito, examinaré críticamente los cambios introducidos por el filósofo John Rawls a su conocida «teoría de la justicia», a través de su reciente obra «Political Liberalism»[1]. Tales cambios no han afectado tanto al corazón de su teoría -la llamada «justicia como equidad»- como a la presentación de la misma, y a la metodología recomendada para llegar a afirmarla. En lo que sigue, resumiré primero las «novedades» introducidas por PL, para luego presentar algunas de las críticas de las que PL puede ser (y de hecho, ha sido) objeto.

Como en su primer trabajo, una de las preguntas cruciales que le interesa responder al filósofo norteamericano es la siguiente: «¿cuándo es que los ciudadanos, a través de su voto, pueden ejercer adecuadamente su poder coercitivo sobre los demás, estando en juego cuestiones fundamentales?»[2]. Su respuesta nos dice que «nuestro ejercicio del poder político es plenamente adecuado sólo cuando se ejerce de acuerdo con una constitución cuyo contenido esencial es razonable esperar que todos los ciudadanos suscriban, como libres e iguales, a la luz de principios e ideales aceptables en términos de su razón humana común»[3].

Con esta respuesta, ante todo, Rawls quiere mostrar su rechazo a los ordenamientos institucionales de tipo «hobbesiano», en donde el estado compromete la fuerza pública detrás de una particular concepción de la justicia. Que Rawls rechace este tipo de soluciones no debe sorprender a nadie: toda la «teoría de la justicia», en última instancia, estaba basada en el obvio rechazo de tal posibilidad. Sin embargo, este «nuevo» Rawls, en su respuesta, va a sugerir algo más, y es que su trabajo original en realidad parecía

[1] *Political Liberalism* (New York, Columbia University Press, 1993), p. 217. Desde aquí en adelante, PL. Haré referencia al anterior libro de Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Harvard University Press, 1971) como TJ.

[2] *Political*... p. 217.

[3] Ibid., p. 137.

requerir este uso indebido de la fuerza estatal ya que iba a ser incapaz de asegurar las bases de su propia estabilidad. La teoría de la justicia, de acuerdo con el modo en que estaba formulada, aparecía como incapaz de atraer hacia sí la adhesión libre y plena de ciudadanos razonables.

El supuesto «defecto» de la «teoría de la justicia», según su propio autor, tenía que ver con sus presupuestos «iluministas». Esto es, la teoría presuponía un ideal «iluminista» conforme al cual era dable esperar el hallazgo de una doctrina filosófica que fuera capaz de decirnos qué conductas son correctas y cuáles no, y que fuera, a la vez, capaz de ser reconocida por cualquier persona que razonase del modo adecuado. El «nuevo» Rawls rechaza esta aspiración (que considera) ambiciosa y poco realista, de su trabajo inicial, aceptando la tremenda dificultad hoy existente para unificar las sociedades plurales modernas y darles un fundamento justo y a la vez estable[4].

En definitiva, el planteo y las conclusiones a las que parecía conducir la «teoría» original resultaban inaceptables, si tomamos en cuenta una serie de hechos generales que -conforme con el mismo Rawls- deben tomarse en cuenta a la hora de construir una concepción de la justicia adecuada: la enorme diversidad de «doctrinas abarcativas» existente;[5] el hecho de que la única forma de asegurar el permanente respaldo general hacia una de esas doctrinas abarcativas es a través del uso opresivo de la fuerza estatal; el hecho de que un régimen democrático, para ser duradero, debe contar con el libre y voluntario apoyo de sus ciudadanos políticamente activos; y la convicción de que «la cultura política de una sociedad democrática razonablemente estable normalmente contiene, al menos de modo implícito, ciertas ideas intuitivas fundamentales a partir de las cuales es posible elaborar una concepción política de la justicia»[6].

De los datos anteriormente citados hay uno en particular que resulta especialmente significativo para el «nuevo» Rawls pero que, sin embargo, aparecía especialmente descuidado en su trabajo anterior. Me refiero al primero de los datos mencionados, al cual Rawls suele aludir como «el hecho del pluralismo

[4] Ver, por ejemplo, *Political*... p. xviii. Jean Hampton, sin embargo, sostiene que Rawls, aún hoy, mantiene una visión esencialmente similar a la de su «teoría» -algo que, de por sí, no resulta inadecuado, conforme a Hampton. Ver, Jean Hampton, «The Common Faith of Liberalism», *Pacific Philosphical Quarterly* 75 (1994), p. 186. Ver, también, sus trabajos «Should Political Philosophy Be Done Without Metaphysics?», *Ethics,* vol. 99, pp. 791-814 (1989); y «The Moral Commitments of Liberalism», en *The Idea of Democracy,* ed. por D. Copp, J. Hampton. y J. Roemer (Cambridge, Cambridge U. P.. 1992), pp. 292-313.

[5] Rawls considera que una cierta concepción es «abarcativa» cuando ella «incluye concepciones acerca de lo que es valioso dentro de la vida humana, así como ideales de virtud y carácter personal», como suelen hacerlo, por ejemplo, las doctrinas religiosas y filosóficas. PL, p. 175.

[6] Ibid., pp. 36-38.

razonable». Este «pluralismo razonable» pretende llamar nuestra atención sobre la circunstancia de que las sociedades modernas «no se caracterizan meramente por el hecho de un pluralismo de doctrinas religiosas, filosóficas, y morales abarcativas, sino más bien por un pluralismo de doctrinas incompatibles entre sí pero, aun así, razonables»[7]. Este dato -agrega Rawls- no constituye un mero hecho histórico, capaz de perder significación de un día para el otro. Más bien, el mismo aparece como «un rasgo permanente de la cultura política de la democracia», un hecho con el que debemos contar, y que se deriva de los límites naturales del conocimiento humano[8].

En PL, Rawls hace referencia a tales límites de la razón -a partir de donde se originarían las mencionadas diferencias de opinión entre las personas a través de la idea de las «burdens of judgement»[9]. Para ejemplificar estas inescapables limitaciones, Rawls hace referencia, por caso, a cuestiones como las siguientes: i) la complejidad habitual de las evidencias empíricas y científicas frente a un mismo caso; ii) la dificultad de sopesar adecuadamente tales evidencias, aun cuando coincidiéramos en la determinación de las mismas; iii) la vaguedad que es propia de todos los conceptos (políticos, morales, etc.) que utilizamos; iv) nuestra tendencia a evaluar las evidencias y valores a los que nos enfrentamos, de modo distinto, a partir de nuestras propias vidas y experiencias particulares; v) la dificultad para sopesar las distintas consideraciones normativas que normalmente se sitúan de un lado y otro de una misma cuestión[10]; vi) la genuina dificultad que existe para tomar una decisión última frente a este tipo de dilemas valorativos.

Según Joshua Cohen, este énfasis en la «diversidad moral característica de una sociedad justa», constituye el rasgo distintivo de PL: dadas las circunstancias citadas, y las libertades (de conciencia, asociación, expresión) y recursos disponibles en una sociedad justa, resulta inevitable que los ciudadanos terminen suscribiendo concepciones religiosas y filosóficas diferentes. La razón práctica -afirma Cohen- «operando bajo las favorables condiciones proveídas por las libertades básicas, no produce una convergencia en las concepciones evaluativas» de las distintas personas[11].

---

[7] Ibid., p. xvi. Cabe remarcar que aquí, Rawls está haciendo referencia a los desacuerdos razonables entre individuos, y no a aquellos desacuerdos debidos al mero egoísmo de cada uno en la defensa de sus intereses, o a los prejuicios, parcialidades, errores lógicos, etc.

[8] Ibid.

[9] Ibid., pp. 54-57.

[10] Según Rawls esto alude, de algún modo, a lo que Nagel llamó «la fragmentación del valor», en su trabajo *Mortal Questions* (Cambridge, Cambridge U. P., 1979), pp. 128-41.

[11] Joshua Cohen, «Pluralism and Proceduralism», *Chicago-Kent Law Review,* vol. 69 (1994), 589-618, p. 598.

El principal intento de PL, ante lo dicho, es el de mostrar que es posible construir, aun a partir de la citada diversidad, una concepción de justicia compartida y que funcione. Para ello, Rawls se propone sobrepasar los desacuerdos entre la multiplicidad de doctrinas existentes, e identificar las bases posibles de un acuerdo suficientemente amplio (como para abarcar principios sustantivos) y profundo (como para incluir concepciones de la persona y la sociedad)[12]. Esta sola decisión va a mostrar a Rawls comprometido con una actitud diferente de la que lo distinguía en TJ.

La estabilidad de la concepción de justicia

En PL, Rawls dice que el liberalismo político que propone «aplica el principio de tolerancia a la misma filosofía»[13]. La idea es que en el ámbito político se advierta lo que, de algún modo, ya se advirtió en el ámbito religioso: las doctrinas religiosas que siglos atrás se extendían con pretensiones hegemónicas por sobre toda la sociedad, fueron «retirándose» para dar lugar a «principios de gobierno constitucional que todos los ciudadanos, cualquiera sea su visión religiosa, pueden suscribir»[14]. En sentido similar, las diferentes doctrinas morales y filosóficas abarcativas existentes debieran abdicar de la pretensión de proveer a la sociedad de su fundamento político.

A través de consideraciones como las anteriores, Rawls pretende afirmar el carácter más «realista» de la misma, y así escapar a las críticas habituales que su «teoría de la justicia» había recibido[15]. En efecto, de las numerosísimas críticas presentadas contra su trabajo original, Rawls se reconoce especialmente afectado por aquella según la cual su «teoría» era finalmente inestable -no podía asegurar las bases de su propia estabilidad-[16] debido a que estaba basada en una concepción del bien total o parcialmente abarcativa[17].

---

[12] Aquí se distingue el objetivo práctico, más que teórico, del trabajo de Rawls: «proveer de una base pública compartida para la justificación de instituciones políticas y sociales». John Rawls, «The Idea of an Overlapping Consensus,» *Oxford Journal of Legal Studies 7* (1987)*:* I. El «fin teórico» de su trabajo, como el de cualquier concepción moral, es la verdad, cuestión esta que Rawls, en sus últimos trabajos, trata de dejar a un lado. Al respecto, Samuel Freeman, «Reason and Agreement in Social Contract Views», *Philosophy and Public Affairs,* vol. 19*,* n. 2 (primavera, 1990), 122-57.

[13] PL, p. 10.

[14] Ibid., p. 10.

[15] El mismo Rawls afirma que PL fue escrito, ante todo, teniendo en cuenta la necesidad de remediar la «idea irreal de una sociedad bien ordenada que aparece en Teoría de la Justicia». Ibid., p, xvi.

[16] Según Rawls, existen efectivamente diferencias muy importantes entre TJ y PL y para entender «la naturaleza y extensión» de las mismas, es necesario reconocer que ellas surgen del «tratar de resolver un serio problema interno a la idea de justicia como equidad, como lo es el hecho de que la noción de estabilidad incluida en la parte III de Teoría no es consistente con la visión completa *de la misma*.» PL pp. xv y xvi.

[17] Una concepción es totalmente abarcativa si «abarca todos los valores y virtudes reconocidos dentro de un sistema articulado de un modo bastante preciso». Es parcialmente abarcativa, en cambio, si sólo incluye algunos «valores y virtudes no-políticos y [lo hace a través de un sistema] relativamente poco articulado». Ibid., p. 13.

Esta crítica, presentada por numerosos autores, fue perseguida especialmente por algunos teóricos propios de la corriente (así llamada) «comunitarista», como Michael Sandel[18]. Y aunque Rawls, justa y explícitamente, rechaza la «acusación» de haber cedido ante las críticas comunitaristas, lo cierto es que en el punto citado -su revisión de la idea de estabilidad- demuestra cierta atención ante las mismas[19].

En efecto, si uno compara TJ con PL advierte, antes que nada, que los cambios propuestos en su último trabajo aparecen en vinculación con la segunda parte de TJ, que es donde se trataba la cuestión de la estabilidad.

¿Cuál es el significado y el alcance de esta revisión que hace Rawls, en PL, sobre la idea de estabilidad?[20] En primer lugar, corresponde señalar que, según Rawls, la posibilidad de que una cierta concepción de justicia sea estable exige de la presencia de «motivaci[ones] apropiada[s] para realizar aquello que la justicia requiere»[21]. En este sentido, decir que una concepción de justicia puede generar las bases de su propia estabilidad no significa, simplemente,

[18] Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge U. P., Cambridge, 1982).

[19] Rawls abiertamente señala, en la introducción a PL: «no creo que exista apoyo para decir [que los] cambios en los últimos ensayos [incluidos en PL resulten] réplicas frente a las críticas presentadas por autores comunitaristas y otros.» PL, p. xvii, n. 6. Es claramente cierto, además, que, al revisar la idea de la estabilidad Rawls cede frente a un punto de interés para los comunitaristas (reconoce haber basado su «teoría» en una peculiar concepción del bien) pero para afirmar algo que los comunitarios seguirían rechazando (al afirmar que la concepción de la justicia debe ser independiente de TODA concepción del bien). Brian Barry, por ejemplo, acepta dicha afirmación de Rawls -conforme a la cual los cambios de PL no fueron motivados por causas «externas a la misma teoría de la justicia». Sin embargo, sostiene que si existe alguna causa externa que haya provocado tales cambios, ella tiene que ver con la preocupación ante el resurgimiento del dogmatismo religioso en los Estados Unidos (lo cual, en última instancia, podría vincularse a una cierta reacción ante el comunitarismo si -afirma Barry- consideramos al mismo como una expresión académica atenuada del impulso a afirmar la relevancia política de la religión». Brian Barry, «John Rawls and the Search for Stability», *Etics* 105 (julio de 1995), pp. 904-5.

[20] La revisión de la cuestión de la estabilidad es particularmente importante para Rawls porque un defecto de su teoría, en tal aspecto, amenazaría por completo la justificabilidad de su proyecto. Conforme a Rawls, una teoría se encuentra justificada si cumple con tres condiciones fundamentales: i) se encuentra relacionada de un modo apropiado con ciertos juicios morales ponderados; ii) contribuye mejor que sus principales competidores a la resolución de los desacuerdos que dieron lugar a la necesidad de una teoría de justicia; iii) es una teoría posible de realizar, conforme a los datos que conocemos de la sociedad y la sicología humana, y es estable, en cuanto que es capaz de generar las bases de su propio apoyo. Ver, por ejemplo, Daniel Weinstock, «The Justification of Political Liberalism», *Pacific Philosophical Quarterly*, vol. 75, nos. 3 y 4 (septiembre/diciembre de 1994), p. 166.

[21] Así, según Barry, op. cit., p. 875.

que puede mantenerse en un cierto equilibrio. Como dice Thomas Hill Jr., la imagen de la estabilidad no es la de una bola inmóvil sobre una mesa plana, sino la de una bola en una taza: allí, si por alguna razón la pelota es movida, luego, tiende ella misma a volver al punto de equilibrio[22].

Rawls examinaba la cuestión de la estabilidad en la última parte de la «teoría de la justicia», que es la que hoy parece sujeta a los mayores cambios[23]. Esta segunda sección de TJ se encontraba destinada a mostrar la congruencia entre lo que es razonable y lo que es racional perseguir. Según lo que Rawls defiende en PL, tenemos razones para pensar que la esperada congruencia entre lo razonable y lo racional, entre lo justo y lo bueno, no va a producirse.

Ahora bien ¿por qué es que puede decirse que TJ no representa claramente una concepción capaz de asegurar las bases de su propia estabilidad? Básicamente, porque a pesar de que TJ no constituía una concepción «plenamente abarcativa», no clarificaba debidamente cuál era su alcance, cuáles eran sus límites. El lector -sostiene Rawls- «podía concluir, razonablemente, que la [idea de la] justicia como equidad es desplegada como parte de una visión abarcativa que luego [y, de ser necesario,] puede ser desarrollada»[24]. Esta conclusión -agrega Rawls- resulta en definitiva apoyada por la parte III de TJ (la discusión acerca de una sociedad bien ordenada) en donde se asume que todos los miembros de la misma aceptan la misma concepción de justicia (cualquiera fuese) y, según parece, la misma doctrina abarcativa, como si aquella fuera necesariamente una parte o una derivación de esta última.

---

[22] Thomas Hill, Jr., «The Stability Problem in Political Liberalism», en *Pacific Philosophical Quarterly*, vol. 75, nos. 3 y 4 (septiembre/diciembre: de 1994), p. 337.

[23] La primera parte de la «teoría», como la primera parte del nuevo trabajo de Rawls, se dirige a defender una concepción justa, entendida como una concepción razonable, y capaz de estar de acuerdo con nuestras convicciones de justicia definidas en equilibrio reflexivo. Esta parte no parece haber cambiado sustancialmente (aunque ahora se procura enfatizar que la concepción de justicia se encuentra vinculada con ideas propias de la cultura política de las sociedades democráticas modernas -ideas tales como que las personas son libres e iguales, etc.). La última parte de ambos trabajos, en cambio, trata de mostrar a la concepción defendida como estable, esto es, como una concepción que es racional, que los ciudadanos van a estar motivados a llevar adelante en tanto parte de sus propias concepciones acerca de lo que es bueno alcanzar. Aquí es donde se registran los principales cambios entre TJ y PL. Ver, por ejemplo, Samuel Freeman, «Political Liberalism and the Possibility of a Just Democratic Constitution», *Chicago-Kent Law Review*, vol. 69 (1994), 619-668.

[24] John Rawls, «The Domain of the Political and Overlapping Consensus», *New York University Law Review*, vol. 64, n. 2 (mayo de 1989): 233-255, p. 248. Esta conclusión -agrega Rawls- resulta en definitiva apoyada por la parte III de TJ (la discusión acerca de una sociedad bien ordenada) en donde se asume que todos los ciudadanos aceptan la misma concepción de justicia (cualquiera fuese) y, según parece, la misma doctrina abarcativa, como si aquella fuera necesariamente una parte o una derivación de esta última.

Por ello, en PL, Rawls objeta presupuestos como los citados, al reconocer cuestiones tan elementales y decisivas como que distintas personas pueden razonablemente sostener concepciones abarcativas diferentes sin que esto se convierta en un obstáculo a la posibilidad de que acuerden defender una concepción común acerca de la justicia. Expondré entonces, a continuación, el modo en que este cambio impacta sobre TJ.

El «consenso superpuesto»

Reaccionando frente a los planteos que eran propios de TJ, Rawls intenta, en PL, mostrar la posibilidad de convertir su teoría de la justicia como equidad en una concepción públicamente justificable, y capaz de generar plenamente su propio apoyo. Para ello, el Rawls de PL opera sobre aquella teoría anterior algunas modificaciones de importancia.

En primer lugar, el «nuevo» Rawls presenta su teoría como una concepción política y no moral de la justicia. En PL «se asume que los ciudadanos mantienen dos visiones distintas o, para decirlo mejor, se asume que su visión general está formada por dos partes. Una parte puede ser vista como siendo, o coincidiendo con, una concepción política de la justicia; la otra parte es una doctrina plena o parcialmente abarcativa respecto de la cual la concepción política se encuentra, de algún modo, vinculada»[25]. Cabe aclarar, de todos modos, que el hecho de defender una concepción «política», y no estrictamente «moral», de la justicia, no significa que la misma sea completamente distinta o, mucho menos, opuesta, a una concepción moral[26]. De lo que aquí se trata es, simplemente, de una concepción moral mucho más estrecha en cuanto al sujeto del que se ocupa. Como dice Rawls, la concepción política de la justicia es una concepción moral, pero «elaborada en relación con un sujeto más específico»: «las instituciones políticas, sociales, y económicas»[27]. En definitiva, se trata de una concepción que se refiere a la estructura básica de la sociedad, y no se extiende, por ejemplo, a normas acerca de nuestra conducta personal o ideales de vida. El rasgo citado -una concepción limitada en cuanto al sujeto del que se ocupa- constituye una de las características definitorias de una concepción política de la justicia que pretenda convertirse en el foco de un acuerdo social[28]. Pero Rawls menciona

[25] John Rawls, «The Domain...», p. 249. Son los individuos, aquí, los que determinan de qué modo su concepción política compartida se vincula con la visión abarcativa, más amplia.

[26] Tomo la idea de concepción moral del mismo Rawls, para quien decir que una concepción es moral significa «entre otras cosas, que su contenido está dado por ciertos ideales, principios y estándares; y que estas normas articulan ciertos valores, en este caso valores políticos». PL, p. 11, n. 11.

[27] Ibid., P. 11.

[28] Ibid., pp. 11-13.

al menos otras dos características distintivas de tal concepción. Por un lado, la misma deberá aparecer como capaz de «autosostenerse». Esto es, deberá mostrarse como una concepción independiente de cualquier doctrina abarcativa particular (el kantismo, el utilitarismo, el cristianismo, etc.). Y además, su contenido deberá expresarse en términos que sean familiares a la ciudadanía, en el sentido de estar basado en ideas implícitas en la cultura política de una sociedad democrática[29].

En segundo lugar -en lo que constituye, seguramente, la innovación más importante destinada a dotar de estabilidad a la teoría- Rawls apela ahora a un «consenso superpuesto» («overlapping consensus») destinado a hacer posible que concepciones abarcativas razonables y opuestas confluyan en ciertos acuerdos básicos -confluencia ésta que TJ dificultaba al estar basada en una concepción comprehensiva particular. ¿En qué consiste, entonces, esta idea del consenso superpuesto? Según Rawls, el consenso superpuesto hace referencia a un acuerdo entre personas razonables, que sólo aceptan doctrinas abarcativas razonables. Y sólo puede hablarse de la producción de dicho acuerdo cuando las personas «adhieren generalmente a la concepción de la justicia como dando contenido a sus juicios políticos acerca de las instituciones básicas» y cuando, a la vez, «las doctrinas abarcativas irrazonables... no obtienen apoyo suficiente como para socavar la justicia esencial de la sociedad»[30]. En este sentido, y dado el hecho del pluralismo razonable, el consenso superpuesto aparece como la única forma de permitir que cada individuo, desde su concepción particular del bien, pueda adherir a la concepción pública de la justicia: dicho consenso se alcanza sólo cuando la concepción pública en cuestión aparece como razonable o, aún, como verdadera, a los ojos de todos.

Para identificar mejor el significado de este consenso superpuesto, Rawls se apresura a presentar y responder cuatro objeciones posibles a la posibilidad de obtener tal consenso en torno de una particular concepción política: i) que representa un «mero modus vivendi»; ii) que implica una visión escéptica o indiferente acerca de la posibilidad de que una concepción de la justicia sea cierta; iii) que implica una visión abarcativa acerca de la sociedad; iv) que constituye una idea utópica.

El pretendido escepticismo del consenso superpuesto es rechazado por las mismas razones que le dan origen: tal actitud (escéptica o indiferente) implicaría cerrar la puerta a numerosas concepciones abarcativas y, así, impedir desde un comienzo su pretensión de formar parte de un consenso superpuesto.

---

[29] Ver, por ejemplo, Samuel Scheffler, «The Appeal of Political Liberalism», *Ethics* 105 (October 1994), 4-22, pp. 18-19.

[30] PL, p. 139.

La concepción política en cuestión tampoco es abarcativa: ella no pretende resolver ni todas ni la mayoría de las cuestiones que pueden plantearse sobre la justicia política, sino sólo unas pocas y, entre ellas, las más urgentes[31]. En este sentido, la concepción viene a representar un marco para la reflexión y la deliberación, que nos ayuda a alcanzar acuerdos acerca de las cuestiones constitucionales básicas y las preguntas fundamentales acerca de la justicia[32]. Pero, otra vez, la concepción política de la justicia «aparta de su agenda política las cuestiones más divisivas», dado que la disputa en torno de éstas puede llegar a socavar las mismas bases de la cooperación social[33].

La distinción entre el consenso superpuesto y una situación de mero «modus vivendi» resulta, llegados a este punto, especialmente relevante. Antes que nada, a Rawls le interesa mostrar que la visión que defiende no se funda en meros acuerdos celebrados por personas autointeresadas o grupos de interés. Dichos acuerdos -representados, típicamente, por los tratados firmados entre distintos estados- se diferencian del llamado consenso superpuesto, ante todo, por tres características distintivas de este último tipo de acuerdos: i) el mismo objeto del consenso superpuesto, la concepción política de la justicia, es una concepción moral; ii) el consenso superpuesto se afirma sobre bases morales (incluyendo, por ejemplo, ciertas concepciones acerca de la sociedad y las personas, así como principios de justicia), y iii) el consenso superpuesto tiende a ser más estable, ya que quienes lo afirman no van a dejarlo de lado por el solo hecho de que la «fuerza relativa de su visión dentro de la sociedad se incremente y, eventualmente, se convierta en dominante»[34].

Lo señalado resulta significativo, además, porque nos ayuda a reconocer la profundidad («depth»), el alcance («breadth»), y la especificidad del mencionado consenso: el mismo es lo suficientemente profundo como para abarcar ideas tales como las de que la sociedad constituye un sistema cooperativo equitativo y las personas son consideradas libres e iguales, razonables y racionales; es suficientemente amplio como para extenderse sobre todas aquellas cuestiones vinculadas a la estructura básica de la sociedad; y se encuentra concentrado sobre una específica concepción política de la justicia, como puede serlo la concepción rawlsiana de «justicia como equidad»[35].

---

[31] Ibid., P. 156.

[32] Ibid., p. 156.

[33] Ibid., p. 157.

[34] PL pp. 146-150.

[35] Ibid., p. 149. En p. 164, y en p. 167, por ejemplo, Rawls considera como más probable que el foco del consenso superpuesto no sea la visión de la justicia como equidad, sino una serie de concepciones liberales algo diferentes de aquella visión.

La respuesta a la última de las objeciones mencionadas -el carácter presuntamente utópico de la idea del consenso superpuesto- es también interesante, a los fines de conocer el carácter progresivo del programa político que Rawls suscribe. Conforme a este autor, no es cierto que «no existen las suficientes fuerzas políticas, sociales, o psicológicas, necesarias para alcanzar... o tomar estable [el consenso superpuesto]»[36]. En su opinión, es dable imaginar una situación de progresivo acercamiento a dicho consenso. Así, Rawls hace referencia a la posibilidad de un pasaje gradual desde una situación de mero «modus vivendi», hasta lo que denomina un «consenso constitucional», para llegar finalmente al «consenso superpuesto».

En la primera etapa, de un «mero modus vivendi», los individuos comienzan a incorporar ciertos principios de justicia como única forma de ponerle coto a los permanentes enfrentamientos civiles por los que se ven arrastrados (del mismo modo en que, según Rawls, se aceptó el principio de tolerancia luego de la reforma religiosa). En una segunda etapa, los principios de justicia incorporados en la constitución, y reconocidos, más bien, a regañadientes, llegan a ser aceptados por distintas concepciones rivales: se pasa entonces a una situación en la que «la aquiescencia inicial hacia una constitución que satisface [ciertos] principios liberales se transforma en un consenso constitucional en el cual tales principios son afirmados»[37].

El «consenso constitucional» hace referencia a un consenso aún no suficientemente profundo y amplio: no alcanza a principios sustantivos, ni se basa en ciertas ideas acerca de la sociedad y las personas, ni implica haber alcanzado una concepción pública compartida. Fundamentalmente, establece ciertos procedimientos electorales democráticos, orientados a moderar los enfrentamientos políticos dentro de la sociedad; y garantiza ciertos derechos y libertades políticas muy básicas.

Gradualmente, y en la medida en que el éxito del consenso establecido permanece, los ciudadanos van tomando confianza unos de otros. Se llega, así, a una última etapa, en la cual el consenso se muestra como i) más profundo, al basarse en ciertas ideas particulares acerca de las personas y la sociedad; ii) más amplio, hasta abarcar principios relativos a toda la estructura básica de la sociedad -incluyendo, así, ciertos derechos sustantivos como los de una equitativa igualdad de oportunidades y principios relativos a la satisfacción de las necesidades básicas de cada uno; y iii) más específico, concentrándose en una peculiar concepción de justicia. Este consenso más profundo es forzado, paulatinamente, por varias razones.

[36] Ibid., p. 158.

[37] Ibid., p. 159.

Por una parte, y una vez que se establece el «consenso constitucional «, los distintos grupos políticos que forman parte de la sociedad se ven forzados a trascender su propia concepción del bien, y a apelar -en el foro público- a razones que puedan resultar atractivas para otros que no comparten su visión más abarcativa. Ello debido a que, para defender cada una de sus posiciones, necesitan ganar el apoyo de una amplia mayoría. Esto los obliga a formular concepciones políticas de justicia, desarrollando ideas que puedan ser aceptables para los demás. De modo similar, en los casos en que existe un sistema de revisión judicial de las leyes, los jueces se ven forzados a desarrollar una concepción política de la justicia a la luz de la cual interpretar la constitución vigente.

Por otra parte, los distintos grupos sociales van a comenzar a ver el marco constitucional existente como demasiado estrecho, lo cual va a generar la aparición de nuevos conflictos: ocurre que dicho marco constitucional no tiende a cubrir ciertas libertades básicas que van más allá de la libertad de pensamiento o de palabra (libertades tales como la libertad de conciencia, de asociación, de movimientos) ni tiende a garantizar la satisfacción de ciertas necesidades básicas (de educación, alimentación, entrenamiento) que permiten a todos los individuos «tomar parte de la vida social y política»[38]. La limitación de los derechos, libertades, y procedimientos existentes, entonces, tiende a mover a las partes ya sea a modificar la constitución, ya sea a dictar legislación, de modo tal de expandir tales conquistas hasta cubrir las cuestiones constitucionales y temas básicos de justicia aún no atendidos. Para lograr tal objetivo, entonces, los distintos grupos necesitan convencer a quienes no piensan como ellos y, por lo tanto, se ven obligados a desarrollar una concepción política no sólo más profunda sino también más amplia, que haga referencia a la estructura básica de la sociedad. El consenso al que se llega, finalmente, resulta notablemente más amplio y profundo que los acuerdos iniciales de los que se partía: contamos, recién ahora, con un «consenso superpuesto».

El pasaje de una mera situación de «modus vivendi» a un consenso constitucional, así como el pasaje que va desde este punto hasta un consenso superpuesto descansa, fundamentalmente, en la concepción de psicología moral que Rawls asume como presente, a lo largo de PL[39]. Según la misma, las personas tienen, junto a («los dos poderes morales»:) su capacidad para formar una concepción del bien y su capacidad para aceptar concepciones de justicia y equidad, el deseo de actuar en virtud de tales concepciones[40]. Como

[38] Ibid p. 166.

[39] Esta concepción es explicada en PL, pp. 81-86.

[40] Rawls hace referencia a tres tipos básicos de deseos: los que dependen de objetos (por ejemplo. el deseo de comer o dormir, el deseo de status, poder, riqueza, etc.); los que dependen de principios (por ejemplo, los que dependen de principios racionales, como el de adoptar

sostiene Frank Michelman, «[el] consenso superpuesto es la condición a partir de la cual el primer poder moral, el de... actuar a partir de una cierta concepción pública de justicia, puede ser realizado sin infringir seriamente el segundo poder moral, el de permanecer atado a la concepción del bien determinada por uno mismo, de modo autónomo. Esto es lo que Rawls llama la plena autonomía de un individuo»[41].

Razones públicas

El «consenso superpuesto» que Rawls defiende aparece como una expresión de lo que denomina la «razón pública compartida» por el conjunto de la sociedad. La idea de «razón pública» resulta especialmente importante, para el «nuevo Rawls», en la explicación de cómo puede ser posible afirmar una constitución justa y estable dentro de una sociedad pluralista. En relación con esta idea conviene señalar que, aunque constituye uno de los principales puntos de apoyo de PL, no representa una modificación tan esencial de TJ, tal como puede serlo la idea de un «consenso superpuesto». Más bien, como sostiene S. Freeman, la noción de razón pública aparece como una «extensión natural» de ideas tales como la de «contrato social», o requerimientos como el de publicidad, desarrolladas previamente en aquel trabajo[41]. De algún modo, y tal como sostiene Peter de Marneffe, la idea de razón pública viene, simplemente, a desarrollar «el familiar criterio liberal de acuerdo con el cual un gobierno democrático no debería justificar sus políticas apelando a valores religiosos»[42].

los medios más efectivos para conseguir nuestros fines, el de priorizar nuestros objetivos cuando ellos entran en conflicto; y los que dependen de principios razonables, que regulan cómo comportarnos en nuestras relaciones con los demás, como el principio de la fidelidad o el de decir la verdad). Según Rawls, sin embargo, los deseos más importantes, dentro de PL, tienen que ver con deseos dependientes de concepciones, como el deseo de actuar de acuerdo con un ideal formado en referencia a principios racionales y razonables. Según asume Rawls, cuando los ciudadanos creen que las instituciones y procedimientos políticos dentro de cuyo marco viven son justos, y están seguros de que los demás actuarán de un modo similar, entonces, se disponen voluntariamente a cumplir con su parte en tales arreglos. Así, también, se desarrolla y acrecienta la confianza entre tales sujetos. Estos comportamientos se derivan así de la «psicología moral razonable» asumida por Rawls. Ibid., pp. 86, 163.

[41] Frank Michelman, «The Subject of Liberalism». *Stanford Law Review,* vol. 46, n. 6 (julio de 1994), 1807-1833, p. 1829.

[42] Ver, en este sentido, Samuel Freeman, «Political...», p. 647.

[43] Peter de Marneffe, «Rawls's Idea of Public Reason», *Pacifc Philosophical Quarterly*, vol. 75. nos. 3 y 4 (septiembre/diciembre de 1994), p. 233. Como una forma de testear si es que estamos siguiendo razones públicas o no, Rawls propone que nos preguntemos: «¿cómo consideraríamos nuestro argumento si apareciera presentado en la forma de una sentencia de la corte suprema? ¿Lo veríamos como un argumento razonable? ¿Lo veríamos como un argumento disparatado?».

Ahora bien, ¿qué es precisamente lo que entiende Rawls con la idea de razón y, más específicamente, con la idea de razón pública? La razón de una sociedad política, antes que nada, aparece aludiendo a la forma en que se formulan planes, se fijan las prioridades entre distintos fines, y se toman decisiones, dentro de una sociedad. La razón pública, en cambio, aparece como la razón de los «ciudadanos democráticos» siendo «pública» de tres modos diferentes: es razón «pública» i) en tanto la razón de los ciudadanos como tales: es la razón del público; ii) en cuanto al sujeto que tiene como propio: cuestiones que tienen que ver con el bien público en asuntos fundamentales de justicia; y iii) en cuanto a su naturaleza y contenido, el cual se vincula con ideales y principios expresados por la concepción política de justicia de la sociedad[44].

La defensa de la idea de «razones públicas» viene a sugerimos cuál es el tipo de razones al que puede apelarse, y cuál es el tipo de razones al que no puede apelarse, cuando se pretende, por ejemplo, apoyar una cierta ley, o interpretar la constitución de un cierto modo. La idea sería que, cuando lo que está en juego son cuestiones tan básicas como las citadas, no corresponde que los ciudadanos, o los distintos grupos y partidos políticos, invoquen razones que los demás no puedan suscribir, razonablemente. Para decirlo con el lenguaje de Rawls, en la discusión y resolución de cuestiones constitucionales esenciales y cuestiones básicas de justicia no corresponde que se invoquen razones que no sean razones públicas[45]. Lo contrario implicaría violar el «principio de legitimidad», que nos habla acerca de cuándo se ejerce adecuadamente el poder político y cuándo no, cuándo se ejerce la coerción de modo apropiado y cuándo no. Según Rawls, y tal como hemos visto, sólo puede decirse que el poder político se ejerce de modo apropiado -y así, sólo se respeta el principio de legitimidad- cuando el mismo se ejerce «de acuerdo con una constitución cuyo contenido esencial es razonable esperar que todos los ciudadanos suscriban, como libres e iguales, a la luz de principios e ideales aceptables en términos de su razón humana común»[46]. Así, por ejemplo, si alguien quisiera interpretar la idea de libertad incorporada en la constitución, a partir de razones no públicas, como las que le provee su propia

[44] PL, p. 213.

[45] Rawls define el contenido esencial de la constitución haciendo alusión a «los principios fundamentales que especifican la estructura general del gobierno y del proceso político: los poderes de la legislatura, el poder ejecutivo y el judicial; el alcance de la regla de la mayoría»; y «los derechos y libertades básicos iguales de la ciudadanía que las mayorías legislativas deben respetar: como el derecho a votar y participar en política, la libertad de conciencia, la libertad de pensamiento y asociación, así como las garantías propias del estado de derecho». *Political*..., p. 227.

[46] Ibid., p. 137.

religión, para decir, por caso, que la constitución prohíbe las prácticas homosexuales, estaría violando el principio de legitimidad. Esto, al pedir que la constitución se interprete y aplique a partir de razones no públicas, esto es, apelando a convicciones que otros pueden, razonablemente, rechazar[47].

El respeto al principio de legitimidad es entonces, en definitiva, el que viene a promover en la ciudadanía un «deber que no es legal, sino moral», que es el deber de apelar a razones públicas, cada vez que se discute el contenido esencial de la constitución. A este deber Rawls lo llama el «deber de civilidad». De modo más preciso, en PL se define al deber de civilidad como un deber propio del «ideal de ciudadanía», que exige que seamos capaces de explicarnos unos a otros «de qué modo los principios y políticas [que proponemos y por los que votamos], en todo lo que hace a cuestiones fundamentales, pueden ser apoyados por los valores políticos de la razón pública»[48]. Este deber -continúa Rawls- involucra también nuestra disposición a escuchar a los otros y determinar cuándo corresponde que nos adaptemos a sus puntos de vista[49]. En la «teoría de la justicia», como bien señala Freeman, dicho deber ya estaba presente en la noción de «deber natural de mutuo respeto», que incluía nuestra disposición a ver la situación de los demás desde su propio punto de vista -desde la perspectiva de su propia concepción del bien-, así como nuestra disposición a dar razones de nuestras acciones cada vez que afectemos sus intereses materiales[50].

Las objeciones recibidas por PL

Es posible decir que muchos de los cambios introducidos por Rawls en su teoría original, a través de PL, tienen importancia: al no reclamar «verdad» para su teoría -presentándola como una concepción política de justicia-, la misma no aparece entrando en directo conflicto con doctrinas comprehensivas razonables respecto de qué es lo verdaderamente justo o debido; al basarse en ideas que provienen de la cultura pública, la teoría no requiere tampoco la previa aceptación de alguna doctrina abarcativa particular; etc. Al mismo tiempo, el consenso superpuesto no resulta tan fino como para resultar prácticamente insignificante. El mismo, más bien, exige la aceptación de ciertas libertades básicas, así como de un mínimo de recursos para cada uno[51].

De todos modos, cabe decir, también, que las objeciones recibidas por Rawls, luego de publicado PL -y ya desde mucho antes, en su progresiva

[47] Este ejemplo es analizado en S. Freeman, «Political...», p. 650.

[48] PL, p. 217.

[49] Ibid.

[50] TJ, p. 337, y Freeman, «Political...», p. 651.

[51] Ver, al respecto, Thomas Hill, Jr, op. cit., pp. 340-341.

aproximación a esta obra- fueron múltiples, y provenientes de posiciones teóricas también muy diversas. De todas ellas, en primer lugar, quisiera destacar aquellas que critican los límites fijados por Rawls a su teoría, en el intento de presentar a ésta como una posición «autosostenida», no comprometida con ninguna concepción del bien.

La limitación más discutida que se propone en PL, sin embargo, tiene que ver con las razones a las que -conforme a dicha teoría- puede apelarse en la discusión de cuestiones como las arriba citadas. Conforme viéramos, en la discusión de cuestiones constitucionales básicas el deber de civilidad debe impedir que apelemos a razones que son propias de nuestra particular visión comprehensiva (moral, filosófica, religiosa). En tales oportunidades corresponde que sólo apelemos a argumentos que todos puedan aceptar, razonablemente, en vista de la concepción política de justicia compartida, y los valores políticos distintivos del consenso superpuesto. Esta idea de no apelar a ciertas razones durante el diálogo público resulta también muy polémica: ¿por qué no pensar, por ejemplo, en que sean los mismos individuos los que, en su diálogo, vayan aceptando y descartando argumentos? ¿por qué no dejar que los mismos ciudadanos encuentren sus puntos básicos de acuerdo, sin correr el riesgo de que los teóricos «congelen» la «comunicación política pública» diciéndonos a cuáles argumentos podemos apelar y a cuáles no?[52]

Las restricciones a la discusión propuestas por Rawls, así presentadas, no son sólo objetables por cuestiones de principio, sino además, por razones prácticas. Paradójicamente, tales restricciones -propuestas por Rawls para ayudar a que la «teoría de la justicia» pueda ser asequible por quienes parten de visiones comprehensivas diferentes- amenazan con convertir el proyecto rawlsiano en un proyecto irrealizable. Para Samuel Scheffler, el requisito de no apelar a la propia concepción del bien durante las discusiones básicas sobre política es «extraordinariamente fuerte»,hasta el punto de «socavar la plausibilidad de la idea de que el consenso superpuesto pueda ser realmente

[52] Thomas McCarthy, «Kantian Constructivism and Reconstructivism: Rawls and Habermas in Dialogue», *Ethics,* vol. 105, n. 1 (octubre de 1994), p. 61. De todos modos, cabe notar que Rawls ha tratado de corregir su posición distinguiendo entre una versión «excluyente» de razón pública, y otra versión «inclusiva», y mostrándose partidario de la segunda. La distinción tendría que ver con el siguiente punto: mientras la versión excluyente nos impide, en todo caso, apelar a concepciones comprehensivas, la segunda autoriza a que en «ciertas situaciones» apelemos a aquellas pero sólo si es que se lo hace con el objetivo de «fortalecer a la misma idea de razón pública». *Political,* p. 247. Un análisis al respecto de Lawrence Solum, «Inclusive Public Reason», *Pacific Philosophical Quarterly,* vol. 75, nos. 3 y 4 (septiembre/diciembre de 2994). Al respecto, sin embargo, puede señalarse junto con S. Scheffler que «[l]a idea de que... la apelación a doctrinas morales o religiosas abarcativas es, ya sea necesaria [sólo] para reforzar el ideal de la razón pública o si no, injustificado, [sigue resultando] altamente cuestionable». S. Sheffler, «The Appeal», pp. 16-7.

alcanzado»[53]. De modo similar, para Thomas McCarthy, la estrategia rawlsiana de «evitar» ciertos argumentos en determinados ámbitos conlleva implícitos «formidables problemas [no sólo] conceptuales [sino también], sicológicos, culturales, e institucionales»[54]. De entre los inconvenientes prácticos a los que se hace alusión en las críticas citadas, mencionaría al menos dos.

Primero, la dificultad de diseñar un sistema institucional capaz de alentar dicha «estrategia de evitación». Esto es, como dice McCarthy, la dificultad de «erigir barreras institucionales entre... las opiniones no oficiales y... el discurso oficial y cuasi oficial». La dificultad, en definitiva, de erigir «filtros institucionales» capaces de eliminar del último tipo de discursos, todos aquellos valores y creencias controvertidos»[55]. Claramente, Rawls puede responder, frente a esta observación, que él hace referencia, más que nada, al deber de civilidad propio de cada ciudadano. Pero entonces, corresponde llamar la atención sobre las dificultades que existen para motivar e instruir a los individuos, de modo tal que, en su actuar público, comiencen a separar lo «personal» de lo «político». Según Ronald Dworkin, Rawls parece pedirnos que en y para la política «anestesiemos nuestras convicciones más profundas y potentes acerca de la fe religiosa, de la virtud moral, y de cómo vivir», es decir, que pongamos entre paréntesis nuestras convicciones éticas al ir a votar o al discutir de política. Pero esta petición de que, en definitiva, dividamos nuestra propia personalidad -petición vinculada con la necesidad de proveer a PL de la estabilidad que busca- no parece fácilmente realizable. Ello, sobre todo, si consideramos que en tales ocasiones tendríamos que poner entre paréntesis todo aquello que constituye «la mayor parte de [nuestra] vida de todos los días»[56].

---

[53] Samuel Scheffler, «The Appeal of Political Liberalism», *Ethics,* vol. 105, n. 1 (octubre de 1994), p. 16.

[54] En este sentido, McCarthy critica la idea de que en los espacios no gubernamentales (como las universidades y las iglesias) las personas aparezcan como libres de discutir con plenitud cuestiones básicas de justicia -por ejemplo, apelando a todas las consideraciones que estimen relevantes-, mientras que dicha conducta resulta impugnada, justamente, en los ámbitos más distintivamente vinculados con lo público. McCarthy, op. cit., p. 52.

[55] McCarthy, op. cit., p. 52. A Rawls parece no preocuparle mayormente este tema ya que él está pensando, antes que nada, en el deber de civilidad que se deriva del ideal de ciudadanía.

[56] Ronald Dworkin, *Ética privada e igualitarismo político,* Paidós, Barcelona (1993), p. 57 (es traducción del trabajo de Dworkin «Foundations of Liberal Equality», Univ. of Utah Press, 1990), pp. 57 y 63. Ver, también, Susan Moller Okin, «Review of Political Liberalism», en *American Political Science Review,* vol. 87, n. 4 (diciembre de 1993), pp. 1010- 1011; y Stuart Hampshire, «Liberalism: The New Twist», incluido en *The New York Review, of Books,* vol. XL, n. 14 (agosto de 1993). Desde un punto de vista distinto, Jean Hampton también objeta las restricciones destinadas a hacer posible el consenso superpuesto. Ver, al respecto, Jean Hampton, «The Common Faith of Liberalism», *Pacific Philosophical Quarterly* 75 (1994), p. 210.

La confianza demostrada por Rawls en este aspecto, aparentemente, puede derivar sólo de la presuposición de una cierta psicología moral, de raíz todavía kantiana[57]. Tal psicología moral asumida por Rawls incluye «el deseo de actuar conforme a un ideal formado en referencia a principios razonables o racionales» (lo que Rawls llama «conception -dependent desires»).[58] Recién entonces pueden entenderse las afirmaciones de Rawls en torno a la disposición de las personas a cumplir con sus «deberes de ciudadanía»[59]. La visión defendida por Rawls en torno de la motivación moral tiene la virtud de llamar la atención sobre un aspecto de nuestro razonamiento práctico poco considerado desde el punto de vista de otras concepciones[60]. Sin embargo, tal vez

[57] Este reconocimiento es sorprendente, dada su intención de no comprometerse con alguna concepción del bien abarcativa. Sin embargo, tal vez esto podría entenderse dado el carácter aparentemente limitado de este compromiso. Ver, por ejemplo, *Political...,* p. 85, n. 33.

[58] Leif Wenar, «Political Liberalism: An Internal Critique». *Ethics* 106 (octubre de 1995): 35-62, en particular pp. 48-51. Según señala Wenar, este criterio implicaría dejar de lado visiones diferentes de psicología política como las defendidas por Hume (con individuos guiados básicamente por pasiones «como el apetito general por el bien y no, como en Rawls, por principios razonables y racionales, debido a su autoridad racional», ibid., p. 50), o Bentham (donde las personas están exclusivamente motivadas por el placer y el dolor), o Hobbes (y objetivos tales como la autopreservación y la gloria).

[59] Ver, por ejemplo, *Political...*, p. 84, vinculando la psicología moral asumida y la posibilidad de que los individuos concreten el ideal de ciudadanía.

[60] En efecto, concepciones alternativas a la propuesta por autores contractualistas como Rawls (o Scanlon, por ejemplo), señalan que nuestras acciones se deben meramente a nuestros intereses o a nuestros deseos más inmediatos, y dejan de lado el peso que usualmente le otorgamos, dentro de nuestro razonamiento práctico, a las consideraciones inorales. El contractualismo enfatiza, en este sentido, que las consideraciones morales no nos proveen meramente de razones instrumentales para la acción (por ejemplo, «sólo actúo moralmente si es que actuando de este modo satisfago algún otro deseo primario»). No es cierto -según Rawls o Scanlon que las consideraciones morales sólo nos proveen de razones hipotéticas y no categóricas para la acción: el contractualismo destaca, en cambio, que muy normalmente no interesa mostrar que nuestras acciones no se deben al mero capricho, que nos importa actuar razonablemente, que otros en nuestro lugar podían haber actuado, adecuadamente, de modo semejante. En este sentido, como dice Scanlon, más allá de la simpatía que pueda movernos a actuar en beneficio de otros, y a hacer el bien, existe un «hecho adicional» no registrado adecuadamente por concepciones alternativas al contractualismo: el hecho de que (como le ocurre a muchos) veamos como una actitud indebida la de dejar de ayudar a quienes podemos. Este hecho adicional puede ser descripto como el deseo de ser capaces de justificar nuestras acciones frente a los demás a partir de bases que aquellos no puedan rechazar, razonablemente. Cualquier concepción satisfactoria de filosofía moral -agrega Scanlon- debe «hacer entendible por qué las razones morales pueden ser tomadas seriamente, y por qué tales razones impactan a quienes se mueven por ellas, como razones peculiarmente rigurosas e inescapables». Thomas Scanlon, «Contractualism and Utilitarism», en *Utilitarianism and Beyond,* ed. por Amartya Sen y Bernard Williams (Cambridge, Cambridge U. P., 1982), 103-129, p. 106 (una cuestión separada, de todos modos, es la de si -como sostiene Nietzsche- la sensibilidad hacia ese tipo de razones es compatible con el bien de la persona en cuestión o constituye, en cambio, un «desastre» para la misma; en tal sentido. Ibid.). Al respecto, el contractualismo destaca que las motivaciones morales son de un tipo muy peculiar, ya que no compiten en igualdad de condiciones

peque por un exceso de confianza en las virtudes de la ciudadanía, exceso de confianza capaz de transformar su propuesta en una concepción inadecuadamente idealista[61].

Críticas derivadas de la búsqueda de «estabilidad» para la teoría política de la justicia

La enorme preocupación manifestada por el «nuevo Rawls» acerca de cómo lograr la posible «estabilidad» de la concepción política de la justicia también ha sido fuente de diversas y muy significativas observaciones críticas. Básicamente, según Rawls, una vez esbozada la teoría de la justicia, ésta debe ser testeada en cuanto a su estabilidad. Y si luego, en esta segunda etapa, se demuestra que la misma no es suficientemente estable, entonces, «la concepción política de la justicia... debe ser revisada de algún modo»[62]. Este último criterio resulta diferente del que era defendido en la «teoría de la justicia» original. En dicha obra, la validez de la teoría «no resultaba afectada por la falta de éxito que pudiera tener en formar parte de las concepciones del bien de la gente»[63]. En definitiva, las concepciones del bien que se mostraban incompatibles con la teoría allí defendida eran consideradas irrazonables. Sin embargo, en PL la validez de la teoría queda atada a su estabilidad, lo cual representa una decisión teórica particularmente polémica. Como dice Barry, en la «teoría de la justicia» la falta de congruencia entre lo

frente a otros deseos: las razones morales constituyen razones de orden superior, capaces de desplazar a otros deseos primarios: las razones de las que nos provee la moral tienden a ser finales y conclusivas en el contexto de nuestro razonamiento práctico (al respecto, ver por ejemplo Samuel Freeman, «Contractualism, Moral Motivation, and Practical Reason», *The Journal of Philosophy,* vol. LXXXVIII. n. 6, junio de 1991. p. 297). El deseo de actuar de un modo públicamente justificable constituye un deseo que depende de razones, y no «un deseo o predisposición que [como la simpatía] tenemos naturalmente y que puede ser sostenido con independencia de nuestro juicio y nuestras capacidades para ejercitar el razonamiento práctico» (Ibid., p. 300). Según Freeman, el deseo de actuar moralmente se origina en la educación moral, pero se sostiene a partir de la convicción de que debe actuarse a partir de principios. Por ello es que considera que éstos son deseos «dependientes de razones». Ibid., pp. 299-300. De modo similar, Scanlon, «Contractual...» p. 117.

[61] Como él mismo señala, la idea de la razón pública, como «concepción ideal de la ciudadanía para un régimen democrático constitucional», «describe lo que es posible y puede ser, aunque nunca llegue a darse». Resulta, así, una propuesta lógicamente posible. Sin embargo, como este último acontecimiento, ni constituye un ideal regulativo capaz de orientar posibles reformas políticas y sociales, ni describe una situación que resulte -en mi opinión- adecuadamente concebible. Como sostiene Scanlon, convendría admitir que la «notoria insuficiencia de la motivación moral para conducir a las personas a actuar del modo correcto no se debe simplemente a la debilidad del motivo allí subyacente, sino más bien al hecho de que el mismo es fácilmente derrotado por el autointerés y el autoengaño». Scanlon, «Contractualism...», p. 117.

[62] *Political*, p. 141.

[63] B. Barry, op. cit., p. 890.

definido como correcto y algunas concepciones de lo bueno resultaba «un inconveniente, porque aquellos con visiones irrazonables (concepciones del bien incompatibles con las demandas de la justicia) podían ser coercionados. En PL, en cambio [esto pasaría a representar directamente] una catástrofe... dado que implicaría socavar la [misma] legitimidad de las instituciones rawlsianas»[64]. Dentro de esta misma línea de observaciones, se ha señalado que este tipo de vinculación establecida por Rawls entre validez y estabilidad amenaza con convertir a su teoría en una propuesta «esencialmente complaciente» ante la realidad. Ello, frente al hecho de que -como señala Raz-«[cualquier] teoría moral y política debe estar abierta a la posibilidad de que la sociedad a la que [dicha teoría] se aplique resulte fundamentalmente defectuosa»[65].

En relación con las consideraciones anteriores, además, muchos han señalado con preocupación que la búsqueda de estabilidad para su teoría ha llevado a Rawls a deshacerse de los contenidos más igualitarios de la misma[66]. Esta línea de análisis tiende a enfatizar una diferencia significativa entre PL y TJ que muchos autores han observado críticamente y que, de algún modo, el mismo Rawls ha reconocido: la idea de que en PL se produce una abdicación respecto del tradicional «segundo principio» defendido en TJ, el igualitario principio de diferencia[67].

---

[64] Ibid. De modo similar, ver el importante trabajo de Habermas comentando a Rawls, en «Reconciliation Through the Public Use of Reason: Remarks on Jhon Rawls's Political Liberalism», The Journal of Philosophy, vol. 92, n. 3 (marzo de 1995), págs. 109-131.

[65] Joseph Raz, «Facing Diversity: The Case of Epistemic Abstinence», Philosphy and Public Affairs 19, n. 1 (invierno 1990), p. 19. También, ver Bruce Ackerman, en su rechazo a la idea de que «el liberalismo político sea -o deba ser- una concepción parasitaria de la práctica». Bruce Ackerman, «Political Liberalism», *Journal of Philosophy*, vol. XCI n. 7 (julio de 1994), p. 364.

[66] Tal vez esto ayude a entender, por ejemplo, por qué PL se encuentra tan focalizado en cuestiones como las vinculadas con la religión y la tolerancia filosófica, en lugar de concentrarse en otros temas que ocuparon un lugar mucho más prominente en la agenda política norteamericana de los últimos veinte años: así, cuestiones como las de la raza, los problemas de género, las crecientes disparidades de ingresos y riqueza, etc. Apuntando esta consideración, por ejemplo, ver Susan M. Okin, «Political Liberalism, Justice, and Gender», *Ethics*, vol. 105, n. 1 (octubre de 1994), p. 24. Ver, también. Thomas Hill, Jr., op. cit., p. 348.

[67] Esto es, el principio según el cual la TJ requería una igual distribución de los bienes primarios salvo que una distribución desigual de los mismos favoreciera a los grupos más desaventajados de la sociedad. Entre otros, por ejemplo, Brian Barry señala que el logro del consenso superpuesto «implica, seguramente, que el segundo principio [de justicia] tiene que ser sacrificado». Brian Barry, «John Rawls...», p. 913. Ver, también, Susan Moller Okin, quien sostiene que la prioridad de la libertad adquiere ahora un «virtual monopolio» en la teoría, dejando prácticamente de lado la parte distributiva de aquella (en «Review...»; o Bernard Williams, haciendo referencia al lugar secundario al que queda relegado el principio de diferencia, en PL (en *London Review of Books,* May 13, 1993, p. 8); o Philip Petit, recalcando la virtual ausencia del igualitarismo de TJ, en PL, («Review of John Rawls, Political Liberalism», *The Journal of Philosophy*, vol. XCI, n. 4, abril de 1994, p. 217): o Fernando Vallespín, refiriéndose a las limitaciones del igualitarismo de PL (Fernando Vallespín, «Diálogo entre gigantes», *Claves de la razón practica,* n. 55, septiembre de 1995), p. 48. El mismo Rawls, de modo más o menos explícito, parece reconocer la veracidad de tales señalamientos (sin embargo, ver David Estlund, «The Survival of Egalitarian Justice in John Rawls's Political Liberalism», *The Journal*

Por último, cabría remarcar que la concepción de la estabilidad defendida por Rawls ha sido criticada, también, por razones que van bastante más allá de las señaladas. Por ejemplo, algunos autores han señalado, simplemente -y en contra de lo que se sugiere en PL- que la estabilidad y la unidad de una sociedad dependen sólo de un modo muy marginal del acuerdo que sus miembros puedan alcanzar, en un consenso superpuesto, en torno de una particular teoría política. En opinión de estos críticos, objetivos como los citados (estabilidad, unidad social) parecen ser dependientes, más bien, de cuestiones tales como la historia o cultura común de cada sociedad[68].

Una vez presentado este panorama de críticas, nos quedan dos observaciones, al menos, sobre las que conviene llamar la atención. Por un lado, resulta evidente que PL ha introducido cambios importantes en relación con TJ (la opción por una concepción «política» de la justicia, la idea del consenso superpuesto, la renovada idea de razón pública, la renovada preocupación por la estabilidad de la concepción política). Pero, y por otro lado, también parece obvio que estos cambios -destinados a convertir la «teoría de la justicia» originaria en una concepción plausible para cualquier persona razonable- han causado más rechazo que entusiasmo en muchos de los -hasta hace poco- fieles devotos del siempre lúcido pensamiento de Rawls.

of Political Philosophy, vol. 4, n. 1, 1996, págs. 68-78). En efecto, ante todo, en PL considera que el principio de diferencia no forma parte de las cuestiones constitucionales básicas que deben ser marco del consenso superpuesto. En dicho acuerdo, deben incluirse necesariamente libertades básicas como la de expresar las propias ideas libremente, votar, asociarse libremente, así como también principios com el de equitativa igualdad de oportunidades y hasta un mínimo social destinado a asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de la sociedad. Sin embargo, dentro de tal consenso, el principio de diferencia -principio que resulta mucho más exigente que los anteriores- no resulta necesariamente presente *(Political,* págs. 228-229). Por este tipo de razones, fundamentalmente, la Corte Suprema tampoco podría pretender, a través de sus fallos, la satisfacción de un principio como el principio de diferencia, a menos que un principio tal haya sido establecido, previamente, por una ley (ibid., págs. 236-7, nota 23).

[68] Ver, por ejemplo, Thomas Hill, Jr., op. cit., p. 342, o Joseph Raz, op. cit., p. 31. Por motivos como los señalados, Raz impugna el camino teórico escogido por Rawls en PL: ¿para qué sirve -se pregunta- orientar la filosofía política hacia la búsqueda de tal tipo de acuerdos? En su opinión, Rawls no ha dado ninguna explicación convincente para justificar que «la filosofía política abandone su finalidad tradicional de entender los presupuestos morales de las instituciones existentes, criticarlos, y abogar por otros mejores» (ibid.).

LAS TEORÍAS Y SU INFLUENCIA POLÍTICA Y SOCIO-JURÍDICA EN LOS PROBLEMAS DE LA DEMOCRACIA

1 Cuando en nuestro tiempo hablamos de teorías en contextos como el que ocupa este trabajo, a saber la democracia, los problemas de su gobernabilidad, sus crisis y sobre todo su involución actual, lo hacemos desde un determinado uso de la palabra «teorías». Pensamos en teorías científicas desde el campo de las ciencias sociales y políticas. Empero, dentro del carácter polivalente de la palabra «teorías» se suelen distinguir, en general dos significados: uno amplio, que abarca la totalidad de la doctrina de una corriente o de un pensador sobre un objeto, aquello que los alemanes designan como *«die Lehre»,* regla, patrón, modelo, en que se incluye la descripción de los hechos, su explicación, los juicios de valor, los fines y las acciones que propone. Otro, más restringido, concebido como pensamiento explicativo si se trata de ciencias causales centradas en lo empírico y el razonamiento formal o, normativo, si se trata de disciplinas del deber centradas en el concepto de validez.

En *Las Leyes* de Platón una institución agrupaba a los teóricos o theorei, encargados de visitar el extranjero para observar los sistemas educativos y jurídicos de las otras ciudades. A su regreso el teórico, el theoro, debía exponer los resultados a las más altas autoridades de la ciudad. Hoy día podemos imaginarnos la influencia de estos expertos a partir de sus contactos con la más amplia gama de experiencia política y la valoración de lo que conocían. La mejor pista para ubicar esa influencia, surge del hecho de que los theorei eran portadores de *Theoria,* una palabra que -como se observa-, tenía en su raíz *Theos,* Dios*,* voluntad omnipotente y creadora. En cuanto a la filosofía, sinónima, como es conocido, de metafísica, connotaba la apasionada búsqueda de la sabiduría. Teología, filosofía y ciencia *(theoria),* estaban así entrelazadas en un principio básico: el de la unidad del saber.

Este principio acompañó largo tiempo el pensamiento de la antigüedad y el medioevo, hasta la modernidad, en que se produjo la ruptura y la separación de los tres polos, en un cambio revolucionario en el que la ciencia (theoria) y la filosofía se independizan de la teología, produciéndose los siguientes

resultados. La religión no pudo ya dar las espaldas al pensamiento científico y, por otro lado, la mínima diferencia que separaba la ciencia de la filosofía se convirtió en una brecha profunda. Los *theorei,* pese a la carga teológica de su apellido, se hicieron laicos, seculares, sospechando y recelando de las especulaciones intelectuales, mientras que los filósofos consideraron sumamente estrechos los resultados de las ciencias particulares. En el paso de la antigüedad a la modernidad la imago-mundi de la religión se suplantó por la imago-mundi de la razón. Retornar a las fuentes religiosas para acreditar la certeza de las observaciones empíricas, la objetividad descriptiva y la confiabilidad de las predicciones, se hizo tarea inaceptable.

Las teorías científicas debieron renunciar a este recurso y extraer de su propios procedimientos metodológicos aquello que garantizara la objetividad, es decir, la adecuada correlación de ellas con el mundo de la naturaleza o de la sociedad, la neutralidad de sus juicios y el desarrollo progresivo lineal, causal, acumulativo. En el mundo de la burguesía, de las operaciones económicas y comerciales, todo lo relacionado con lo cuantitativo se convirtió en patrón aplicado a los más diversos campos, incluso las teorías científicas.

La filosofía, por su parte, no se resignó a su completa separación de la ciencia. Redefinió sus vínculos con ésta y pretendió sujetarla a su jurisdicción a fin de cumplir su papel de garante y sostén de ella por medio de una categoría fundamental, la de la Verdad. Para poder ofrecer el enlace y la conexión adecuada entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido produjo las piezas más maestras de la modernidad: el cógito cartesiano, y el sujeto trascendental y constitutivo de la crítica kantiana.

Siglos más tarde el positivismo de Comte, de Durkheim y del Kelsen de la Reinetheorie, como el utilitarismo de Bentham, no se contentaron con asegurar la neutralidad de la ciencia respecto de la religión. Dieron un paso más adelante y quisieron proveer métodos que separaran también el conocimiento científico de la política y la economía, de la sociología y la psicología, de la moral, la estética y los valores. En nuestro siglo llegó la hora de la epistemología y la metodología, con la propuesta fisicalista vienesa de un método único modelado sobre la física que debía extenderse, según Moritz Schlick, Rudolf Carnap, Otto Neurath y otros, a todo lo que tuviera los documentos en regla para aspirar a llamarse ciencia, *theoria.* Esa hora, como la del pensamiento analítico oxfordiano, está hoy a fines de siglo declinante, en crisis.

Pero esta declinación, paradójicamente, no es signo de nada, no señala el triunfo de una corriente sino, más bien, se constituye en síntoma de otra cosa: la complejidad de los fenómenos, la perplejidad del rumbo que está tomando el mundo en manos de otros expertos, de una nueva raza de *theorei,*

que se apropian de la teoría científica económica y social, y de una filosofía que llaman posmoderna, para justificar una democracia que no se hace gobernable sino se cobija perversamente en un gran paraguas que la preserve de la pobreza de los seres humanos, y la sistemática destrucción de los bienes naturales.

Veamos en un solo plano, el de los theorei en lo económico, cómo opera su influencia señalando pautas que traban la gobernabilidad de la democracia en cuanto justifican políticas para pocos, excluyentes de muchos.

2. Hace ya más de un siglo el conocido economista John Maynard Keynes puso fuerte acento en su obra *General Theory* (1936) en la fuerza política que tienen las teorías, las ideas y los discursos, y llamó la atención sobre la influencia de los *theorei.* Keynes se refiere a la teoría en general, alude a teóricos que generan teoría social y económica que domina en un momento dado, aunque nosotros nos pronunciaremos específicamente sobre el tipo particular de theorei que instalaron su dominio en nuestros días bajo consignas monetaristas. Como recuerda Wolfgang Merkel[1], en este texto que inició una importante corriente del pensamiento económico hoy desplazado, Keynes advierte: «Las ideas de los economistas y de los filósofos políticos, ya estén en lo cierto o sean erróneas, son más poderosas de lo que es comúnmente admitido». Dos son, en general, las maneras en que se ejerce esta influencia: una, directa y concreta mediante juicios de expertos que influyen en las acciones políticas de los actores estatales; otra, mediante versiones más bien populares y difusas de teorías científicas y tesis filosóficas que encuentran aceptación en el conjunto de los ciudadanos. El acierto o el desacierto de estas teorías no está correlacionado puntualmente con sus resultados. Teorías e ideas desacertadas pueden tener buenos frutos políticos y, a la inversa, teorías e ideas correctas carecer de todo éxito. Cuando una teoría se hace dominante, marca fuertemente los juicios de una nación sobre el papel del Estado, la política, el derecho y otros aspectos de la vida social. Para indicar este fenómeno Antonio Gramsci elaboró su concepto de hegemonía cultural. Mientras que otra u otras teorías se mantienen en un papel débil, apartado, pero conservando siempre todas sus expectativas de cambio.

Claus Offe, en *Contradicciones del Estado de Bienestar*[2]*,* propuso un modelo dividido en tres escenarios para hacer comprensibles los efectos del discurso político. El primero es el del aparato estatal en que élites políticas

[1] Wofgang Merkel, *Entre la modernidad y el postmaterialismo. La socialdemocracia europea a finales del siglo* XX. Alianza, Barcelona, 1994.

[2] Clauss Offe, *Contradictions of the Welfare State,* Cambridge, 1984. En *De la maldad estatal y la soberanía popular,* editorial Debate, Madrid 1984, Elías Díaz realiza un excelente estudio crítico de las ideas de este filósofo alemán.

toman sus decisiones legislativas sobre el presupuesto y los programas de política social. En un segundo y menos accesible escenario, operan como actores colectivos grupos, asociaciones y corporaciones, que concurren y se ligan en un entramado de intereses para fijar, distribuir y controlar el acceso a los recursos sociales como los medios de producción y de comunicación. Para identificar a este escenario, Offe transforma la sigla más tradicional de factores de poder por la de *«social power matrix»,* matriz del poder social. En el tercero, se fabrican cambios de tendencia del espíritu de la época, se tejen nuevas redes de crítica a la hegemonía de los theorei justificadores del sistema que, aconsejando las decisiones del primer escenario, dan todo su apoyo a las corporaciones del segundo, y abren las puertas para nuevas ideas e intereses.

¿Cómo operan los consejeros hegemónicos o theorei en la nueva coyuntura mundial? En lo básico, consideran que los valores fundamentales de la libertad, la justicia y la solidaridad social, deben quedar subordinados al crecimiento económico y la modernización de las relaciones sociales, traduciendo modernización por desestatalización, privatización y eficacia. Interpretan la inflación, la absorción del crédito por el Estado y la deuda pública como los únicos factores que conspiran contra la estabilidad. Con respecto a esta última incurren en una palpable y no inocente contradicción. *Theorei* de los países acreedores y de los países deudores, alientan en la década de los setenta la mayor expansión de un tipo particular de deuda, la llamada deuda externa. A la hora de acordar los créditos aconsejan ser flexibles y elásticos en la exigencia de requisitos para el acceso a los préstamos, y se desinteresan del análisis y control de las posibilidades reales de recupero. Una vez contraída la deuda, exigen que el Estado, al que acusan de estatitis, asuma la deuda privada, y se convierten luego en los críticos mayores de esa misma deuda pública, asumiendo el papel de implacables erinias en las propuestas a la burocracia administrativa de entes internacionales sobre los métodos compulsivos de cobro y las puniciones por falta de pago en término. En forma absolutamente no fortuita, la deuda se contrae en muchas oportunidades bajo dictaduras militares sin ningún control de las instituciones legítimas legales, y se debe abonar en pleno funcionamiento de los gobiernos democráticos. Pero los *theorei* se consideran «neutrales» respecto de los aspectos políticos esenciales que se juegan alrededor de sus opiniones y dictámenes.

Una creciente ofensiva de los *theorei* neoliberales se articula alrededor del concepto del *«minimal state»* de Nozick en el que, en forma directa o indirecta, se alinean propuestas como las de Dahrendorf, Crozier, Bell, Friedman, Hayek, Buchanan y otros, para quienes las reformas económicas deberían estar respaldadas, como así ocurre en los hechos, por las reformas jurídico-institucionales

que liberen el intercambio de bienes de la intervención política. Herbert Giersch, vocero de la ciencia económica alemana define en este sentido la libertad del empresariado, como libertad negativa: libertad de todas las reglas y regulaciones que limitan la actividad empresarial.

Estas exigencias forman una red con aspectos que se ven reproducidos cotidianamente, descriptos por Merkel: a) en lo fiscal, renuncia a este instrumento como motor cíclico de desarrollo. Transferencia de la carga impositiva de los impuestos directos a los indirectos; limitación y reducción, en los planes de ajuste del gasto público. b) prioridad de la política monetaria como arma contra la inflación. e) extensa privatización de industrias y servicios de sectores competitivos. d) política social. Derogación de las prestaciones sociales paralela a la privatización de riesgos como paro, enfermedades, jubilaciones y pensiones. Reducción drástica del gasto público social. e) mercado de trabajo. Desregulación del mercado, flexibilidad laboral en materia de jornada laboral, vacaciones, normas de seguridad y salud en el puesto de trabajo.

Tales transformaciones regresivas económicas reclaman el correlato correspondiente de los cambios legislativos, las normas y la hermenéutica administrativa y judicial, en la que los *theorei* económicos, llamémoslos de primer grado, requieren contar con el complemento de otros *theorei* jurídicos de segundo grado, influyentes en su respectivo nivel.

3. En este tramo, corresponde pasar de los aspectos económico-sociales que venimos considerando, a las respuestas que puede dar la teoría jurídica sobre la influencia de ella en la gobernabilidad de la democracia. Existen dos corrientes, el positivismo y el utilitarismo que, con alto grado de probabilidad, habrán de desalentar una toma de posición en esta cuestión u otras semejantes.

El positivismo en la medida que reduce la teoría a los hechos y considera que la ciencia es acumulativa en tanto empírica. Jeffrey C. Alexander en «La centralidad de los clásicos»[3] sostiene que el positivismo en ciencias sociales se basa en cuatro postulados fundamentales: 1) Existe una ruptura epistemológica radical entre las observaciones empíricas, que se consideran específicas y concretas, y las proposiciones no empíricas que se consideran generales y abstractas. 2) A partir de l), se afirma que las cuestiones más generales y abstractas, filosóficas o metafísicas, no tienen importancia para la práctica de una disciplina de orientación empírica. 3) Las cuestiones de índole general, abstracta y teorética, sólo pueden ser formuladas proposicionalmente y evaluadas empíricamente. Los conflictos teóricos deben ser

[3] Incluido en La teoría social hoy de Anthony Giddens y otros. Alianza Editorial, Barcelona, 1990.

evacuados a través de las contrastaciones empíricas y los experimentos cruciales. 4) El desarrollo científico es lineal y acumulativo.

Estos postulados implican la instalación del *laissez faire*, *laissez passer*, *le monde va de lui même* económico clásico, en el universo de lo jurídico y convierten al positivismo, por renuncia al análisis, en «compañero de ruta» del thacherismo y la *reaganomic* más radical, confiando -manera indirecta de aceptar- en las fuerzas espontáneas de la economía, y en la benevolencia de acreedores e inversores. Secundariamente, y por las mismas razones de neutralidad, sus recetas toman distancia de otro tipo de propuestas planteadas desde una nueva izquierda por teóricos de la regulación, como Aietta, Lipietz y Boyer[4], que no discutiremos aquí.

Tanto el monto de pobreza, privación y pérdida de derechos en el mundo de la salud, la cultura y la alimentación provocado por las doctrinas de los *theorei* económicos, como el monto de control de inflación y ajuste que estas doctrinas sostienen resolver, son cuestiones empíricas y medibles. Pero no entran en los cálculos postulados por el positivismo. En realidad, el positivismo dice tener en su portafolios experimentos cruciales y contrastaciones empíricas para decidir los conflictos teóricos, pero estas decisiones nunca se han adoptado en su historia, pese a la enorme masa de leyes y normas jurídicas que descienden sobre esta problemática.

Lo que ocurre es que la metodología positivista de los experimentos y las contrastaciones empíricas es completamente insuficiente e inadecuada para resolver cuestiones teóricas de este tipo, aunque ambos polos sean empíricos, sino se parte de evaluaciones, valores, creencias e incluso ideologías relativas al mundo de la sociedad. Exactamente lo mismo ocurre si las contrastaciones debieran realizarse entre las eventuales ventajas de una política de mercado y de primacía absoluta del mundo de los negocios, frente a las consecuencias destructivas del mundo de la naturaleza. Los polos empíricos aislados del debate esterilizan la solución teórica, si ésta no se interpreta explicando las preferencias conforme a una clasificación comparativa de valores, de evaluación de resultados y probabilidades cualitativos y no meramente cuantitativos.

Decir que una teoría es verdadera tomando solamente en cuenta parte de sus implicaciones empíricas (ajuste, equilibrio o supuesto equilibrio del

[4] Estos teóricos intentan reconstruir lo histórico y estructural, conforme a una lógica de cambios internos, viendo funcionar el sistema como un todo de formas y estructuras en conjunción con mecanismos económicos asociados. Pero se apartan del concepto marxista de totalidad sustituyendo el concepto de reproducción por el de regulación. De estos *theorei* pueden verse: Michel Aglietta, *Regulations et crises du capitalisme.* París 1976. «World Capitalism in the Eighties». *New Left Review* (126) 1982. Alain Lipietz, en la misma revista (132), 1982 «Towards Global Fordism» y Robert Boyer, *Theorie de la Regulation,* Bilan, Critique, Perspectives, París, 1976.

mercado) y desestimando las otras, precisamente las más graves, no sirve para respaldar esa teoría.

Desde un punto de vista estrictamente filosófico, Donald Davidson ha explicado cómo toda teoría de la decisión tiene que apoyarse en una teoría de la interpretación (que llama radical), que tenga en cuenta las creencias, las intenciones y los valores[5].

Es cierto que existen formas remozadas de positivismo que rehabilitan los aspectos teóricos, especialmente en trabajos de Lakatos, Polanyi y Holton, pero este neopositivismo está más relacionado con ciencias duras, y no ha tenido repercusión en lo jurídico. Como, por ejemplo, cuando este último autor observa que el enfrentamiento entre compromisos teóricos generales es el más poderoso catalizador de investigaciones empíricas y componente esencial de las transformaciones fundamentales de las ciencias naturales[6].

En cuanto al utilitarismo sigue, en esto, las mismas aguas del positivismo. Recordemos, meramente, 1) la concepción liberal de «estado mínimo» de Jeremy Bentham, aunque no es semejante a la del anarquismo conservador de Nozick. 2) su proyecto de un *felicific calculus*, método de medición aritmética y cuantitativa de la variedad y la intensidad del placer y el dolor. 3) respecto del problema de la pobreza, su creencia de que ante el fracaso de las *workhouses*, su modelo de cárcel, el Panóptico, podía proporcionar la panacea para dos ramas a las que veía casi como parientes: *the prisioner branch and the pauper branch*. Presentando este Panóptico, junto con su hermano Samuel, como una alternativa o sucedáneo para la fracasada *Poorlaw Bill* de Pitt[7].

---

[5] Véase al respecto su libro *De la verdad y de la interpretación.* Gedisa. Barcelona, 1990, que incluye en particular sus artículos «La interpretación radical» y «La creencia y el fundamento del significado». Asimismo su conferencia inédita sobre la interpretación pronunciada en el Centro Descartes de psicoanálisis. Buenos Aires, agosto de 1994.

[6] Gerald Holton. *Thematic Origins of Scientific Thought: Kepler to Einstein.* Cambridge, Mass. Harvard University Press. En 1911, Mach junto con otros signatarios como Einstein, Petzoldt, Hilbert, Klein, Helm y Freud, redactaron un manifiesto en favor de la creación de una sociedad para la difusión de la filosofía positivista. En su artículo «Où est la réalité? Les reponses d'Einstein», incluido en *Science el synthèse,* Gallimard, París. 1967. Holton examina las posteriores diferencias entre Einstein y Mach. A la ciencia descriptiva y económica de Mach, Einstein oponía en un segundo período una ciencia creadora e intuicionista. En una carta del 24 de enero de 1938, a su amigo C. Lanezos, escribe: «Yo venía del empirismo escéptico, un poco del género que profesaba Mach. El problema de la gravitación me transformó en racionalista convencido, es decir, en un hombre que busca la única fuente valiosa de verdad en la simplicidad matemática. Sin duda, lo que es lógicamente simple no es necesariamente físicamente verdadero, pero lo que es físicamente verdadero es lógicamente simple, es; decir, que hay unidad en su base».

[7] Acerca de esta cuestión se puede consultar de Enrique E. Marí, *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault.* Hachette, Buenos Aires, 1983 y de Darío Melossi y Massinio Pavarini, *Cárcel y Fábrica.* México, Siglo XXI, 1980.

4. Frente a este estado de la teoría económico-social actual y la falta de respuestas en corrientes examinadas de la teoría jurídica, en nuestra opinión otras corrientes deben ocupar el espacio del tercer escenario de Offe. Es decir, deben preparar los cambios de la «*social power matrix*», fabricando opuestas tendencias a este espíritu de la época, estructurando nuevas redes de crítica a la hegemonía de los *theorei* justificadores del sistema y abriendo las puertas para nuevas ideas. En una palabra. deben incrementar las expectativas de cambio, remover los obstáculos a la gobernabilidad de la democracia y defender los intereses legítimos de los desplazados, su libertad e igualdad social.

La tarea no es fácil. El derecho es básicamente conservador en dos sentidos, uno objetivo y otro en las posiciones de la academia y muchos de los juristas. Es «objetivamente» conservador porque parte de un axioma fundamental, el de la prohibición, que tiene prioridad epistemológica sobre el principio de permisión. La prohibición es un principio originario. Tiene todo el carácter de un término primitivo en el sentido de la lógica. Opera en forma metasistemática como cobertura social de todo el ordenamiento.

Ningún sistema es concebible compuesto por la totalidad de acciones permitidas. El principio de que «Todo lo que no está prohibido está permitido» resguarda la lógica de al menos un último deseo imposible de satisfacer jurídicamente. El principio se puede enunciar de otra manera: «En el sistema jurídico todo está prohibido o permitido». Pero esta fórmula es engañosa pues no fija cuál de los dos conceptos es el primitivo. De cualquier modo no se puede enunciar nunca como «Todo está prohibido», o «Todo está permitido», en proposiciones autónomas no conectadas por una conectiva vel.

En «El postulado jurídico de la prohibición», incluido en *Ideas para una filosofía del derecho,* Tomo I, Buenos Aires[8], Ambrosio Gioja observa que aun cuando desde un punto de vista puramente lógico-formal cualquiera de las dos expresiones pudieran tomarse como primitivos, «en sus relaciones con el orden jurídico-positivo se descubre que «prohibido» es el concepto

[8] *Ideas para una filosofía del derecho,* texto compilado por Ricardo Entelman, incluye el artículo «El postulado jurídico de la prohibición» de Ambrosio Gioja. T. I. Librería Jurídica Abeledo. Buenos Aires, 1973, editado por Sucesión Ambrosio L. Gioja.

Sobre el Principio de la prohibición se expiden también, entre otros juristas, Georg H. von Wright en «An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action», *Acta Philosophica Fennica XXI,* Helsinki y en *Norma y Acción,* Tecnos Madrid, 1970. Hans Kelsen en La Teo*ría Pura del Derecho,* Eudeba, Buenos Aires, 4ª edición, 1965, y en *Teoría General del Estado y el Derecho.* UNAM. México, 1969. Alf Ross. *Lógica de las Normas.* Tecnos, Madrid, 1971. C. Alchurrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas.* Astrea, Buenos Aires. Nino Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho.* Astrea, Buenos Aires.

básico. Por consiguiente corresponde una definición de éste a fin de hacer inteligible todo el sistema».

La existencia de la coacción, como nota básica del derecho constituye para la mayor parte de los autores el *pendant* del Principio de la prohibición. Al explicar la noción de satisfacibilidad Georg Henrik von Wright llama la atención sobre esta asimetría lógica, en «Normas de orden superior», de esta manera: «Diré que una norma que prescribe que un cierto estado de cosas es obligatorio es satisfacible si, y sólo si, es (lógicamente) posible que este estado de cosas se dé en todas las ocasiones durante la historia de esa norma. Una norma que prescribe que un cierto estado de cosas está permitido es, a su vez, satisfacible si, y sólo sí, es posible que este estado de cosas se dé en alguna ocasión durante la historia de la norma»[9].

El postulado de la plenitud hermética del derecho señala un ideal de completitud que gira alrededor de un eje primordial; la prohibición de al menos una acción. Gioja dice en su trabajo: «Claro que puede haber sociedad y no existir, por ejemplo, normas jurídicas o religiosas. Pero insistimos, la desaparición de normas de este tipo implicaría la desaparición de la sociedad». Hans Kelsen, por su parte, en *Teoría General del Derecho y del Estado* afirma que la palabra derecho es expresión de un concepto con un significado social altamente importante en toda época y lugar. «Pues la palabra se refiere a esta técnica social específica de un orden coactivo que, pese a las grandes diferencias entre el derecho de la Babilonia antigua y el de los Estados Unidos en la actualidad o entre el de los Ashanti en África occidental y el de Suiza en Europa, es, sin embargo, esencialmente el mismo para todos estos pueblos tan diversos desde el punto de vista del tiempo, del lugar y de la cultura, a saber: la técnica social que consiste en provocar la conducta socialmente deseada a través de la amenaza de una medida coercitiva que debe aplicarse en caso de un comportamiento contrario. Cuestión sociológica muy importante es la que estriba en saber cuáles son las condiciones sociales que hacen necesaria esta técnica. Ignoro si podemos contestar satisfactoriamente esta pregunta. Tampoco sé si es posible a la humanidad emanciparse totalmente de esta técnica social. Pero si el orden social no hubiere ya de tener en el futuro el carácter de un orden coactivo y la sociedad pudiera existir sin «derecho», entonces la diferencia entre la sociedad del futuro y la de nuestra época sería inconmensurablemente mayor que la que hay entre los Estados Unidos y la Babilonia antigua o entre Suiza y la tribu de los Ashanti».

La condición de la existencia de la sociedad depende, en rigor, de la no desaparición de al menos una norma prohibitiva. Un deseo, como ocurre

[9] «Normas de orden superior» de Georg Henrik von Wright, incluido en *El Lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió,* op. col. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.

exactamente en la problemática del psicoanálisis, tiene que estar mínimamente interdicto. Conocemos ese deseo, en este último caso: el incesto. La prohibición del incesto tratada por Freud en *Totem y Tabú* y otras obras, revela que para el tránsito del mundo de la pura naturaleza al mundo de la cultura, tiene que existir un deseo imposible de cumplir, un deseo que por su imposibilidad de ser satisfecho recibe el nombre de deseo-carencia. Así como este deseo-carencia es condición de la subjetividad humana, condición de constitución del sujeto, la prohibición de al menos un deseo transportado en acción es condición social de constitución del sujeto jurídico. Situación que fija una importante vía de acceso a la comparación entre derecho y psicoanálisis.

Esto significa que en, uno y otro caso, nos encontramos con un juego de dados cargados o de naipes en que el mazo está completo pero un carta, por función dogmática, no es sana para la partida. El derecho es, en efecto, un curioso juego de naipes marcados en el que el as de triunfo de la permisiblidad total, la libertad absoluta, vaciaría a los hombres de sociedad y cultura. En el derecho no hay as de triunfo, así como no lo hay en la tópica de la sexualidad con el incesto prohibido. En ambos, nadie quiere jugar con una ventaja-límite porque se perdería con la mejor carta. No hay aquí carta blanca para «todo». Sorprendentes juegos en donde de lo que se huye es de las martingalas y de las jugarretas. En los que no es bueno meter las narices en las cartas del otro, ya que el inconsciente y la pervivencia social, desbordando la razón, actúan como gran vigilante, como control del Gran Otro. Irresoluble juego de dados cargados en el que no se puede arrojar el cubilete para que éstos caigan en cualquiera de las caras.

Con la prohibición del incesto se instala una forma de comercio sexual determinado, donde no impera en su totalidad la fisiología, que impulsa a los animales ir más allá de toda barrera. Una red simbólica instalada *in illo tempore*, el tiempo mítico e impreciso de la organización de la sociedad, controla la fisiología, la circunda mediante el recurso de la prohibición del incesto. Una cama, está interdicta, una cópula desbaratada, una historia de amor no tiene alcance, ni éxito, ni término. El Eros Alpinista, del que nos hablaba Platón en el *Symposium* tiene que elegir forzosamente otras cumbres. Si Midas tiene amores plurales, de esa pluralidad hay que retirar una opción más peligrosa que el oro. El amor incestuoso de Fedra por Hipólito no hace ley porque viola la Ley. Sólo el cegado de Edipo por Yocasta tiene el privilegio de constituir esta Ley. Ya sabemos a qué precio.

En el amor acuático de Narciso, su mirada tiene que quedarse pegada a sí mismo en la superficie del lago. No le es dado ir más allá, más profundo hacia la ninfa azul, Liríope, su madre, violada por el dios fluvial. A menos que deseara afrontar la predicción de Tiresias, monotemático de adivinanzas:

«Narciso vivirá hasta la edad madura con tal que nunca se conozca a sí mismo».

El código de la relación de placer él-el otro, él-su madre, exige la ruptura de este segundo término a una edad de la niñez para que en el pre-sujeto psíquico se estructuren en forma cohesiva inteligencia, cuerpo, lenguaje. Del mismo modo el código de la relación social exige que un deseo no pueda llevarse a la acción, que una acción esté jurídicamente prohibida para que los pre-sujetos jurídicos pueblen como sujetos la sociedad.

Por todo ello, cualquier teoría que pretenda instalarse en el tercer escenario de Claus Offe debe tener presente que no puede existir como mera articulación de metodología pura, e incorporar la política, la sociología y las reglas de constitución de la subjetividad psicológica, sino se quiere ingresar en este juego de naipes objetivamente marcados o de dados cargados esterilizando su crítica.

Permítaseme ahora dar término a este trabajo con la siguiente observación. La influencia de las teorías en el espacio público, tanto las neoconservadoras como las críticas es, como fuera observado, relevante. Pero no necesariamente el tercer escenario de Offe tiene que ser monopolizado por teorías cognoscitivas. El mismo puede ser repoblado también por observaciones, ideas, y críticas que se generan en la literatura, el arte y otros segmentos de la cultura.

Nada mejor para comprobarlo que recurrir a la obra incompleta de Robert Musil, uno de los más brillantes escritores austríacos, cuyo texto *El hombre sin atributos* es un paradigma de cómo la ironía literaria, ese género intermedio entre la frialdad y el sentimiento como lo definiera Maurice Blanchot, puede denunciar personajes, actitudes del gobierno y la administración que, aunque relativos al Imperio Austro-Húngaro, resulta aplicable a la ciudad, costumbres y actitudes de nuestra época. Hablamos de sus descripciones del *Reino de Kakania.*

ROBERT MUSIL Y *EL HOMBRE SIN ATRIBUTOS DEL REINO DE KAKANIA*

1. A comienzos de nuestro siglo Viena se constituyó en el epicentro de un asombroso movimiento cultural irradiado a los diversos países que integraban el Imperio Austro-Húngaro y a otras regiones del mundo. Como ya tuve ocasión de expresarlo, hablar de Viena en esos tiempos es hablar, junto a Casullo, a Janik y a Toulmin, de los tiempos alegres y despreocupados de los valses y las operetas de Strauss a orillas del Danubio Azul. Es evocar las horas doradas de *«la belle epoque».* Añorar las charlas en los cafés, los paseos en el Prater y en el Wiener Wald. Es recordar las fiestas imperiales en los Palacios de Invierno, de Belvedere y de Schönbrunn, con las chispeantes

burbujas de los brindis de champán. Escritores, artistas, filósofos, científicos, contribuyeron a este brillo originado en distintas esferas: la dramaturgia de Hugo von Hofmansthal y Stefan Zweig, la música de Gustavo Mahler, la arquitectura de Loos, la psiquiatría de Schönberg, el austro-marxismo de Adler y Otto Bauer. La ciencia médica de Skoda, el Círculo de Viena de Carnap y Neurath, el empirismo de Mach con la dura réplica del Lenin, el materialismo y empirio-criticismo, dirigido básicamente a su discípulo Bogdanov. Las obras de Popper, Wittgenstein y Freud. La cáustica ironía en *La antorcha* del monstruo del periodismo vienés Karl Kraus («Ante todo debemos a menudo reflexionar de qué nos alegramos; pero se sabe siempre qué nos entristece»). Es, también, tener presente a Robert Roth el pasajero de *Transeuropa Express,* bebedor católico y autor de *Judíos errantes,* no menos que a Elías Canetti.

Este grupo de intelectuales, entre los cuales Robert Musil, el autor de *El hombre sin atributos,* ocupó un segmento relevante, debió luego emigrar, en su mayor parte, con el asesinato del canciller Dolfuss y la anexión de Austria por Hitler, sin dejar de imprimir fuertes huellas al pensamiento de nuestro tiempo. Vale la pena desglosar, precisamente, parte de la obra de Robert Musil, quien pobló sus libros con un universo de imágenes y palabras que se disolvían como las dunas en el desierto, ya que lo que en realidad se deshacía era el cenit de una ciudad y un Imperio, el de Francisco-José, incluso desde algunos años antes del nazismo.

2. *El hombre sin atributos* es una novel a-recipiente de sátiras y denuncias sobre la crisis de *Kakania,* una palabra que menciona el Imperio de las Dos Coronas, en la que se funden *kaiserlich-königlich,* Imperial-Real, pero que tiene en su sentido y, al menos en nuestro idioma, (ka.ka: ka&ka) una cacofonía acústica con un aroma de muy bajo perfil que ninguna muralla logró circunscribir, y que se extendió en el tiempo y en el espacio hasta el presente. Sólo su lenguaje pudo lograr que tanto los hombres que perdieron sus cualidades, como aquellos a los que nos dejaron sin ellas, tuviéramos la sensación física y la ilusión espiritual de respirar otros aires, como maravilla de su estética, su denuncia su sátira.

El título del libro le fue inspirado a Musil en su época de estudiante de ciencias físicas, y en la ocasión en que redactara su tesis en la Universidad de Berlín denominada «Para una evaluación de las doctrinas de Mach». Musil seguía las ideas del profesor de ciencias inductivas de Viena, sostenedor de la tesis básica antisustancialista de que los cuerpos, las cosas, la materia no son nada fuera de los atributos. Es decir, fuera del conjunto de sus elementos, los colores, los sonidos, el calor la presión y el tiempo, combinados en variadísimas formas y a los que se ligan los estados de ánimo, los sentimientos, las voliciones. *Der Mann ohne Eigenschaften* se inspira en las

ideas de Mach, tanto en la descripción de sus personajes, Ulrich, Arnheim, Moosgruber, Clarisse, Agata y otros, como en el contexto de decadencia en que se involucran.

De familia aristocrática, y cadete de un colegio militar cuya forma de vida criticará en *Las perplejidades del estudiante Törless,* Musil girará luego a su verdadera vocación literaria, se convierte en otro emigrado del nazismo y muere en precaria situación económica. *El hombre sin atributos* le lleva cuarenta años de trabajo; la obra quedó inconclusa y no obtuvo el reconocimiento que esperara.

El *Reino de Kakania* es un imperio hundido no por los ciudadanos inmorales sino, especialmente, por los morales, en el que un hiperindividualismo no había sido capaz de producir un solo individuo. En él, un austríaco no era un simple austríaco sino un ciudadano de la Monarquía Dual compuesta por austríacos y húngaros, pero que sólo se acreditaba como ciudadano auténtico luego de una curiosa operación de «un austríaco más un húngaro menos ese húngaro».

En este Reino, del que Musil se había ocupado antes en «Política en Austria» y en sus *Diarios,* se mezclaban la frivolidad y la pasión, pero en las pasiones eran indiferentes los cuadros del afecto o el desafecto, del amor o el odio. La pasión no era otra cosa que un pretexto. La gente hace dinero con la política, y en el grupo que lo hace «se cierran respectivamente los oídos uno a otro». Los valores se juegan en el plano de la hipocresía. La religiosidad no es creíble, ni la infantil adhesión de los ciudadanos al Emperador, ni sus ansiedades; detrás de esto esperan siempre algo. La política no tiene fines o propósitos humanos, sino sólo austríacos. Cuando un huracán barre con los Ministerios, los Ministros caen como diestros gimnastas, pero cuando se calma la tormenta sus sucesores se repiten en las mismas posiciones, con cambios menores que los expertos aseguran ser satisfactorios, pero que quedan incomprensibles para el resto.

El instrumento de la democracia no es sólido, está plagado de contradicciones. Una capa singular, adquiere significativa influencia, peso político y social: los peluqueros. Mientras realizan su trabajo, peinando a las damas aristocráticas, frecuentan sus medios, sus tazas de té, y emiten sus opiniones sobre la política, y los demás aspectos de la vida social, curioso aspecto que se implanta emulando nuestra propia experiencia.

La antítesis económica propietario/proletario es sólo una excusa, una cortina de humo en el camino del mercado.

Musil no se limita a desnudar a la aristocracia y reserva la misma dureza para la burguesía. Precondición real de la cultura, ésta no cumple con su papel a causa de sus intereses comerciales. Está en mejor condiciones que la élite por no crear familias que declinan rápidamente, no apegarse a la tradición,

a ideales heredados, ni a una dura moral. Pero aprende cosas en el período en que tiene que aprender a caminar, y las olvida cuando interfieren en su ruta. Carece de grandeza, de prototipos, de gente fascinante y, por el contrario, pone aparte a la gente creativa. Frente a sus intereses propios, el largo espectro de la conciencia está habitualmente ausente. En el capítulo 8 de su libro, que lleva el nombre de *Kakania,* Musil se imagina una *Big City,* que exhibe todos los defectos que hoy nos tocan vivir. Veámoslos.

El aire y la tierra forman una morada, un habitáculo, atestado con canales de tráfico que lo atraviesan como venas y pisos que se acumulan sobre pisos. Trenes subterráneos, correos neumáticos, cadenas de vehículos a motor verticales y horizontales que transportan multitudes humanas. «En los puntos de conexión se brinca de un medio de transporte al otro, sorbido y arrebatado por el ritmo que hace una pausa, una síncopa, un pequeño intervalo de veinte segundos entre dos rugientes explosiones de velocidad, y en estos intervalos en el ritmo general se cambian pocas palabras con otros». Entre estas palabras se intercambian preguntas y respuestas, pero ellas se exhiben como los dientes de una rueda. Cuando comes, comes en movimiento. A lo que, por nuestro lado, podríamos agregar: cuando tomas un café lo haces en taza de plástico para que la arrojes rápido al cesto, no pierdas tiempo y vuelvas al ritmo, al tiempo, a la velocidad, al movimiento.

Las diversiones están concentradas en sitios inéditos de la ciudad. En el *shopping.* El *shopping* listo para saltar con sus uñas y monopolizarlo todo. Para qué ir al café si lo tienes «a plástico» en el shopping. Para qué ir al cine, si lo tienes allí, listo para que a la salida te cruces rápido al café «a plástico» y no pierdas tiempo. Para qué ir a las diversiones si las tienes a un ojo, permitiendo que el otro mire los precios de las mercaderías que te incitan a comprar. Hazlo rápido, café, cine, diversión y compras, para cumplir con tu ritmo y puedas dejar taza, asiento y stand a otro que ocupe tu lugar en el espacio en que entregas tus cualidades, tus atributos.

Musil añora el retorno al punto anterior al camino equivocado. A la Austria de los viejos y buenos días en que se podía abandonar el tren de los eventos y tomar el tren normal, en una línea de ferrocarril normal y viajar de regreso a casa. Al tiempo donde no existía la ambición de poder y de mercados mundiales. A aquel en que existía lujuria pero no tan sofisticada como la francesa. Aquel en que se hacía *sport* pero no tan enloquecido como el de los ingleses. Aquel en que no se gastaban tremendas sumas de presupuesto reservado en el ejército, sólo para permanecer como segundos entre los más débiles de los grandes poderes.

En *Kakania* todos los ciudadanos eran iguales, pero, por supuesto, no todos eran ciudadanos. Había un Parlamento que hacía vigoroso uso de su libertad,

pero que era habitualmente cerrado. Lo habitual era manejarse con superpoderes y decretos de emergencia.

El vicio básico de *Kakania,* digamos por fin, es descrito por Musil así: en *Kakania* se actuaba de un modo diferente del que se pensaba, o se pensaba de un modo diferente del que se actuaba. Los ciudadanos eran conscientes de los inadecuados fundamentos de su existencia. A ésta la cubría la fantasía de que nada había ocurrido o, al menos, de que nada había ocurrido irrevocablemente, «a la manera de la espuma de los océanos de la que surge la humanidad».

Una frase estaba en boca de todos: *¡Es ist passiert!,* mientras que en otros lugares se decía que el cielo sabía «exactamente» lo que había pasado. Frase peculiar, sin equivalente en otros idiomas, algo como «¡Así son las cosas!», para disimular y no incluir en la memoria cómo las cosas habían sido realmente.

Lo que Musil no podía sospechar es que muchos años después, en un remoto país del Sur se usara, en medios oficiales, otra frase con más grado de cinismo: «los argentinos somos derechos y humanos», que aunque distinta en su expresión lingüística, tendría la misma función: encubrir, disimular los hechos, transformar «los cascotazos del destino», un destino promovido y desatado, en algo suave como una pluma.

Esto desde luego forma parte de otra historia, la historia de nuestros propios hombres sin atributos, sin cualidades, narrable en un capítulo que, en última instancia, nunca se podría cerrar a la manera en que Musil lo hace con su capítulo sobre *Kakania:* «A despecho de lo mucho que parece apuntar hacia la otra vía, *Kakania* fue, después de todo, un hogar para genios: y esto probablemente fue su ruina».

RELEVANCIA Y APLICABILIDAD EN ÉTICA

«La Ética discursiva no proporciona orientaciones de contenido, sino un *procedimiento,* pleno de presupuestos, que debe garantizar la imparcialidad en la formación del juicio. El discurso práctico no es un procedimiento para la producción de normas justificadas, sino para probar la validez de normas a título hipotético».

(J. Habermas: *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, p. 132)

El procedimentalismo de Habermas ha contribuido a la especialización y a avances importantes en la Ética normativa. Ahora bien ¿eso es todo? Las líneas maestras de su rigor en la definición de funciones, el análisis de principios, el cuidado en no traspasar los límites de las cuestiones morales, la defensa del punto de vista moral, la estricta delimitación entre facticidad y validez, etc., proceden del modelo y del lenguaje kantiano. Kant había separado ya las competencias del «experto en Filosofía práctica» de otras posibles competencias, atribuibles al «filósofo práctico». Las respectivas funciones muestran aún hoy por qué la Ética -y no sólo la Ética discursiva- mantiene pretensiones diferentes ante los casos prácticos: el experto sabe lo que se ha de hacer, en qué consisten los fines. En cambio, el *filósofo práctico* sabe tan sólo de los deberes, ya despojados de lo empírico. Pero ahora las críticas acusan la insuficiencia práctica de esta última modalidad. ¿Cómo resolver los casos? Tal vez, la versión más desvaída de los «filósofos prácticos» ha estado en el origen del resurgir de las éticas especiales, como asunto de expertos, y un tanto al margen del rigor obligado en la Filosofía práctica. ¿Por qué?

En principio, un saber práctico no tiene por qué ser un saber de expertos. Es más, la Filosofía kantiana situaba fuera, en lugar indeterminado, al universo de lo empírico. Ahora bien, ese vacío creado alrededor de la figura del «filósofo práctico», a la manera de los modernos, ha terminado por mostrar ciertos aspectos fallidos de la Ética moderna. Y lo ha hecho, además, en detrimento de las aportaciones positivas de esta figura, el filósofo práctico, que no es ni pretende ocupar el lugar de un experto. Mucho menos el lugar del moralista. Algunas críticas muestran de manera muy acusada las insuficiencias de la Ética, por haber dejado en segundo plano algunas cuestiones prácticas importantes. ¿Qué dificultades son éstas? Nada menos que la escasa aplicabilidad, la ficción de los compromisos universalistas, la idea errada de un sujeto moral sin vínculos con la práctica real, la abstracción convertida en una omisión selectiva, el pesado silencio que cae sobre quienes

no llegan o no pueden llegar hasta el modelo del agente racional, etc. El modelo liberal reúne un número elevado de tales inconvenientes, pues se ocupa de los agentes morales como ciudadanos y no como individuos concretos; así se ha convertido en el blanco preferente de las objeciones del Comunitarismo, de los republicanos, del Feminismo.

Las páginas siguientes analizan hasta qué punto las deficiencias teóricas de este modelo, formalista y en la línea de la imparcialidad liberal, justifican en realidad la demanda creciente de una «nueva» Ética, ¿qué aportan las éticas especiales a la Filosofía moral? Se trata de: (1) preguntarse si la búsqueda de relevancia supone fragmentar a la Ética en éticas especiales, adoptando la metodología casuística (S. Toulmin, A. Jonsen). (2) El análisis de la «aplicabilidad» en Ética (J. Habermas, K. Günther, R. Alexy) permite extraer algunas conclusiones, a propósito del papel efectivo que desempeñan las éticas aplicadas o especiales. Esto sucede, además, en medio del proceso de avances y críticas, que tanta presencia tienen en los debates de la Filosofía moral contemporánea. Pues las éticas especiales sí han asumido un papel, a veces beligerante, en contra o al margen de las teorías. (3) La diferencia entre *knowing how and knowing that* (G. Ryle) marca el límite para la «aplicabilidad», entendida en sentido amplio. En principio, no parecía que la expansión de las formas aplicadas de la Ética tuviera una relación directa con las tendencias actuales. Pero sí hay una relación indirecta: la tensión de la Metaética, incluso el esfuerzo empleado en la rehabilitación de la Filosofía práctica, han tenido un cierto contrapeso en las éticas aplicadas. La relevancia práctica tenía que ser recuperada de alguna forma. Pero, ¿había que borrar las diferencias entre un «programa horizontal» y un «programa vertical» en Ética (J. Habermas)?

1. La búsqueda de relevancia

M. Sandel[1] se refiere precisamente al fenómeno de cansancio y de descontento difuso, que afecta todavía a la valoración de la teoría ética y política. En su *Democracy's Discontent* se encuentra el balance de una experiencia colectiva fallida: la Filosofía, situada a distancia del mundo. Algunos opinan que no tuvo ni tendrá éxito una vida que responda a ideales. Sandel se hace eco de este sentimiento generalizado, haber perdido el control sobre la propia existencia, viendo de cerca las dificultades que pesan sobre una Ética de aspiraciones cosmopolitas. En otras versiones la idea es muy similar: el mundo invertido atenaza todavía a la Ética. En ese contexto podemos preguntarnos ¿qué representa el crecimiento de las éticas aplicadas?

[1] Sandel, M.: *Democracy's Discontent*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, pp. IX-XI, 1-24.

¿Responden a un esfuerzo por invertir la tendencia «esotérica» de la Filosofía moral como disciplina especializada? ¿Han conseguido situar al universo moral en la contingencia, poner las cosas en su lugar adecuado? Las expectativas que han suscitado las éticas aplicadas son a veces desmedidas. Pesa también su impresionante variedad: Bioética, Ética ecológica, Ética de los negocios, Ética médica, de la educación, la tecnología, las profesiones, de los medios de comunicación, de la actividad política, de los recursos nucleares[2]...

Los Comités de Ética, y la presencia de expertos o asesores en tales materias dentro de las instituciones, muestran el grado de interés que suscitan las éticas especiales[3]. Puede ser un signo favorable. Pero podría tratarse también de algo diferente, de una vía paralela, del todo inerte para la construcción de la teoría filosófica. A veces ofrece una nueva versión de métodos -Nueva Casuística, Nueva Retórica-, que cayeron en desuso hace tiempo por haber estado vinculados a una forma de vida, también desaparecida. Como sucede con algunas formas de cultura y con tradiciones o autoridades religiosas. Las éticas aplicadas ¿son una nueva versión de métodos y prácticas caídas hace tiempo en descrédito? En tal caso ¿cómo podrían contribuir a la revitalización o «rehabilitación» de la Ética como disciplina? La respuesta tiene que ser ambivalente, aun a riesgo de prolongar más de lo debido el capítulo de los preámbulos. Dicho en pocas palabras: las éticas especializadas sí han aportado una nueva relevancia a la Ética pero, también, han creado algunas expectativas distorsionadas sobre la Filosofía práctica y lo que ésta puede decir. La expansión de las éticas aplicadas aspira a tender ciertos puentes allí en donde Kant[4] separó ámbitos: la Filosofía pura y, de otro lado, la Filosofía aplicada a la naturaleza humana. Sin embargo, esta nueva relevancia puede ser menos efectiva de lo que aparentaba en un principio. ¿Por qué razones?

(1ª) La Filosofía práctica de las últimas décadas seguía mostrando un débil interés por los campos y casos de la argumentación práctica. La «rehabilitación»[5] de la Filosofía práctica marchaba en otra dirección, más constructivista, por así decirlo. Algunos campos argumentales llegaron a ser

[2] Puede encontrarse un ejemplo en el trabajo de Lee, S.: «Morality and Nuclear Weapons Policy», *Philosophy & Public Affairs*, 19, 1990, pp. 93-106.

[3] Sobre los Comités de Ética y la presencia de los profesionales de las disciplinas de la Filosofía práctica en el tejido institucional, Atienza, M.: «Juridificar la Bioética», *Claves de la razón práctica,* 61, 1996, pp. 2-15.

[4] Kant, I.: *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres,* Espasa Calpe, Madrid, 1967, p. 55.

[5] La expresión de M. Riedel, *Rehabilitierung der praktischen Philosophie,* Rombach, Freiburg, 1972.

tan problemáticos como atractivos por su temática; de ahí la necesidad de elaborarlos teóricamente. Sin embargo el resultado, las éticas especiales, a veces ofrecía -y ofrece aún- soluciones teóricamente deficientes. Por una parte, los campos de la argumentación se convierten en disciplinas independientes, discursos relativamente autónomos, creciendo por el lado de los temas nuevos. Pero permanecen estancadas en cuanto a conceptos y vocabulario moral. Parece que la dedicación a tareas metaéticas se saldó con resultados tanto positivos como totalmente negativos para la Filosofía moral y, ante ese abandono, el *método del caso*[6] venía a ofrecer una alternativa: contra la tiranía de los principios, contra la búsqueda infructuosa de un código invariable, contra el sueño imposible de un algoritmo ético. En cuanto al universalismo ¿cómo iba a ganar relevancia práctica para la Ética? ¿Estaba en condiciones de ofrecer una mayor atención hacia el tiempo y el espacio determinados? La casuística se presentaba entonces como una respuesta a las insuficiencias del universalismo.

(2ª) El vocabulario y el enfoque casuístico formaron parte, sin embargo, de una metodología anclada aún en etapas precedentes, y en creencias de perfiles reconocibles. En su momento, Pascal había mostrado las muchas deficiencias del procedimiento en el razonamiento moral. Por ello, las importantes ventajas de la prudencia sobre la episteme pueden convertirse también en defectos. ¿Qué puede decir la casuística ahora? Pretende recuperar relevancia, una vez que los principios han mostrado cierta insensibilidad hacia lo particular, e incluso cierta «ceguera moral». S. Toulmin[7] ha llamado la atención sobre la casuística como método, por su potencialidad para ir más lejos y por ser más flexible que la moralidad de principios universales. Ahora bien, junto a sus ventajas teóricas y prácticas, mantiene vínculos que la mantienen cerca, demasiado cerca de tradiciones y prácticas religiosas, católicas, protestantes, islámicas, rabínicas. El mismo Toulmin propone límites a la «tiranía» de los *principios*, pero, también, a las diferencias sutiles que aparecen en los casos reales. S. Toulmin y A. Jonsen se refieren a algo así como un «mapa metódico»[8], que fuese recogiendo semejanzas y diferencias significativas entre los casos. ¿Para qué? Con objeto de resolverlos de forma aceptable y contar con precedentes para los nuevos casos. Pretenden renovar la noción misma de casuística -la Nueva Casuística-, valorando muy favorablemente la contribución realizada hasta la fecha por las nuevas éticas aplicadas. Toulmin concluye: le han «salvado la vida» a la Ética.

---

[6] Jonsen, A. R., Toulmin, S.: *The Abuse of Casuistry,* University of California Press, Berkeley, 1988, p. VII, p. 7, pp. 304-322.

[7] Toulmin, S.: «The Tyranny of Principles», *The Hastings Center Report,* 6, 1981 pp. 31-39; «How Medicine Saved the Life of Ethics», en: De Marco, J. P., Fox, R.: *New Directions in Ethics,* Routledge and Kegan Paul, London, 1986, pp. 265-28 1.

[8] Jonsen, A.R., Toulmin, S.: *The Abuse of Casuistry*, p, 14.

(3ª) M. Singer[9] ha sido también muy explícito al defender el método de los problemas caso por caso. Es más, se ha mostrado convencido de que la casuística puede hacer de la Ética una ciencia; en razón del procedimiento y de los temas que la conectan con la investigación científica. Sucede así con los temas del medio ambiente. Le parece que la vía del caso por caso ha reabierto la comunicación entre Ciencia y Filosofía; es un hecho que los avances técnicos refuerzan indirectamente una tendencia a la división del trabajo en el interior de la Ética. En muy poco tiempo, han alcanzado un evidente grado de autonomía aquellas disciplinas que se aplican a un ámbito concreto: Bioética, la Ética médica, Ética ecológica, Ética medioambiental, Ética profesional, Ética de los negocios, Ética de la educación. Pero no siempre hay un uso riguroso de la terminología. Por ejemplo, suele haber un uso indistinto de los términos en Bioética y en Ética médica.

Tampoco hay acuerdo sobre los usos del lenguaje, tal vez no demasiado afortunados. Incluso T. Beauchamp[10], que se ha ocupado con buenos resultados de la Ética médica, se preguntaba sobre si tiene algún sentido separar, como acostumbra a hacerse, Teoría ética y Ética aplicada. Pues no es correcto decir que hay una teoría *more geométrico* y, en el otro lado, los contextos particulares de la acción. A la vista de las dificultades surgidas, la diversificación de los problemas prácticos parece haber influido en dos sentidos sobre la Filosofía moral: nada o mucho. Por un lado, la expansión de los problemas prácticos ha sido vista con enorme desconfianza, sobre todo desde la Filosofía europea, ya que el crecimiento de la Ética aplicada tiene lugar principalmente en Estados Unidos. Por otro, la presencia de las éticas especiales es un hecho de importancia. Con todo, se trataría de una situación mucho menos novedosa de lo que se pretende. Esto es, la especialización no habría alcanzado cotas suficientes como para cambiar el rumbo de la teoría: no ha dejado sus huellas en la redefinición de los conceptos, ni en una mayor orientación hacia la aplicabilidad, pues no forma parte de la construcción misma de la Ética, de sus aspectos internos. La expansión de los temas prácticos, no se traduce al final en expansión de la Ética. Ni la casuística aparece como la solución que le «salva la vida» a la Ética, como dice Toulmin.

¿Podía realmente «salvarle la vida»? Frente a los pretendidos excesos de la Metaética -y de los filósofos de la moral[11]-, el cambio operado por las

[9] Singer, M.: «Ethics, Science, and Moral Philosophy» en: De Marco, J. P., Fox, R.: *New Directions in Ethics,* pp. 282-298.

[10] Beauchamp, T. L.: «On Eliminating the Distinction Between Applied Ethics and Ethical Theory», *The Monist,* 67, 1984, pp. 514-531.

[11] J. Ferrater Mora comentaba la idea de que la Ética no es sólo asunto de los filósofos; *Ética aplicada*, Alianza, Madrid, 1981, p. 40.

éticas especiales daba la impresión de haber cerrado el ciclo, en beneficio de un modelo *no dependiente* de Teoría moral. Pero existe todavía la otra posibilidad: el modelo *dependiente.* Porque las éticas aplicadas no demuestran resolver los casos prácticos de forma más coherente que un modelo subordinado a la teoría. Por ejemplo, un análisis completo de los casos, dada su complejidad[12], ha de articularse con vistas a algún principio. Incluso la misma expresión, «éticas aplicadas», puede ser sustituida por otra, más acorde con la dependencia de las éticas especiales son respecto de la teoría: Ética «orientada a la práctica». ¿Es necesario tomar tantas distancias con respecto a la figura del filósofo como experto o como «ingeniero»[13]? En algunas ocasiones, preferiríamos que el filósofo práctico fuese también *experto en Filosofía práctica,* como decía Kant[14]. Pero la figura del experto es excesiva, extemporánea. Ni la casuística como práctica ni el filósofo como experto pueden asumir funciones, que corresponden al conocimiento y a las competencias de los propios afectados. Ciudadanos competentes, sujetos morales competentes. Es más, el contexto presente sugiere que las desventajas apreciadas en el modelo más teórico, constructivista, liberal, de restricciones y neutralidad práctica, comienzan a parecerse bastante a ventajas importantes. Empezando por la denominada «textura abierta» de los conceptos morales[15], siguiendo por la «abstinencia epistémica» y llegando hasta la no determinación de las proposiciones evaluativas[16]. Una visión del conjunto permite apreciar ahora que la Moral provisional[17] muestra flexibilidad, mucho mejor que otras soluciones pensadas para «salvar» la relevancia de la Ética. Pues ¿qué hay que salvar en un contexto complejo? La hipótesis de que el *knowing how* tiene prioridad sobre el *knowing that* no es nueva, desde luego. Aquí ayuda a justificar por qué las éticas aplicadas son un test importante, pero nada más que un test para la Ética. La Ética sigue siendo el foco central[18].

---

[12] Ch. Larmore recuerda que el pluralismo y el desacuerdo entre personas razonables constituye una parte de la experiencia moderna. *The Morals of Modernity,* Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pp. 10-13.

[13] A. Caplan llega a la conclusión de la insuficiencia del modelo del «ingeniero» como cualificación del filósofo para intervenir en los casos prácticos; «Can Applied Ethies Be Effective in Health Care and Shotild ti Strive to Be?», *Ethics,* 93, 1983, pp. 311-319.

[14] Kant, L: *Metafísica de las costumbres,* Tecnos, Madrid, 1989, pp. 223-224.

[15] Brennan, J. M.: *The Open-Texture of Moral Concepts,* MacMillan, London, 1977, p. 94.

[16] Dworkin, R.: «Objectivity and Truth: You'd Better Believe It», *Philosophy & Public Affairs,* 1996, pp. 87-139.

[17] Descartes, R.: *Discours de la méthode,* Garnier-Flammarion, Paris, 1966, p. 51.

[18] M. Kettner menciona esta solución; «Bereichspezifische Relevanz. Zur konkreten Allgemeinheit der Diskursethik», en: Apel, K.O0., Kettner, M.: *Zur Annwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenchaft,* Suhrkamp, Frankfurt, 1992, pp. 317-348.

2. Aplicabilidad

Las éticas especiales no forman parte de una etapa post-ética. Por esto hay que tomar en serio la terminología de Kant: principio objetivo y principio subjetivo de la moralidad[19]. Aquél es el principio de la moralidad, pues no depende de las inclinaciones, es *puro intellectuali interno.* Puro, interno... Despojar al discurso moral de la riqueza y variedad de lo empírico comporta por lo menos tantos riesgos como ventajas. Se traduce, además, en el uso de un tipo de lenguaje, puesto al servicio de la neutralidad, imparcialidad y objetividad del punto de vista moral. Será claro pero árido, en precario equilibrio entre la austeridad y la sequedad; I. Murdoch[20] señalaba un inconveniente serio de esta elección, más allá de una cuestión de estilo. La transparencia ¿no ofrecerá una traducción empobrecida de la vida moral? El vocabulario moral ¿debería prestar mayor atención a lo que no es cristalino, precisamente porque es real e incompleto? La llamada de atención se repite cada vez con más frecuencia: la Ética de principios y reglas no atiende a la percepción moral, ni a la formación del juicio moral. ¿Por qué relegar nuestra capacidad de percibir las situaciones, las personas, las particularidades[21]?

Respuesta: la moralidad de tipo universalista y abstracta no puede contener toda la variedad, particularidad y riqueza de la realidad moral. No puede hacerlo, ¿o no debe? Su aplicabilidad deficiente motiva precisamente la demanda de éticas especiales; como alternativa a un programa general de la Filosofía que, con la época moderna, se aparta de las motivaciones en favor de la racionalidad de las cuestiones prácticas. Es más, el *universalismo* es un argumento en sí mismo, asociado con frecuencia a las características que definen al punto de vista moral. Punto de vista no comprometido con un contenido determinado ni con intereses reducidos; K. Baier[22] lo hacía coincidir con el punto de vista de cualquiera. Ser moral es seguir las reglas que van en interés de cualquiera, pese a los sacrificios personales que a veces comportan. M. Singer recuerda, no obstante, el peso de las consecuencias indeseables en el argumento de generalización[23]. Pero sólo el principio de generalización introduce la imparcialidad y la equidad, a fin de que las cuestiones prácticas tengan el mismo tratamiento, para personas similares

---

[19] Kant, L: *Gesammelte Schriften,* De Gruyter, Berlin, 1979, Bd. XXVII, pp. 1422-1433.

[20] Murdoch, L «Against Dryness; A Polemical Sketch», en: Hauerwas, S., MacIntyre, A.: *Revision: Changing Perspectives in Moral Philosophy,* University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1983, pp. 43-50.

[21] Blum, L.: «Moral Perception and Particularity», *Ethics*, 101, 1991, pp. 701-725.

[22] Baier, K.: *The Moral Point of View,* Cornell University Press, Ithaca, 1958, pp. 187-213.

[23] Singer, M. G.: *Generalization in Ethics,* Atheneum, New York, 197 1, pp. 13-23.

en similares circunstancias. Th. Nagel[24] identifica así el punto de vista moral con el punto de vista que no está en ningún lugar ni es de nadie en particular, porque trasciende los propios deseos, los elementos irreductiblemente subjetivos del bien. Y J. Habermas introduce el principio de universalización (U)[25], como regla de argumentación para comprobar la validez de las normas. ¿Con qué efectos?

(1) J. Habermas se refiere de manera expresa a la *aplicabilidad* como un auténtico problema, reconociendo además que afecta a su propio programa de Ética. El modelo discursivo se ha especializado en una línea bien definida: «Las éticas de tipo kantiano están especializadas en cuestiones de *justificación;* dejan sin responder cuestiones de *aplicación*»[26]. Porque ninguna norma contiene las reglas de su aplicación. Porque la Ética discursiva se ocupa preferentemente de asegurar una justificación que sea imparcial. Y porque -como demuestran sus observaciones[27] a propósito de la teoría reciente de J. Rawls- en la Moral universalista y postconvencional tiene prioridad la validez (incondicionada) sobre consideraciones de bienes y valores (condicionados). Una acepción tan rigurosamente procedimental de Filosofía moral pudiera resultar estrecha e, inclusive, llegaría a dar una falsa idea de la universalidad. Habermas discrepa: haberse marcado como objetivo principal clarificar el punto de vista moral no significa mantener una idea excluyente, demasiado estrecha de universalismo. En fin, el punto de vista moral es ir más allá de los límites, marcados por las comunidades concretas o por valores particulares.

(2) La alternativa entre *aplicabilidad* y *fundamentabilidad* sigue presente en los comentarios de K. Günther[28] sobre la Ética discursiva. La idea general es que no se ha de renunciar a la racionalidad en el ámbito de lo moral y de lo jurídico. Desde el punto de vista del cognitivismo, sin embargo, la aplicación de las normas complica la tarea de su fundamentación; pues la aplicabilidad remite a las situaciones relevantes: éstas tienen que ver sin duda con un orden social, con pautas culturales e incluso con el simple azar. ¿Cómo evitar entonces el rigorismo abstracto por el que se decantan las Éticas

[24] Nagel, Th.: *The View From Nowhere,* Oxford University Press, Oxford, 1986, pp. 8-12.

[25] Habermas, J.: *Moralbewu$sisein und kommunikatives Handeln,* Suhrkamp, Frankfurt, 1983, p. 131.

[26] «Moralität und Sittlichkeit», en Kuhlmann, W.: *Moralität und Sittlickeit,* Suhrkamp, Frankfurt, 1986, p. 27; «On The Cognitive Content of Morality», *Proceeding of the Aristotelian Society,* 1996, pp. 335-358: *Faktizität und Geltung,* Suhrkamp. Frankfurt, 1992. pp. 166-237.

[27] «Reconciliation Trought the Public Use of Reason: Remarks On J.Rawls's Political Liberalism», *The Journal of Philosophy,* 1995, pp. 109-131.

[28] Gunther, K.: *Der Sinn der Angemessenheit,* Suhrkamp, Frankfurt, 1988, pp. 23-99, 176-215.

universalistas? La versión aristotélica de la moralidad situaba los criterios para juzgar y para aprehender la situación dentro de una forma de vida. En cambio, la versión universalista busca criterios racionales para juzgar, con completa independencia ante las situaciones; luego ¿qué papel desempeñan las situaciones concretas? En principio, ninguno; por lo menos en la versión más rigurosa de la Ética cognitivista. El objetivo principal continuará siendo la fundamentación de normas generales y, en consecuencia, la aplicación imparcial de un procedimiento discursivo no contemplará, no tendrá siquiera por qué indagar por las consecuencias derivadas de tal aplicación. En suma: ninguna aplicabilidad.

(2.1) A la vista de este resultado, bastante previsible, K. Günther propone otro criterio de universalidad, más abierto y, por tanto, con algunas posibilidades en cuanto a la aplicación. Primero, sugiere que es preciso distinguir entre la aplicación del principio de universalidad (U) y, segundo, las situaciones de aplicación. Una versión más débil del principio U será también un principio *abierto* a la aplicabilidad. Porque la validez de una norma queda asegurada en circunstancias semejantes y para los intereses de cada uno. Por tanto, la norma será aceptable, ya que los intereses de los participantes convierten a aquélla en una norma situada.

(2.2) La aplicación de las normas en las situaciones tiene lugar en el discurso. Por este segundo motivo, las normas pueden ser recontextualizadas, ser reintegradas a los intereses, a tiempos y espacios concretos. Mediante este recurso, K. Günther no anula las diferencias existentes entre la fundamentación y la aplicación, pero sí incorpora para el universalismo tanto la perspectiva social como una mayor sensibilidad hacia el contexto. En respuesta a las críticas al rigorismo de la moral postconvencional, Günther recupera al final un criterio del tipo *it depends.*

(3) R. Alexy[29] discrepa de esta solución. Cuestiona incluso el significado de la diferencia entre «fundamentabilidad» y «aplicabilidad»; ya que todo discurso de aplicación, por lo menos desde la perspectiva de los criterios universalistas ¿no contiene asimismo un discurso de fundamentación? En segundo lugar, es cierto que la «fundamentación» se refiere a la validez normativa, mientras la «aplicación» significa algo distinto, que la norma resulta adecuada para las situaciones concretas. Ahora bien ¿se trata de discursos esencialmente distintos? Alexy considera, en fin, que el discurso de aplicación no representa lo contrario del otro, el discurso de fundamentación. Tampoco generan formas discursivas independientes entre sí ¿Por qué razón?

[29] Alexy, R.: *Recht, Vernumft, Diskurs,* Suhrkamp, Frankfurt, 1995, pp. 7-8, 52-70; «Zum Begriff des Reschtsprinzips», *Rechtstheorie,* 1, 1979, pp. 59-87; «Probleme der Diskkurstheorie», *Zeitschrift für Philosophische Forschung,* 43, 1980, pp. 81-93.

(3. 1) La fundamentación puede ser de dos tipos: *interna* y *externa.* La primera se refiere a la validez de las conclusiones, sin contradicción en las premisas de un argumento y, por tanto, el juicio como consecuencia de enunciados lógicos. La fundamentación externa, en cambio, incluye la aceptabilidad de las premisas, no sólo su corrección. Así, la fundamentación es algo más que consecuencia lógica.

(3.2) En todo caso, la fundamentación se refiere sólo a normas *prima facie.* Ya que no es posible saber cuáles serán las aplicaciones y a qué situaciones se referirán las normas. Es decir, no puede esperarse que el discurso moral aporte soluciones precisas para una situación determinada. Por eso mismo, no existe tal heterogeneidad entre fundamentar y aplicar las normas.

Aplicar significa dar con la decisión que es correcta para el caso. Pero también remite a una norma. Alexy recuerda que, en todo caso, las situaciones concretas tienen siempre un significado discursivo. Por esta razón, *no* se oponen a la fundamentación, sino que se convierten en su piedra de toque. En suma, la riqueza y variedad de esas situaciones aporta una perspectiva, mediante la cual el discurso puede corregir, someter a prueba a las normas. Por último, la tesis de Alexy de que, en la interpretación universalista, las normas son normas *prima facie* -a causa del carácter ideal del discurso-, muestra cierto grado de incertidumbre en las cuestiones prácticas.

3. *Knowing how y knowing that*

La Ética ¿ha de contribuir a dar razón de los sistemas normativos o, por el contrario, al desarrollo de la identidad moral? R. Wiehl[30] analiza las diferencias entre una Ética racional -desde la pura razón- y una argumentación práctica más compleja, en la cual están también presentes los sentimientos, por ejemplo. La Ética moderna era racional, por lo cual alteró el programa que siguen los agentes morales en su existencia real. Desde otra perspectiva más bien hegeliana, Ch. Taylor[31] ha llamado también la atención sobre la realidad del multiculturalismo y la correspondiente necesidad de mutuo reconocimiento. La tesis básica de algunos autores dice ahora que el universalismo, el procedimentalismo, el formalismo habrían adoptado la forma más radical y, tal vez, menos relevante, de restricción para la Filosofía práctica actual. ¿Tal vez eran desmesuradas[32] las expectativas en torno a la actividad filosófica? Entonces, ¿para qué seguir un modelo tan estricto y comprometido con la idea de agente racional?

---

[30] Wiebl, R.: «Die Vernunft in der menschlichen Unvernunft», en: *Metaphysik und Erfahirung,* Suhrkamp, Frankfurt, 1996, pp. 277-332.

[31] Taylor, Ch.: «The Polities of Recognition», en: *Multiculturalism and «The Politics of Recognition»,* Princeton University Press, Princeton, 1992, pp. 25-73.

[32] Las demandas que dirigen a la Ética han sido analizadas por B. Williams: *Ethics and the Limits of Philosophy,* Fontana, London, 1985, pp. 23-29.

Probablemente estas restricciones no representan una limitación tan seria como los críticos señalan. Para explicarlo hay que recurrir a la idea de G. Ryle[33]: *knowing how* es anterior a *knowing that.* La inteligencia descubre verdades y las aplica, pero no hace ambas cosas por separado; esto es, sabemos algo porque sabemos hacer algo, conocer es una actividad práctica. Según Ryle, conocer «cómo» y conocer «qué» muestran que el pensamiento afecta al curso de las prácticas y, a la vez, que la inteligencia se ejercita en las prácticas. En el caso de la Ética, este punto de vista significaría que, si conocemos los principios, sabremos también como aplicarlos. Lo cual tiene interesantes consecuencias sobre la anterior separación entre lo teórico y lo aplicado, y entre los programas antagónicos, legados por la Filosofía moderna. Según Ryle, primero descubrimos las reglas, los métodos, no los hechos, ni el qué. Esta hipótesis acortaba las distancias entre la inteligencia teórica y práctica, con cierta ventaja del *knowing how* sobre el *knowing that.* Por tanto, conocer es saber hacer una operación o seguir una regla. Ryle añade: un mal razonamiento será también un razonamiento ineficaz. Por lo tanto, conocer «cómo» es una de las condiciones para actuar.

(1) ¿Por qué, entonces, las restricciones de la Filosofía moral? Las restricciones pueden ser de dos tipos, *externas* e *internas.* El contexto, lo externo, ha adquirido complejidad, restando así plausibilidad a las explicaciones monocausales de la acción. Las restricciones *externas* impiden, pues, que la Ética proponga un algoritmo[34] para guiar acciones en situaciones particulares. Las restricciones *internas* se traducen, en cambio, en ausencias y silencios cuyo objetivo es preservar un enfoque universalista de tipo kantiano[35]. La Ética discursiva ejemplifica esto último, la prioridad de procedimientos y principios -el *knowing how*-,pues supone que los agentes son capaces de habla y acción. Son competentes también para tomar sus propias decisiones. Las éticas especiales responden en sentido opuesto, ante las limitaciones externas y a las de tipo interno: la solución de casos reduce la situación de complejidad, reduciendo, al mismo tiempo, la complejidad teórica de la Filosofía moral. Así los objetivos de la Ética procedimentalista y de las éticas aplicadas van en sentido contrario. Al final, la Ética actual y sus distintos programas se asemejan cada vez más a líneas paralelas que no se encuentran en parte alguna.

---

[33] Ryle, G.: «Knowing How and Knowing That. The Presidential Address», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1945-1946, pp. 1-16.

[34] O'Neill, O.: «Ethical Reasoning and Ideological Pluralism», *Ethics*, 98, 1988, pp. 705-722. R. Ch. Pielke acentúa la función de los argumentos morales, *Critiquing Moral Arguments,* University Press of America, New York, 1992, pp. 5-9.

[35] La alternativa a que se refiere A. Schwartz, «Against Universality», *The Journal of Philosophy*, 1981, pp. 127-143.

(2) De modo consecuente, J. Habermas propone que tratemos por separado la perspectiva «horizontal», de relaciones interpersonales, y la perspectiva «vertical»[36], el proyecto personal de vida. En la línea de Kant, mantiene dos formas de aproximarse a lo moral. Pues ¿cómo puede ser «vertical» o particularista una concepción imparcial de la moralidad? O bien, ¿cómo pensar en un proyecto personal con términos demasiados abstractos? Desde su punto de vista, sólo la justicia aporta un contenido universalista: un bien igual para todos sólo será posible tras haber hecho abstracción de contextos locales y particularistas. El trato separado de lo vertical y horizontal forma parte, en general, de la estrategia propia de una Ética cognitiva. La Ética discursiva lo es, en sentido fuerte incluso; aún al precio de que la justificación moral se asemeje más a las cuestiones teóricas que a los sentimientos morales, a las preferencias reales, a los proyectos de vida: lo vertical. Esta idea de Ética tiene su apoyo más sólido en una teoría de la racionalidad, así como en el supuesto de una relación distanciada, reflexiva, entre la Ética y las formas de vida. La pregunta clave es ¿pueden ser racionales las formas de vida?[37].

(3) La Ética discursiva no es la única respuesta que ofrece la Filosofía actual. Neoaristotelismo y Utilitarismo comparten el espacio del pensamiento contemporáneo. Sin embargo, aquélla constituye un buen ejemplo para entender tanto la situación de una Ética de principios como, de otro lado, las limitaciones dentro de las cuales se desenvuelve la Filosofía actual. Las ventajas de una Ética cognitivista fuerte se aprecian mejor en el contexto liberal, de pluralismo y de validez para todos los proyectos racionales de vida. Las carencia son, en general, las mismas que se han formulado contra el modelo liberal, y no son escasas. Adoptar un punto de vista liberal implica la prioridad de las libertades: en cuestión de creencias y en cuestión de valores, no puede obligarse a nadie. La cuestión del *enforcement* estaba presente en las ideas sobre moral, derecho y sociedad, expuestas en su momento por H. L. Hart y P. Devlin[38]. Otros antecedentes teóricos se remontan incluso a las críticas de Hegel, dirigidas contra cualquier interpretación «edificante» de la Filosofía. Ahora bien, la imparcialidad, e incluso las pretensiones de neutralidad y objetividad en modelo liberal, han empezado a mostrar algunos aspectos indeseables. Los afectados hacen notar las malas consecuencias ¿de qué consecuencias se trata? Un número importante de agentes morales encuentran

[36] Habermas, J.: «On the Cognitive Content of Morality», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1996, pp. 335-358.

[37] «Sprechaktheoretische Erläuterungen zum Begriff der kommunikativen Rationalität», *Zeitschrift für philosophische Forschung*, 50, 1996, pp. 65-91.

[38] Hart, H. L.: «The Legal Enforcement of Morality», en: *Law, Liberty, and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1978, pp. 1-12; Devlin, P.: «Democracy and Morality» en: *The Enforcement of Morals,* Oxford University Press, London, 1968, pp. 86-101.

dificultad para que sus derechos y libertades se conviertan en oportunidades efectivas, para participar en la toma de decisiones.

(4) No se trata entonces de un problema de *enforcement,* sino de *empowerment*[39]. De poder, en el sentido de condiciones para desarrollar las capacidades y para participar en la esfera pública. ¿Los beneficiarios? Aquellos que se encuentran con barreras institucionales, quienes están aún lejos de una estructura y distribución equitativas del poder. Pese a que el sistema democrático reconoce formalmente sus derechos. Las críticas al modelo liberal han pasado, pues, del nivel de los principios al nivel de las consecuencias prácticas. S. Benhabib se ha ocupado de algunos aspectos internos del modelo liberal, en tanto C. Sunstein[40] dirige sus objeciones desde el republicanismo, y hacia la distancia entre la igualdad formal y la igualdad real. Por lo general, los argumentos se centran en la cuestión de la neutralidad liberal: tiene efectos negativos, termina por producir una parcialidad no permisible. Así J. Knight y J. Johnson[41] se preguntan por las condiciones que perviven en la sociedad liberal, pues ¿hasta qué punto la asimetría puede distorsionar los resultados de la deliberación?

Las observaciones más comunes sobre el liberalismo y sus restricciones, desde los republicanos hasta la crítica feminista, destacan un resultado difícil de asumir y de justificar: la dimensión asimétrica en la relación entre los sujetos. Lo cual significa que la dimensión *institucional* de la moralidad ha de ser tenida en cuenta. W. Frankena ya advertía que la moralidad es ambas cosas, tanto una cuestión meramente personal como, de otro lado, una institución[42]. ¿Y ahora? Ahora no podemos hacer como si estas críticas no existieran, como si no fuesen relevantes para la justificación teórica y para la actividad práctica. Lo son. ¿De qué manera subsanar las carencias que se han hecho evidentes en las sociedades liberales? ¿Qué tipo de justificación requerirá la Ética que se haga cargo de tales carencias? La justificación, interna o externa[43], permite avanzar el resultado: cuestiones fácticas junto al

---

[39] Bachrach, P., Botwinick, A.: *Power and Empowerment,* University Press, Philadelphia, 1992. pp, 159-172.

[40] Benhabib, S.: «The Methodological Illusions of Modern Political Theory: The Case of Rawls and Habermas», *Neue Hefte für Philosophie*, 21, 1982, pp. 47-74. Sunstein, C.: «Neutrality in Constitutional Law (with Special Reference to Pornography, Abortion and Surrogacy)», *Columbia Law Review,* 92, 1992, pp. 1-52; *The Partial Constitution,* Harvard University Press, Cambridge, 1993.

[41] Knight. J., Johnson, J.: «Aggregation and Deliberation: On the Possibility of Democratic Legitimacy», *Political Theory,* 22, 1994, pp. 277-296.

[42] Frankena, W. K.: «Is Morality a Purely Personal Matter?», *Midwest Studies in Philosophy*, III, 1978, p. 122-132.

[43] Según la terminología de J. Wroblewski. He comentado este tema en «Ética y tipos de justificación», en: *Ética. Procedimientos razonables*, Novo Seculo, Iria Flavia, 1994, pp. 43-58.

nivel de lo contrafáctico. Existe una enorme dificultad para construir un modelo intermedio para la Ética, entre el cognitivismo fuerte y el no cognitivismo, por ejemplo. O entre la argumentación ideal y la argumentación fáctica. ¿Cómo pasar de cuestiones de justificación a cuestiones de participación fáctica? Esto es: subsiste la distancia entre lo *vertical* y *horizontal*. Esta conclusión estaba ya implícita en la Ética kantiana.

¿Y las Éticas aplicadas? Las carencias observadas en una Ética de signo cognitivista no parece que tengan su contrapeso más correcto en la independencia de los campos argumentativos: las éticas «aplicadas» pueden ser una insoslayable piedra de toque, pero no una alternativa. Pueden introducir mayor precisión y calidad en los argumentos de la Ética; con lo cual esta opción no alimenta un antagonismo ficticio entre una parte teórica y una parte «aplicada» de la Ética. Tampoco convierte la búsqueda de relevancia en un proceso contra la Filosofía, ni entra en el debate sobre la «tiranía» de los principios. En suma, no pretende compensar la tensión entre el filósofo práctico y el experto. Por una parte, los principios sistematizan la información en cada ámbito, Ciencias de la salud, técnica, medio ambiente, educación, códigos profesionales. Por otra, los campos especiales funcionan como test para la Teoría ética. En la ciencia, las situaciones empíricas permiten situar a las teorías generales con respecto a sus contextos de aplicación. Esto ha de valer también para la Ética, como recuerda V. Held[44]. Por lo tanto, los casos prácticos o casos difíciles ponen a prueba a los principios mismos, pero sin pretensiones de sustituirlos. ¿El resultado? Las éticas especiales no anulan -no deberían- las funciones de la teoría. La Ética sigue siendo el foco central. Las éticas especiales no demuestran que haya comenzado una etapa post-ética.

[44] Held, V: «The Political "Testing " of Moral Theories», *Midwest Studies in Philosophy,* VII, 1982, pp. 343-363.

N O T A S

CLASIFICAR VALORES EN EL DERECHO. SOBRE LA CONCEPCIÓN DE MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO*

PREFACIO

En las ramas de la Filosofía del Derecho existen, con referencia a los problemas de los valores, tres posiciones generales o aproximaciones a los mismos[1].

La primera consiste en situar los valores «dentro» de los sistemas jurídicos, es decir, subordinar los valores a las normas jurídicas. El ejemplo más conocido es el representado por Kelsen, para el cual el valor es un concepto derivado del concepto de norma, ya que son las normas las que constituyen los valores. En su opinión, los valores se reducen a la relación identificada entre el objeto dado (conducta) y la norma. En el caso de valor positivo se trata de una relación de «ser conforme con» la norma y en caso de valor negativo la relación es de no conformidad con la norma[2].

La segunda posición típica consiste en la referencia a la moral (o a algún sistema normativo extrajurídico, como por ejemplo la religión) con el objetivo, en primer lugar, de justificar las normas jurídicas[3]. En este punto algunos autores también tienen en cuenta el problema de la legitimidad de

* Este artículo fue escrito gracias a una beca de la Universidad de los Jagiellones de Cracovia. Quiero también expresar mi agradecimiento a los miembros del Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante por sus comentarios, consejos y sugerencias a un borrador de este trabajo y a Isabel Lifante Vidal por su insustituible ayuda con la traducción del texto al castellano.

[1] Cfr. Ch.Grzegorczyk, *La théorie générale des valeurs et le droit* (París. 1982), pp. 27 y ss.; Z.Zembinski, *Wstep do aksjologii dla prawników* /Introducción a la axiología para los juristas/ (Wydawnictwo Prawnicze: Warszawa, 1990), pp. 68 y ss.; K.Opalek, J.Wróblewski, *Prawo - Metodologia - Filozofia - Teoría Prawo* /Derecho - Metodología - Filosofía - Teoría del Derecho/ (PWN: Warszawa, 199l), pp. 124 y ss.

[2] Cfr. H.Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen,* [ed.] K.Ringhofer, R.Walter (Wien, 1979), p. 103. Sobre la concepción de Kelsen, cfr. K.Opalek, *«Wartosci i oceny w swietle dwóch teorii norm»*, /«Valores y evaluaciones a la luz de dos teorías de las normas»/, en: *Szkice z teorii prawa i szczególowych nauk prawnych* (Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu: Poznan, 1990), pp. 309 y ss.

[3] Cfr. Ch.Grzegorezyk, *op. cit.*, pp. 29 y ss.

las normas jurídicas o de su validez (como p. ej. Wróblewski en su concepción acerca de la validez axiológica[4]). Se suelen distinguir dos subposturas que provisionalmente se pueden describir como relativista (histórica) y absolutista (ahistórica). La primera está representada por los autores que están relacionados directamente, o tienen relaciones con, las concepciones llamadas iusnaturalistas de contenido variable (o las concepciones sociológicas). La segunda posición está representada por los iusnaturalistas propiamente dichos.

Por último, la posición que parece mejor justificada y más completa consiste en la distinción entre dos tipos de valores relacionados con el Derecho, o con la reflexión sobre el Derecho, y que frecuentemente son llamados valores internos del ordenamiento jurídico (expresados en los enunciados legislativos) y valores externos (pero normalmente ya no del ordenamiento jurídico, sino del Derecho considerado como *ius*)[5].

Si se acepta esta última posición, aparece, entre otros, un problema de clasificación de los valores intrajurídicos. El objetivo de este artículo es la discusión y la proposición de ciertas reformulaciones y enmiendas para las clasificaciones de valores propuestas por Atienza y Ruiz Manero. En la primera parte voy a presentar algunas observaciones generales sobre la base de su concepción axiológica y a analizar su principal clasificación de los valores. En la segunda parte discutiré las restantes clasificaciones de valores admitidas por Atienza y Ruiz Manero y propondré algunas clasificaciones adicionales que también parecen ser útiles para el análisis axiológico del Derecho positivo.

1. CLASIFICACIÓN PRINCIPAL DE LOS VALORES EN EL DERECHO

La teoría desarrollada por Atienza y Ruiz Manero durante los últimos años, y finalmente presentada de manera completa en un reciente libro[6], es una teoría de los enunciados jurídicos, considerada como la primera parte de una teoría general del Derecho[7]. Esta teoría, como mantienen sus autores, analiza principalmente el Derecho entendido como lenguaje del legislador, en forma de taxonomía de los tipos de enunciados, obtenida

[4] Cfr. J.Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, [eds.] Z.Bankowski, N.MacCormick (Kluwer: Dordrecht, 1992), pp. 79 y ss.

[5] Cfr. Z.Ziembinski, *op. cit.*, pp. 71 y ss.

[6] *Las piezas del Derecho* (Editorial Ariel: Barcelona, 1996). Algunas partes de su teoría habían sido presentadas en sus anteriores trabajos; cfr. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *«Sobre principios y reglas»,* DOXA, núm. 10 (199 l); *«Sobre permisos en el Derecho»,* DOXA, núms. 15-16 (1994); *«Sulle regole che conféríscono poteri»,* Analisi e diritto (1994).

[7] Cfr. *Las piezas del Derecho, op. cit.*, pp. XI y ss. Según Atienza y Ruiz Manero, la teoría general del Derecho debe, además de la teoría de los enunciados jurídicos, finalmente ser compuesta por la teoría de los actos jurídicos, por la teoría de la relación jurídica y por la teoría del ordenamiento y de los procedimientos jurídicos *(ibidem*, p. XIV).

a partir de un análisis efectuado en tres dimensiones: estructural, en cuanto razones para la acción y, por último, la dimensión relativa a los intereses y relaciones de poder existentes en la sociedad. Además, Atienza y Ruiz Manero mantienen la tesis de que su análisis se ocupa del Derecho considerado como *lengua* y no como *habla* (en la terminología clásica de F. de Saussure[8]) -aunque eso -como veremos posteriormente puede ser considerado sólo como una autodeclaración de intenciones. Antes de que indiquemos las ventajas de la utilización de su teoría para el análisis del Derecho, hay que notar sin embargo que esta teoría, en sus distintas partes, ha sido ya criticada[9], sin embargo parece que estas críticas, que no se relacionan directamente con su parte axiológica, sólo pueden influir parcialmente en la posibilidad de su uso para el análisis axiológico.

Respecto a las ventajas relacionadas con la utilización de la teoría discutida, hay que notar en primer lugar que la taxonomía de los enunciados jurídicos, distinguidos desde el punto de vista estructural a través de sus formas canónicas, está vinculada con la tipología de los valores correspondientes a los particulares tipos de enunciados, con especial atención a los valores que se corresponden con los enunciados típicos de la Constitución[10]. Este análisis, mucho más amplio y detallado en comparación con los de otros autores que sólo suelen admitir la posibilidad del análisis axiológico del Derecho en el «lenguaje de los valores», prefiriendo por regla general hacerla en el «lenguaje de los principios»[11], puede resultar, gracias a su carácter concreto, fácilmente operativo para las investigaciones particulares.

En este punto podemos pasar ya a la presentación de las clasificaciones de los valores contenidas en la parte axiológica de la teoría de Atienza-Ruiz Manero, para pasar posteriormente a su crítica y reformulación.

La distinción más importante parece ser la distinción entre valores intrínsecos y extrínsecos. Los primeros son definidos del siguiente modo:

> «[Una acción o estado de cosas] Es intrínsecamente valioso cuando se le atribuye valor (positivo) por sí mismo»[12].

---

[8] Cfr. F. de Saussure, *Cours de Linguistique Generale,* [ed.] T. de Mauro (Payot: Paris, 1973). Aunque Atienza y Ruiz Manero no se refieren directamente a la terminología de de Saussure, esta observación parece ser justificada; cfr. *ibidem*, pp. XIII - XIV.

[9] Cfr. A. Peczenik, *«Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero»,*DOXA, núm. 12 (1992), pp. 327-331; L. Prieto Sanchís, *«Dúplica a los profesores Manuel Atienza, y Juan Ruiz Manero»,* DOXA, núm. 13 (1993), pp. 315-325; y la réplica a estas críticas de M. Atienza y J. Ruiz Manero, *ibidem*, pp. 326 y ss.

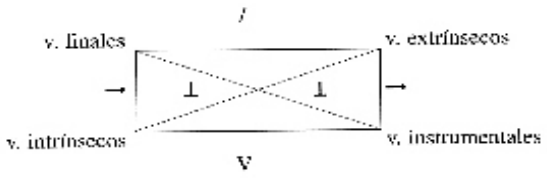
[10] Cfr. *Las piezas del Derecho, op. cit.,* pp. 118 y ss., 136 y ss.

[11] Cfr. R.Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1993), p. 138 y ss., el cual habla de «modelo de los valores» y de «modelo de los principios», los cuales se diferencian, según su opinión, sólo en un punto: lo que en el primero es *prima facie* lo mejor, en el segundo es *prima facie* debido (p. 147).

[12] *Las piezas del Derecho, op. cit.,* p. 138.

A su vez, dentro de lo intrínsecamente valioso, distinguen los valores finales o últimos y los valores utilitarios. Los primeros prescinden de sus consecuencias, y los segundos son intrínsecos pero no finales y por lo tanto son limitados no sólo horizontalmente, sino también verticalmente. Los valores extrínsecos son, por su parte, de carácter puramente instrumental. y se trata de una noción derivada que presupone los valores intrínsecos. Además (lo que puede resultar muy útil para el análisis axiológico) los principios en sentido estricto contienen valores finales, pero las directrices contienen valores utilitarios[13].

De manera esquematizada, estas distinciones pueden ser presentadas en la estructura del clásico cuadro lógico:



Como podemos ver, existen valores que no son ni finales ni extrínsecos (porque entre las categorías de valores finales y de valores extrínsecos se da la relación de incompatibilidad /contrariedad/), y además existen valores que son al mismo tiempo intrínsecos e instrumentales (puesto que entre los valores intrínsecos y los valores instrumentales se da la relación de disyunción incluyente /subcontrariedad/). Está claro que estas dos descripciones se refieren a la misma categoría: la de valores utilitarios. Sin embargo, como voy a demostrar más adelante, la corrección lógica de las distinciones propuestas por Atienza y Ruiz Manero, aunque por sí misma merece ser elogiada, todavía no garantiza que estas distinciones sean realmente adecuadas. En particular parece que conviene discutir las siguientes cuestiones:

- la corrección de la distinción de los valores utilitarios,
- la posibilidad de sub-distinción dentro de los valores instrumentales,
- el cambio de extensión objetiva (material) de la distinción entre lo intrínseco y lo extrínseco.

Como he dicho, mi análisis crítico de la concepción de Atienza-Ruiz Manero va a empezar considerando una cuestión acerca de la división dentro de los valores intrínsecos, en la cual el segundo subtipo (los valores utilitarios) está formado -como podemos ver en el cuadro- por los valores que son al mismo tiempo intrínsecos e instrumentales. Aparece la cuestión de si esa distinción constituye un error; si es apropiado distinguir esta categoría

[13] Se debe notar que estos dos subtipos de principios, gracias a su elaborado y detallado análisis -cfr. *ibidem*, pp. 1 y ss., 165 y ss- parecen *prima facie* ser fácilmente distinguibles.

de los valores. En este punto lo más adecuado sería empezar la discusión considerando las razones que originan la clasificación de los valores de Atienza y Ruiz Manero desde el punto de vista de su corrección. Sin embargo, hay que notar que esta discusión no resulta nada fácil puesto que Atienza y Ruiz Manero de manera totalmente consciente no parten en su análisis de una cierta o definida teoría general de los valores, contentándose sólo con algunas precisiones conceptuales[14]. Pero el carácter afilosófico de su teoría causa una cierta falta de claridad, que no facilita la comprensión de sus concepciones. Por ejemplo, en relación con el problema del estatus ontológico de los valores, los autores se limitan a una repetición de las formulaciones procedentes del Tribunal Constitucional español[15], escribiendo que:

> «Los valores incorporados a los enunciados jurídicos pueden considerarse como la plasmación de los juicios de valor efectuados por quienes establecen los enunciados (las autoridades jurídicas)...»[16],

lo que, tomando en cuenta la significación del término «plasmación»[17], parece sugerir que los valores existen. Pero las cuestiones acerca de cómo existen, de qué modo y dónde se dejan abiertas. A pesar de este minimalismo filosófico de la concepción analizada, considerando que sus autores parecen admitir la distinción ontológica entre signo y valor[18], hay que notar que si se admite esta distinción, se debe también admitir, como consecuencia, que una cosa es el lenguaje de los juicios de valor o evaluaciones, en las cuales el sujeto se refiere a los valores, y otra cosa distinta es el «mundo posible» de los valores. En otras palabras, el posible error de distinguir los valores utilitarios puede tener su origen en el hecho de que alguien admita que, p. ej., existen valores finales /últimos/, utilitarios e instrumentales, porque existen principios en sentido estricto, directrices y reglas. Este modo de pensar, sin una justificación filosófica profunda, constituye un error. Por supuesto, yen particular desde el punto de vista de un reconstruccionismo fuerte, o de las posiciones ideales (en sentido platónico), se puede evitar este error estableciendo que existe precisamente esa relación (p. ej., adoptando la posición heteronómica[19] y manteniendo que los sujetos crean los valores

---

[14] Cfr. *ibidem*. pp. 137 y ss.

[15] Cfr. por ejemplo sentencia del TC de 2 de febrero de 1981, f. j. 1, en la cual el Tribunal habla de «principios generales plasmados en la Constitución». Cfr. el análisis más amplio de F.J. Ezquiaga Ganuzas, *La argumentación en la justicia constitucional española,* (HAAE/IVAP, Oñati, 1987), pp. 73-74, de donde también procede esta cita.

[16] *Las piezas del Derecho*, *op. cit.*, p. 137. La cursiva es mía.

[17] Según el Diccionario de la lengua española de Real Academia (Madrid, 1992), pp. 1620, «plasmación» significa acción y efecto de plasmar o plasmarse, mientras que «plasmar» significa moldear una materia para darle una forma determinada.

[18] Por ejemplo considerando la sentencia «Los juicios de valor (=el signo A-G.) atribuyen un valor positivo, negativo o indiferente a los objetos valorados» (*ibidem*, p. 137) podemos llegar a esta conclusión.

[19] Aquí utilizo la terminología del fenomenólogo polaco R. Ingarden; cfr. Cz. Porebski, *Polish Value Theory* (Dialogikon, Cracow, 1996), pp. 25 y ss.

por medio de sus juicios de valor). Sin embargo, desde el punto de vista descriptivista moderado, también esta justificación es errónea.

En este contexto surge precisamente el problema de si ese tipo de equivocación podría ser el origen de la distinción, dentro de los valores intrínsecos, entre valores finales y utilitarios. En otras palabras, la cuestión es ¿se les ha ocurrido, a Atienza y Ruiz Manero, llevar a cabo esta distinción porque en el lenguaje del legislador existen, según ellos, principios en sentido estricto y directrices? Parece que se debe excluir esta posibilidad, en particular porque ellos mismos escriben algo totalmente contrario:

> «tiene sentido decir que no se debe matar porque la vida es un bien o un valor, pero no que la vida es un valor porque no se debe matar» (tesis de prioridad del elemento valorativo sobre el directivo)»[20].

Además, Atienza y Ruiz Manero subrayan a menudo que el legislador no crea los valores[21]. En favor de la respuesta negativa podemos observar también una cuestión de carácter muy general. Como hemos mencionado, estos autores afirman que su teoría se refiere al Derecho (lenguaje del legislador) entendido como *lengua* y no como *habla.* Los enunciados jurídicos que analizan son, como escriben:

> «oraciones jurídicas significativas, esto es, interpretadas»[22].

Pero, a propósito del carácter excluyente de su distinción entre principios en sentido estricto y directrices, Atienza y Ruiz Manero escriben algo que parece falsear su anterior declaración de que se refieren sólo al lenguaje considerado como *lengua:*

> «El configurar la distinción como excluyente implica que, aunque es *posible* que un mismo enunciado pueda considerarse en ciertos contextos argumentativos como principio y en otros como directriz (y hasta pueda decirse que ello constituye una ambigüedad característica de muchos principios), un mismo jurista no puede utilizarlo, en un mismo contexto argumentativo, como ambas cosas a la vez»[23].

A la luz de estas observaciones parece más apropiado caracterizar la teoría de Atienza y Ruiz Manero como una teoría que, aunque se refiere al lenguaje del legislador considerado como *lengua,* analiza solamente uno de sus aspectos, habitualmente conocido como «estructura profunda», con casi total abstracción de su «estructura superficial». En otras palabras y desde otro punto de vista, podemos entonces interpretar su teoría como una teoría que presenta un conjunto de herramientas útiles para la interpretación de las disposiciones legales (artículos de la ley), pero que no determina de modo

---

[20] *Las piezas del Derecho, op. cit.,* p. 135.

[21] Cfr. *ibidem*, pp. 115. 138.

[22] *Ibidem,* nota núm. 2, p. XIII.

[23] *Ibidem*, p. 5. Nota bene, esta observación acerca de la ambigüedad de «muchos» principios parece ser muy similar a la tesis de R. Alexy del carácter doble de las normas iusfundamentales; cfr. R. Alexy, *ibidem*, pp. 135 y ss.

unívoco el resultado de esta interpretación. Además, si tomamos en cuenta que tanto los valores finales como los utilitarios pueden ser expresados también a través de las reglas que confieren poderes y reglas de mandato[24], resulta que nuestras sospechas no estaban justificadas.

Sin embargo, eso no significa todavía que la categoría de los valores utilitarios esté justificada. Para considerar este problema parece más adecuado abstraerse de la definición sustantiva de esos valores y considerar por el momento únicamente el aspecto jerárquico del «mundo axiológico posible»[25]. En este contexto parece obvio que, además de los valores finales/últimos, que están limitados sólo horizontalmente y de los valores instrumentales, que están limitados sólo verticalmente, necesitamos una categoría intermedia, la de los valores limitados tanto horizontalmente como verticalmente, para poder analizar y describir las complicadas relaciones jerárquicas que parecen existir en este mundo. Y precisamente en este punto encontramos, creo, la suficiente justificación para la distinción de los valores utilitarios, los cuales juegan exactamente este papel intermedio. Por lo tanto, y en conclusión, parece que la distinción entre valores finales/últimos, utilitarios e instrumentales es correcta y adecuada. Pero también parece que hay que desarrollar esta clasificación, efectuando una distinción dentro de la categoría de los valores instrumentales: la distinción entre los valores instrumentales subordinados a los valores finales/últimos y los valores instrumentales subordinados a los valores utilitarios[26].

La justificación de esta enmienda debe empezar con una observación general. Sin duda los principales objetivos de las clasificaciones de valores son de carácter teorético. Por un lado, tales clasificaciones hacen posible el discurso sobre los valores en Derecho; por otro lado, posibilitan su mejor conocimiento y comprensión. Pero no es correcto negarles *a priori* un cierto papel práctico, en particular relacionado con el proceso de resolución de las situaciones de colisión de principios o de conflicto entre reglas[27]. En este contexto, la falta de distinción entre dos tipos de valores instrumentales puede dificultar la solución del conflicto entre reglas, las cuales contienen esos dos subtipos de valores. En este punto hay que notar que Atienza y Ruiz Manero analizan solamente la colisión de principios, manteniendo la tesis de que en este caso los principios en sentido estricto, correspondientes a los valores finales/últimos, siempre prevalecen frente a las directrices, correspondientes

[24] Cfr. *Las piezas del Derecho, op. cit.,* pp. 141 y ss.

[25] Aquí claramente me refiero sólo a la jerarquía axiológica. Más amplio sobre los tipos de jerarquías en el Derecho cfr. R. Guastini, *«Normas supremas»,* DOXA, num. 17-18 (1995), pp. 259 y ss.

[26] Esta idea procede de la concepción axiológica de H. Elzenberg; cfr. Cz. Porebski, *op. cit.*, pp. 64-65.

[27] Cfr. R. Alexy, *ibidem*, pp. 87 y ss., T. Gizbert-Studnicki, *«Conflict of Values in Adjudication»,* Poznan Studies in the Philosophy of the Sciencies and the Humanities, vol. 23 (1991), p. 58.

a los valores utilitarios[28]. Se puede estar de acuerdo o no con esta tesis, pero seguramente la colisión de principios no es la única situación donde el análisis axiológico puede ser útil en la práctica; y ello porque aparecen también los conflictos de reglas, que pueden ser correspondientes, no a valores finales/últimos o utilitarios, sino a valores instrumentales. Y precisamente en este contexto parece muy útil distinguir dos tipos de valores instrumentales: los subordinados a los valores finales/últimos y los subordinados a los valores utilitarios. Esta distinción, entre otras, va a hacer posible el análisis de las relaciones que allí aparecen y, en particular, la consideración de si existe una preferencia análoga a la establecida por Atienza y Ruiz Manero, es decir, la preferencia de los valores instrumentales subordinados a los valores finales/últimos frente a los valores instrumentales subordinados a los valores utilitarios. También sin duda el análisis axiológico basado en esta subdistinción puede ser una fuente adicional para la solución de la situación de conflicto en el caso de que las reglas tradicionales *(lex superior, lex posterior y lex specialis)* conduzcan a soluciones diversas. Para explicarlo, y terminar con esto, veamos un ejemplo. Supongamos que existen dos reglas X y Y, formalmente válidas y mutuamente contradictorias. Además, la regla *lex superior derogat legi inferiori* no implica la solución del conflicto, puesto que las dos son del mismo rango normativo, y además la aplicación de las reglas *lex posterior derogat legi priori* y *lex specialis derogat legi generali* conduce a soluciones diferentes, puesto que la regla X es anterior pero especial. En este caso puede ocurrir que el tribunal (o el juez) no quiera resolver el problema de conformidad con la regla de segundo grado *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*, sino que, por ciertas razones, prefiere aplicar la regla posterior general (Y). La razón o justificación para tal decisión puede ser el hecho de que la regla Y presuponga (incorpore) un valor instrumental subordinado a un valor final, mientras que la regla X se corresponda con un valor también instrumental, pero subordinado a un valor utilitario.

Por último, vamos a ver cómo por razones tanto terminológicas como sustantivas, parece necesario abstenerse de la utilización de los términos «valores intrínsecos» y «valores extrínsecos», y conviene cambiar el alcance propuesto por Atienza y Ruiz Manero para esta distinción.

Respecto a las razones terminológicas, el primer problema es que parece inapropiada la convención terminológica según la cual el término «valores intrínsecos» no es utilizado como antónimo de «valores instrumentales». En contra de esto podemos mencionar, p. ej., la posición de Rescher, quien mantiene la tesis de la distinción dicotómica entre «intrinsic» o «end values» e «instrumental» o «means values»[29]. Y en segundo lugar, parece también inapropiada

[28] *Las piezas del Derecho, op. cit.*, pp. 7 y ss., 136 y ss.

[29] N. Rescher, *Introduction to Value Theory* (Prentince - Hall, London, Sydney, Toronto, New Delhi, Tokyo, 1969), pp. 18-19. Pero hay que notar que una única vez, en la página 63, Rescher utiliza también el término *«extrinsic values»* referiéndose a los valores instrumentales.

la utilización del término «valores extrínsecos», puesto que -como podemos ver analizando algunas definiciones lexicográficas[30]- este término crea fuertes intuiciones a favor de que se trata de valores que no son «intrajurídicos», sino que vienen desde fuera del Derecho positivo. No obstante, estas razones terminológicas no son suficientes para rechazar dicha terminología; pero, a la luz de la siguiente razón sustantiva, ya parece necesario sustituir esta terminología de valores intrínsecos/extrínsecos. El problema radica en que Atienza y Ruiz Manero refieren sus clasificaciones de los valores a los estados de cosas y acciones, considerándolos unas veces como «objetos de valoración», otras como «valores» y, a propósito de los valores últimos, también como «razones de corrección»[31]; mientras que, por regla general, en los análisis axiológicos estas cosas se tratan correctamente como distintas entre sí. Por ejemplo, en este contexto, según Grzegorczyk hay que distinguir los valores *(les valeurs)* y las cosas valiosas *(les choses «valables»)*, las cuales analiza utilizando la noción de *«valence»*[32]; según Alexy hay que distinguir los valores como criterios de valoración (que corresponden a los principios) y como objetos de valoración (que corresponden a las reglas)[33]; por último, según N. Rescher hay que distinguir hasta tres cosas: valores *(values)*, objetos de valoración *(value objects)* y *loci* de valores *(locus of value)*[34]. Por lo tanto, parece que no es apropiada la manera de hablar, según la cual cuando utilizamos el término «valores intrínsecos» nos referimos por un lado a las razones de corrección (en el caso de los valores finales/últimos) y por otro lado a los estados de cosas o acciones (en el caso de los valores utilitarios), porque eso significa que utilizando este

[30] LE MICRO-ROBERT, 1992: *Intrinsèque:* qui est intérieur et propre a l'object dont il s'agit. *La valeur intrinsèque d'une monnaie,* qu'elle tient de sa nature (et non d'une convention). [la mot plus courant que extrinsèque], *Extrinsèque:* qui est exterieur, n'appartient pas à l'essence de qqch. *Causes extrinsèques* [la mot qui n'existe que dans la langue savante et non dans la langue parlée ordinaire], THE PENGUIN ENGLISH DICTIONARY, 1987: *Intrinsic:* 1) belonging to the essencial nature or constitution of something (an ornament of no intrinsic worth but of great sentimental value); 2) originating or situated within the body. *Extrinsic*: 1) not forming a part of or belonging to a thing; extraneous; 2) originating from or on the outside, DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA). 1992: *intrínseco:* (de lat. intrinsecus-interiormente) íntimo, esencial. *Extrínseco:* externo, no esencial. GRAN DICCIONARIO DE SINÓNIMOS Y ANTÓNIMOS (BBV), 1989: *Intrínseco* (sinónimos): central, constitutivo, esencial, interno, natural, interior, propio; (antónimo): accidental. *Extrínseco* (sinónimos): accesorio, accidental, exterior, externo, superficial; (antónimo): intrínseco. DICCIONARIO ILUSTRADO LATINO-ESPAÑOL (BIBLIOGRAF), 1974: *Intrinsecus:* interiormente, yendo hacia el interior. *Extrinsecus:* de fuera, de exterior, fuera, por fuera.

[31] Cfr. *Las piezas del Derecho, op. cit.*, pp. 137 y ss.

[32] Cfr. Ch. Grzegorczyk, *ibidem,* pp. 154 y ss.

[33] Cfr. R. Alexy, *ibidem,* pp. 141 y ss.

[34] Cfr. N. Rescher, *ibidem*, p. 8.

término nos referimos a cosas totalmente distintas en su aspecto óntico[35]. Por consiguiente, tomando también en cuenta que la distinción entre valores intrínsecos y extrínsecos es innecesaria y superflua para la distinción entre valores finales/últimos, utilitarios e instrumentales, parecería mejor abandonarla.

Sin embargo, la conclusión acerca de la necesidad de abandonar la distinción entre los valores intrínsecos y extrínsecos puede ser considerada como errónea, en particular porque esta distinción parece ser importante e intuitiva. Y en realidad así ocurre, para ello basta con definir bien su extensión. En otras palabras, me atrevo a afirmar que el problema radica en que esta distinción no debe referirse a los valores, sino a los juicios de valor (evaluaciones). Y precisamente en este contexto la distinción intrínseco/ extrínseco puede ser conservada como una nueva e interesante convención terminológica para la distinción típica de la filosofía del Derecho entre dos tipos de juicios de valor (evaluaciones)[36]. En particular, se puede justificar este cambio de extensión de la distinción de Atienza y Ruiz Manero, comparándola con la concepción de Wróblewski, que parece la más semejante a ella. Según Wróblewski, entre otros, hay que distinguir las evaluaciones originales (primeras), que tienen la forma «X es *a*-valioso» y las evaluaciones de relativización instrumental, cuya forma sería «X es *i*-valioso como el medio para Y, que es *x*-valioso»[37]. En particular esta segunda categoría parece expresar la misma idea que la concepción de los valores extrínsecos. Pero hay que acentuar que también esta interpretación de la distinción intrínseco- extrínseco es algo inconveniente, debido a que dicha terminología ha sido ya, en este contexto, utilizada por la filosofía del Derecho con un sentido bastante diferente[38].

II. CLASIFICACIONES ADICIONALES DE LOS VALORES

Pasemos ahora al análisis de las restantes clasificaciones de los valores. Puesto que parece que la clasificación principal, entre valores finales/últimos, utilitarios e instrumentales, resulta insuficiente para el análisis axiológico

[35] Aquí hay que considerar que es posible que, por lo menos para M. Atienza, los valores finales no existen como tal, puesto que su libro *Tras la justicia* (Ariel, Barcelona, 1993) empieza con la siguiente observación (p. IX): «La justicia no es un ideal irracional. Es simplemente un ideal, o si se quiere, una idea regulativa, no una *noción de algo,* sino una noción para algo: para orientar la producción y la aplicación del Derecho» (el subrayado es mío).

[36] Cfr. por ejemplo la distinción entre «evaluaciones categóricas» y «evaluaciones instrumentales» en G. H. von Wright, *The Varietes of Goodness*, /II ed.1 (London, 1964), cap. II y ss. y J. Lande, *O ocenach. Uwagi dyskusyjne*. /Sobre las evaluaciones. Notas discutibles/ (Kraków, 1947), pp. 786 y ss.; o la distinción entre «evaluaciones principales autónomas» y «evaluaciones principales fundamentadas instrumentalmente», Z. Ziembiñski, *ibidem*, pp. 12 y ss.

[37] Cfr. K. Opalek y J. Wróblewski, *ibidem*, pp. 110 y ss.

[38] Me refiero a la distinción entre *jugement intrinsèque* y *jugement extrinsèque* efectuada por G. Kalinowski, *Problème de la vérité en morale et en droit* (Ed. Vitte, Lyon, 1967), pp. 203 y ss.

del Derecho, deben considerarse otras maneras de caracterizar los valores, las cuales, por su parte, ya no necesitan un comentario tan extenso. Empezaré con las clasificaciones asumidas por Atienza y Ruiz Manero y luego presentaré algunas clasificaciones adicionales.

En primer lugar discutiré la distinción entre valores positivos, negativos e indiferentes[39]. Pero, como vamos a ver, por razones de univocidad es necesario yuxtaponer esta clasificación con la distinción entre los juicios de valor implícitos y explícitos. El problema es bastante fácil de resolver, pero sin esta operación (de yuxtaposición) la clasificación puede introducir un error o, por lo menos, una innecesaria controversia.

Sin duda, tomando en cuenta la manera en que los valores están designados por el legislador en los textos jurídicos, podemos distinguir:

a) Los valores designados directamente de manera explícita. Por ellos entiendo los valores designados en los enunciados jurídicos en los que aparece la palabra «valor». Por ejemplo (y en verdad no son muchos los ejemplos disponibles, porque de este modo se designan los valores fundamentalmente en los Preámbulos o en las intervenciones, durante los *travaux preparatoires*), el art. 1.1 de la Constitución española: «España se constituye en un estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

b) Los valores designados indirectamente de manera explícita. Por tales entiendo los valores designados en los enunciados jurídicos sin contener la palabra «valor». Dicho de otro modo, la diferencia con la categoría anterior a la hora de identificar estos valores consiste en que no es suficiente la interpretación descriptiva, sino que también se debe utilizar la interpretación en el nivel directivo y, sobre todo, en el nivel presupositivo[40]. Veamos un ejemplo: el art. 11.2 CE: «Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad», interpretado en el nivel directivo (como la prohibición de privar de la nacionalidad a las personas españolas de origen) y en el nivel presupositivo (como que contiene la presuposición que se puede expresar en la siguiente oración: «la nacionalidad de los españoles de origen es un valor»), permite identificar el valor expresado por esta última sentencia. Se puede añadir que, a veces, la interpretación que permite identificar este tipo de valores se lleva a cabo sólo en el nivel presupositivo, como por ejemplo a partir del art. 22.1 CE, que dice «Se reconoce el derecho de asociación»,

---

[39] Cfr. *Las piezas del Derecho, op. cit.*, pp. 137 y ss.

[40] Utilizo aquí la concepción de los tres niveles de la interpretación jurídica de R. Sarkowicz; cfr. sus trabajos: *«W poszukiwaniu znaczenia tekstu»,* /«En busca del sentido del texto»/, en [ed. H. Rot] *Prawo i prawoznawstwo wobec zmian spolecznych* (Wydawnictwo Uniwersytetu Wroclawskiego, Wroclaw, 1990); «Uwagi o interpretacji», /«Notas sobre interpretación»/, Universitas, núm. 5 (Kraków, 1993); *Poziomowa interpretacja tekstu prawnego,* /Interpretación nivelar del texto jurídico/, Rozprawy habilitacyjne UJ, núm. 290 (Uniwersytet Jagiellonski, Kraków, 1995); *«Levels of Interpretation»*, Ratio Juris, vol. 8, núm. 1 (1995).

podemos decir que el mismo contiene la presuposición de que el derecho de asociación, o simplemente la asociación, es un valor.

c) Los valores designados implícitamente (aceptando que se pueda hablar de este modo)[41], esto es, por decirlo directamente, los valores presupuestos en los enunciados jurídicos particulares. Me refiero a los valores que no son indicados directamente por la utilización de las palabras que designan dichos valores. P. ej. el art. 407 del Código penal español (recientemente derogado) establece que «El que matare a otro será castigado como homicida con la pena de reclusión menor» y de este modo precisamente en el nivel presupositivo designa el valor de la vida humana. O, si utilizamos en el nivel inferior -el directivo- la interpretación sistemática y tomamos en cuenta que este artículo está dentro del título VIII del Código penal, titulado «Delitos contra las personas», podemos decir que el valor presupuesto en este artículo es la persona.

Ahora podemos ya analizar otro vez nuestro último ejemplo. El artículo 407 del Código penal español, como hemos dicho, expresaba implícitamente el valor de la vida humana, la cual indudablemente debe ser caracterizada como valor positivo (porque está prohibido matar). Pero, simultáneamente, el mismo artículo, ya de manera explícita, atribuye valor negativo a la acción de «matar a una persona». Por consiguiente, con el fin de evitar la controversia, si este enunciado jurídico expresa valor positivo («la vida humana») o negativo («matar a una persona»), hay que distinguir valores positivos implícitos y explícitos, valores negativos implícitos y explícitos, y valores indiferentes implícitos y explícitos[42]. Gracias a esta distinción podemos decir, sin cometer un error, que ese artículo expresa *implicite* el valor positivo y *explicite* el valor negativo.

Como próxima clasificación (y quizás primera adicional) propongo la obtenida por medio de la analogía con la distinción no excluyente establecida por Atienza y Ruiz Manero entre principios primarios y secundarios[43]. En este sentido se puede distinguir entre valores del sistema primario (que se dirigen a la gente), valores del sistema secundario (cuyos destinatarios son los órganos del Estado) y valores mixtos (los cuales cumplen simultáneamente las características de los dos anteriores). Esta clasificación, en mi opinión, puede también evitar controversias innecesarias.

Por último, propongo una clasificación sustancial de los valores. La necesidad de tal clasificación adicional parece obvia, en particular cuando consideramos que en la filosofía del Derecho no existe una clasificación sustantiva analítica universalmente aceptada[44]. Para este fin parece más

[41] Cfr. M. Atienza, J. Ruiz Manero, *op. cit.*, p. 6, los cuales distinguen de manera similar, aunque mucho más concisa, principios explícitos y principios implícitos.

[42] Hay que notar que, por razones de simplicidad terminológica, escribo «valores positivos implícitos» en vez de «valores positivos designados de manera implícita», etc.

[43] Cfr. *Las piezas del Derecho, op. cit.*, pp. 5 y ss.

[44] Cfr. J. Wróblewski, *Wartosc a decyzja sadowa*, /El valor y la decisión judicial/ (Wroclaw, Warszawa, Kraków, Gdansk, 1973), pp. 45 y ss.

apropiado utilizar la clasificación asumida por el legislador y reconstruida a través de la interpretación doctrinal de la dogmática del Derecho constitucional del país dado[45]. Se debe notar que esta clasificación ya no tiene carácter exhaustivo en el «mundo axiológico posible», puesto que va a relacionarse sólo con los valores que estén principalmente expresados sólo a través de la constitución o de las leyes constitucionales (orgánicas).

Finalmente hay que notar que todas las clasificaciones discutidas pueden ser directamente útiles sólo para los análisis sincrónicos del Derecho. Entonces, considerando la necesidad de los análisis diacrónicos, parece útil proponer una posible clasificación de los cambios de valores implicada en la dinámica de los cambios sustantivos, identificados en las clasificaciones de valores descritas anteriormente[46]. Parece que, en el caso de los valores identificados gracias a la clasificación principal (que distingue valores finales/últimos, utilitarios e instrumentales) podemos hablar de cambios jerárquicos; por ejemplo, diremos que ha tenido lugar un cambio jerárquico cuando el valor dado ya no es final/último, sino instrumental, etc. En el contexto de los cambios identificados gracias a la segunda clasificación (que distingue entre valores positivos implícitos y explícitos, valores negativos implícitos y explícitos, y valores indiferentes -neutrales- implícitos y explícitos) hablaremos de cambios diametrales; por ejemplo, cuando un valor positivo se convierte en negativo, etc. En el caso de cambio en el ámbito de los valores del sistema primario, valores del sistema secundario y valores mixtos, podemos hablar de cambios de alcance (extensionales); por ejemplo, este tipo de cambios tiene lugar cuando un valor del sistema primario se transforma en valor mixto, ete. Por último, en el caso de los cambios identificados gracias a la clasificación sustancial, diremos que ha tenido lugar un cambio sustancial en el «mundo axiológico posible».

EPÍLOGO

En las ciencias de humanidades es mucho más fácil criticar una concepción que crearla. Esta observación se confirma en particular en relación con las concepciones nuevas, como la desarrollada por Atienza y Ruiz Manero. Por eso, resulta conveniente notar que estos autores han llevado a cabo un esfuerzo notable en un área raramente considerada por los filósofos del Derecho. Existen numerosas clasificaciones de las evaluaciones y/o juicios de valor (desarrolladas habitualmente en las ramas de la corriente lingüística de la filosofía analítica) o clasificaciones de los derechos (desarrolladas dentro de la ciencia del Derecho constitucional), pero sin embargo el estudio analítico de los valores en el Derecho se deja fuera del arco principal de la filosofía y teoría del Derecho. Y, no sólo por esta razón, este esfuerzo

[45] En el caso de España, cfr. p. ej. las clasificaciones discutidas por G. Peces Barba, *Derechos fundamentales,* /III ed] (Latina Universitaria, Madrid, 1980), pp. 91 y ss.

[46] Sobre los cambios de carácter de los valores; cfr. N. Rescher, *op. cit.*, pp. 111 y ss.

debe ser apreciado. En este contexto aparece también la cuestión del uso práctico de dicha concepción axiológica. En la filosofía del Derecho se puede observar que, o bien cierto aparato conceptual se crea con el fin de solucionar algunos problemas concretos, o bien primero se crea cierto aparato conceptual y luego se «buscan» los problemas para cuya solución este aparato puede servir. A la luz de esta observación, me gustaría aclarar que mi crítica, vinculada con el hecho de que Atienza y Ruiz Manero no analizan la cuestión de cómo usar sus clasificaciones, tiene un carácter parcial y provisional. Esta crítica es parcial en el sentido de que claramente no incluye la parte de la concepción de Atienza y Ruiz Manero en la que se refieren a la cuestión del carácter de las normas del Derecho penal, la cual, indudablemente, no está privada del aspecto práctico. Y es provisional porque es muy probable que en los siguientes desarrollos de su teoría general del Derecho[47], tal análisis se lleve a cabo. Sin embargo, por el momento parece justificada la tesis de que sus clasificaciones de los valores carecen del análisis de su aplicación. Cuando estos autores complementen lo dicho, incluyendo en particular la cuestión acerca de la base filosófica de su concepción axiológica, se dejará ver más claramente si la interpretación y crítica aquí presentada puede ser considerada como adecuada y/o aceptable.

[47] Véase la nota 7 de este mismo artículo.

EL CONTRACTUALISMO LIBERAL DE GAUTHIER COMO FALSA IDEOLOGÍA[1]

1. Las pretensiones del contractualismo liberal de Gauthier

Las teorías contractualistas contemporáneas han alcanzado un grado de refinamiento argumentativo tan elevado que cualquier lector que no sea un especialista en este área de la investigación filosófica, puede verse fácilmente intimidado por la enormidad de conocimientos que parecen necesitarse no sólo para comprenderlas, sino también para criticarlas de una forma interesante. Muchos conocimientos históricos, matemáticos, sociológicos, psicológicos y filosóficos se ponen en juego a la vez para formular estas teorías de tantísimas repercusiones morales, políticas y económicas. El contractualismo contemporáneo tiene realmente un efecto cauterizador sobre nuestra capacidad crítica cotidiana. En este aspecto se parece mucho a las teorías científicas y metafísicas más importantes y sofisticadas que tenemos. *Tolle lege* y después ya hablaremos, es la sugerencia que se nos hace.

Este estado de cosas esotérico unido a la facilidad con que puede encontrarse el contractualismo contemporáneo con la teoría matemática de la decisión racional y con determinadas ideologías sociales y teorías económicas, han sido circunstancias muy bien recibidas por el mundo académico profesional. El resultado final ha sido que una parte importante de la filosofía moral contemporánea se ha visto investida de pronto con una dignidad científica «prestada» que parecía impensable hasta la fecha, atenazada, como estaba, por intentos inconmensurables de dar cuenta de la vida y del vocabulario moral.

El carácter complejo y el aire de cientificidad que se adhieren, como una segunda naturaleza, a las teorías contractualistas han tenido, sin embargo, efectos positivos claros. Han propiciado, por un lado, que los «científicos morales» se organicen en una comunidad de intereses que funciona de una

[1] Este trabajo ha sido posible gracias a una beca posdoctoral de la Fundación Caja Madrid dentro del proyecto «El sujeto moral y político en las teorías contractualistas contemporáneas: John Rawls y David Gauthier».

forma paradigmática y autónoma con relación al resto de las disciplinas filosóficas. También han promovido que aquellos que han logrado tener noticia de las teorías contractualistas más elaboradas y las han comprendido y las han aceptado total o parcialmente, descansen confiados ante la inmensa responsabilidad histórica y social que han asumido algunos de estos científicos morales. La responsabilidad adquirida es la de fundamentar la moralidad. Sin embargo, es posible que esta enorme responsabilidad, como ocurre muchas otras veces, descanse en un optimismo exagerado. El optimismo estribaría en considerar que existe «la» moralidad, que la moralidad tiene «una crisis de fundamentación» y que el contractualismo es «la única solución posible a esta crisis» (Gauthier, 1989, 19).

Ciertamente, si el contractualismo alcanzara su objetivo, entonces la humanidad podría descansar relativamente tranquila, aunque no, desde luego, los científicos morales. Nosotros podríamos vivir más o menos despreocupados, porque sabríamos que en nuestras sociedades hay grupos de personas especializadas que estarían en condiciones óptimas de justificar los juicios morales más básicos que todo individuo racional debería sostener. Sin embargo, los «científicos morales» tendrían ante sí una responsabilidad todavía mayor que la que habían asumido en un principio. Estas élites intelectuales tendrían que enfrentarse al siguiente problema. Dada la diafonía de las opiniones morales, y suponiendo que dos tesis morales acerca del mismo problema no pueden ser igualmente correctas -afirmación que aceptaría el contractualismo con su repulsa del emotivismo como teoría acerca del significado de los términos morales-, los teóricos contractualistas tendrían que arbitrar medios para decidir cuál de estas dos tesis está de acuerdo con sus principios morales, o de cualquier otro tipo, sobre los que descansaba la teoría menos afortunada, sean abandonados por sectores cada vez más amplios de la población. Desde luego, estas tareas posteriores no pertenecen al ámbito teórico estricto, sino que se acercan, a pasos agigantados, a las cuestiones propias de la ética aplicada y al peligroso terreno de las reformas educativas y sociales de gran alcance. Para ilustrar este punto, me gustaría poner dos ejemplos en los que se viera de qué forma un contractualista liberal como Gauthier tendría que intentar promover estas reformas.

Gauthier argumenta que existen cuatro criterios, basados en ciertos hechos difícilmente rebatibles, para determinar cuándo ciertas prácticas y formas de vida son superiores a otras. Siempre que una forma de vida permita a un mayor número de personas vivir en un mismo territorio, tener una esperanza de vida superior, un nivel de bienestar material más elevado y un horizonte mayor de oportunidades respecto de otra, entonces aquélla es superior a ésta (Gauthier, 1986, 288). Sobre la base de estos presupuestos, Gauthier sostiene que cuando los europeos introdujeron una tecnología superior

a la ya existente en el territorio nativo norteamericano, estaban creando al mismo tiempo la posibilidad de que «muchas más personas vivieran una vida más larga y más abundante con oportunidades más amplias, aunque de alguna forma diferentes», a las ya existentes (Gauthier, 1986, 295). Por consiguiente, si a los indios se les hubiera dejado elegir entre abrazar las nuevas formas de vida de los nuevos habitantes o seguir con las suyas, entonces el hecho de que su territorio fuera ocupado no tendría por qué haber supuesto ninguna injusticia. Es más, Gauthier sostiene, de una forma aún más beligerante, que los habitantes nativos de Norteamérica «no tienen motivos de queja, por ser un acto irracional o injusto, contra el fracaso de los europeos a la hora de ganarse su consentimiento previo antes de establecerse en el nuevo mundo. Semejante consentimiento habría sido, sin duda, imposible de conseguir, dado que los indios no hubieran podido tener una comprensión previa de la nueva tecnología que amplió las oportunidades, pero suplantó sus viejas formas de vida» (Gauthier, 1986, 295-296). La apropiación de sus territorios estaba completamente justificada desde el momento en que esa tecnología podría hacer que las formas de vida europeas salieran ganando en todo si se las comparaba con las de los indios norteamericanos según los cuatro criterios antes mencionados.

A pesar de esta argumentación, hay muchas personas que todavía creen que aquella apropiación de territorio fue indebida desde un punto de vista moral y político. Una de las razones por las que sostienen esta creencia es la siguiente. Qué se considera un beneficio en una sociedad tecnológica de mercado y qué se considera un beneficio en una sociedad radicalmente distinta, es una cuestión insoluble desde el momento en que se apela en cada caso a criterios inconmensurables entre sí y que, por lo tanto, no se puede extrapolar unos cánones de una sociedad a otra. Para ciertas formas de vida, una mayor densidad de población no tiene por qué ser un valor, como tampoco tiene por qué tenerlo el llegar a ser el alcalde de un pueblo, si no se puede cazar como se cazaba antes. Contra este punto de vista, la única alternativa coherente para un contractualista liberal sería educar a estas personas para que no piensen ya más ese disparate. La publicación de un libro puede ser la primera piedra en ese proceso educativo.

Además de ésta, Gauthier hace otra incursión en el terreno de la ética normativa cuando, después de establecer que sólo se debe entrar en relaciones de cooperación con aquellos individuos o países de los que se puede esperar razonablemente un beneficio, afirma que «nosotros, los europeos occidentales y sus vástagos, cuyo pensamiento está modelado por la ideología contractualista, no tenemos motivos para esperar que sea rentable o beneficioso cooperar con los países superpoblados o subdesarrollados de la mayor parte del resto del mundo. Dada la finitud de los recursos de la Tierra, sus

ganancias son nuestras pérdidas» (Gauthier, 1990b, 350). Realmente, esta conclusión, extraída de las premisas contractualistas liberales, es, como mínimo, provocadora, si no decididamente injusta, porque no tiene en cuenta la historia de colonización, sumisión, explotación y exterminio que ha caracterizado las relaciones de los países europeos con el resto del mundo subdesarrollado o, simplemente, no europeo.

A la luz de estos dos ejemplos, podemos concluir que una peculiaridad de la teoría de Gauthier consiste en transitar acríticamente desde un determinado modelo formal teórico hasta la justificación de situaciones sociales y políticas. El contractualismo liberal presupone un ahistoricismo contumaz.

Sea lo que sea de esta cuestión, con los dos ejemplos mencionados nos encontramos ante situaciones en las que las consecuencias de los postulados del contractualismo liberal de Gauthier no están en armonía o en «equilibrio reflexivo» con las creencias morales y políticas de sectores representativos de la población. Por lo tanto, o esta clase de contractualismo está equivocado, o las creencias morales de este grupo social lo están. Como Gauthier está completamente convencido de que el contractualismo representa la octava maravilla de las teorías morales, serán seguramente estos individuos quienes estén equivocados. En general, su actitud es siempre mantener que cuando nuestros juicios acerca de la justicia y la moralidad no están en consonancia con los resultados de su teoría contractualista, entonces debemos intentar reformar estos juicios, en lugar de repensar la teoría (Gauthier, 1993b,168).

Además de esta primera postura comprometida que acabo de esbozar según la cual los contractualistas, además de teóricos, deberían ser sobre todo reformadores sociales, cabe otra menos exigente políticamente. El contractualismo podría optar por mantenerse dentro del reducido terreno de la pura teoría. Si adoptara esta segunda actitud, entonces el contractualismo sería «el patrimonio esotérico de una élite» (Gutiérrez López, 1989, 199). La vida moral sería asunto de todos, pero la fundamentación de la vida moral sería el tesoro de determinadas minorías intelectuales en las que habría que confiar como los guardianes ignotos de la sabiduría moral. Esta posición es respetable, aunque se tenga que pagar el precio de dejar indefensa a la inmensa mayoría de la población frente a las amenazas de los compromisos morales que son incompatibles con el contractualismo.

Sin embargo, antes de plantear todos estos problemas prácticos, cabe preguntarse más fundamentalmente si las teorías contractualistas como la de Gauthier, en la que me centraré especialmente es este artículo, pueden cumplir con la elevada misión que se han encomendado de fundamentar la moralidad. La objeción principal que quiero hacer al contractualismo liberal de Gauthier es que descansa en presuposiciones morales y actitudes

existenciales que no pueden ser asumidas por todos de una manera racional. Para mostrar esta tesis, me centraré sobre todo en la noción de «dotación natural» para hacer ver de qué modo Gauthier vuelca sobre ella una concepción del individuo dominada por una falsa ideología que lo convierte en un ser hecho a sí mismo, desnudo socialmente y que cree que puede utilizar su dotación natural como un instrumento de poder.

2. ¿Cuáles son las condiciones reales de negociación?

Se ha señalado repetidas veces que toda teoría contractualista debe incluir una caracterización completa y adecuada del «estado de naturaleza» o línea de salida *(baseline)*, en la que se den indicaciones precisas acerca de cómo la teoría concibe a los individuos antes de comenzar el proceso negociador que les conducirá hasta el producto de la cooperación social y el sistema de concesiones y renuncias mutuas (Sugden, 1993a 5 y 10, Goodin, 1993, 123). Esta caracterización es, por tanto, una descripción de los individuos al margen de las transacciones sociales y de la formación de la sociedad concebida como un sistema de cooperación para el beneficio mutuo. El papel que juega la definición pre-social o, al menos, no-social del individuo, es dotar a cada uno de los participantes en la mesa negociadora con un punto de referencia que les sirva para hacer comparaciones entro lo que tienen y son antes de la negociación y lo que tendrán y serán después de finalizar las rondas negociadoras.

Además de esta cuestión inicial, también se ha señalado que el éxito completo de la empresa contractualista depende de que se consiga establecer una línea de salida que no incluya ningún presupuesto moral con el fin de que el resultado que se obtenga de las premisas de la teoría no esté contenido subrepticiamente en ellas y no se cometa, por tanto, una petición de principio (Goodin, 1993b, 116; Sugden, 1993b, 157). En este sentido, se ha distinguido entre un contractualismo débil y un contractualismo fuerte (Sugden, 1993b, 158). Para este último, sólo está permitido usar premisas que procedan de la teoría de la decisión racional con el fin de generar conclusiones morales. Como se presupone que la teoría de la decisión racional no contiene ninguna moralidad, el contractualismo fuerte procedería desde un «input» no moral hasta un «output» moral. En otras palabras, se trata de ver como surge la moralidad y su necesidad racional a partir de una situación en la que no hay componentes morales. Toda la fuerza del contractualismo liberal se basa en la posibilidad de dar este paso. Un contractualismo de este estilo está típicamente representado por la teoría moral de Gauthier. El contractualismo débil, por el contrario, se permite «inyectar» premisas que implican la tesis de la imparcialidad con el fin de establecer conclusiones morales igualmente imparciales. La teoría del velo de la ignorancia que

usan Rawls (1971) y Harsanyi (1955) sería un ejemplo típico de esta segunda modalidad del contractualismo contemporáneo.

El contractualismo fuerte de Gauthier ha sido criticado, entre otras muchas cosas, porque no ha conseguido permanecer fiel al ideal teórico que se había propuesto. Por ejemplo, Goodin ha sostenido que «Gauthier termina pasando de contrabando ciertas asunciones morales en las premisas de su argumento moral» (Goodin, 1993, 117). En concreto, Goodin defiende que Gauthier no ha conseguido ofrecer un principio de justicia imparcial porque su modelo teórico da pie a tratar lo que es una auténtica necesidad y lo que es un deseo caprichoso como preferencias a las que habría que dar idéntico peso específico en una negociación racional en la que se estipule el grado de concesión relativo de cada parte (Goodin, 1993, 121-122). Gauthier no consigue formular un principio de justicia imparcial porque trata casos diferentes como si fueran semejantes.

Las consideraciones que haré en esta sección están relacionadas con esta clase de críticas que tratan de mostrar que Gauthier falla en su pretensión de no escabullir premisas morales en la base de su teoría. En concreto, mostraré de qué manera Gauthier es un representante refinado de un tipo de valores morales y políticos que él introduce en su teoría sin una justificación suficiente.

Gauthier sostiene que el punto de partida de la negociación en la que habrá que decir cómo repartir de una manera imparcial los frutos de la cooperación social, será justo cuando lo que cada individuo lleva a la mesa de negociación no se haya adquirido mediante coacción (Gauthier, 1986, 191-192). Esta salvaguarda (proviso) no es parte integrante del contrato social, sino que debe ser contemplada como una precondición para que los «hombres económicos» que se sientan a negociar puedan llegar efectivamente a un acuerdo que interese a todos por igual y que sea imparcial (Gauthier, 1986, 192). Ahora bien, aunque la salvaguarda será aceptada por individuos plenamente racionales -nadie aceptará racionalmente un punto de partida que incumpla esta condición-, hay que tener en cuenta que estos individuos tienen que iniciar la negociación a partir de una mercancía ya existente sin la cual sería imposible comenzar todo el proceso negociador. A esta mercancía la denomina Gauthier genéricamente «dotación natural» *(natural endowment)*. La salvaguarda, por tanto, dice que esta dotación natural no debe ser el fruto de la coacción si los resultados de la negociación posterior han de ser justos y si se quiere reclamar para ellos la adhesión racional de todas las partes y no simplemente su adhesión por miedo a la coacción. Además, la salvaguarda, aplicada a la idea de dotación natural, introduce una estructura básica de derechos y deberes y un concepto de persona que está definido sobre la existencia de estos derechos y deberes (Gauthier, 1986, 210).

Gauthier concibe esta dotación natural como el conjunto de todas aquellas capacidades físicas y mentales a las que cada uno tiene acceso directo y puede utilizar para conseguir ciertos productos derivados de su esfuerzo personal. La dotación natural junto con estos productos del trabajo individual constituyen «lo que cada uno aporta a la sociedad, al mercado y a la acción cooperativa» (Gauthier, 1986, 220). Esta aportación es diferente en diferentes personas y debería ayudar a determinar lo que cada cual puede pedir como parte legítima del fruto total de la cooperación social. Si la dotación natural y los bienes derivados de su uso no son fruto de la coacción, entonces los que están mejor dotados naturalmente y han usado esta dotación fructíferamente, deberían recibir más de la sociedad que los que están peor dotados o han sido más vagos o las dos cosas. Por lo tanto, dentro del sistema del contractualismo liberal de Gauthier, la desigualdad social no es nunca sinónima de parcialidad e injusticia, siempre y cuando los individuos presociales con distintas dotaciones naturales hayan respetado adecuadamente la salvaguarda (Gauthier, 1986, 217).

El problema principal que plantean estas condiciones surge cuando nos preguntamos hasta qué punto podemos decir que nuestras facultades físicas y mentales son realmente nuestras. En otras palabras, debemos preguntarnos por la verdad de la tesis que afirma que nuestra dotación cultural puede ser establecida correcta e inequívocamente de una forma totalmente independiente de cualquier contexto social, como exige la teoría de Gauthier. Lo que hay que preguntarse, pues, es hasta qué punto la dotación natural es completamente «natural», esto es, un producto en cuya constitución no ha intervenido ninguna estructura social.

Me parece claro que Gauthier siempre ha pensado, aunque sólo sea metodológicamente con el fin de construir su teoría contractualista fuerte, que la idea de dotación natural y la de individuo con derechos y deberes, en tanto que ésta queda definida por relación a aquélla, se contraponen a, y son independientes de, la idea de sociedad.

> Nuestra conciencia cotidiana implica una concepción del individuo, con su dotación natural, como una entidad esencialmente aparte de la sociedad, por muy dependiente que pueda ser de la sociedad para su existencia y bienestar. (Gauthier, 1990a, 169. Véase también Gauthier, 1990b, 332).

Es decir, la dotación natural junto con los productos derivados de su uso directo -sobre todo en forma de propiedades o en forma de dinero en tanto que medida universal de toda propiedad- son lo que tenemos y somos antes de cualquier determinación de lo que llegaremos a tener y a ser en sociedad. Son, como se ha dicho ya, el punto de referencia sobre el que medir qué sería justo que recibiéramos si decidiéramos participar en la empresa cooperativa social. Son nuestra mercancía de negociación.

Ahora bien, a esta tesis social y biológica radical, cabe contraponer otra no menos radical pero, según entiendo, más comprensible tanto desde un punto de vista metodológico para construir una teoría de la justicia social para «personas adultas» (Gauthier, 1988), como desde un punto de vista real. MacIntyre ha sostenido que para una concepción sustancial no dualista de la naturaleza humana «yo soy mi cuerpo y mi cuerpo es social, nacido de unos padres y en una comunidad que tiene una identidad social específica» (MacIntyre, 1981, 172). Al margen del contexto metafísico en el que MacIntyre hace esta afirmación, me parece que el mensaje es claro, un mensaje que, por lo demás, no han dejado de repetir numerosas teorías sociológicas de todo tipo y que apuntala nuestro conocimiento implícito de la influencia que tienen las relaciones sociales en la formación del yo. Mis capacidades físicas son en el fondo capacidades constituidas socialmente. Lo mismo sucede con mis capacidades mentales. De ser así, entonces es muy problemático sostener que hay unas capacidades físicas y mentales que pueden definirse presocialmente y que traemos a la mesa de negociación para determinar, al menos en parte, qué porción de la tarta social nos debería corresponder. Defender una línea de salida de este estilo es más que problemático, por no decir irreal.

Ciertamente, Gauthier es plenamente consciente de que caracterizar al individuo al margen del tejido de las instituciones sociales, es una de la tesis más problemáticas de la teoría moral que viene desarrollando desde hace tres décadas. En concreto, considera que su punto más débil es «la separación de la dotación natural del hombre de la estructura de la sociedad» (Gauthier, 1990a, 169). A la idea de individuo en tanto que ser cuyas características fundamentales son esencialmente presociales y a la idea de sociedad en tanto que resultado último de aplicar una concepción maximizadora de la racionalidad a las utilidades del sujeto, Gauthier contrapone un punto de vista radicalmente contrario a éste que quedaría descrito de la siguiente manera.

> En lugar de pensar en las habilidades y talentos de un individuo como una dotación natural, podemos pensar en ellas como una creación eminentemente social. El individuo es entonces concebido no como un ser esencialmente al margen de la sociedad, sino más bien como el producto de la sociedad. La sociedad, por su parte, es concebida primariamente no como un instrumento para incrementar el bienestar de los individuos, sino como el marco dentro del cual los seres humanos, con sus características diferencias en las cualidades mentales, físicas y emocionales, son creados. (Gauthier, 1990a, 169).

A pesar de que Gauthier reconoce, tal y como era de esperar, la existencia de estas tesis opuestas a las suyas, sin embargo, ha seguido defendiendo esta ideología hobbesiana contra viento y marea. Necesariamente, entonces,

habrá que preguntarse por las motivaciones de fondo que han guiado su elección radical.

Antes de intentar dar una respuesta a este interrogante, es importante dejar constancia de un problema que surge porque Gauthier no predica con el ejemplo. A mi modo de ver, existe una contradicción pragmática cuando se defiende que la dotación natural de los individuos que va a entrar en relaciones contractuales se define de una manera presocial y, sin embargo, resulta imposible encontrar un solo ejemplo en la obra de Gauthier en el que se vea claramente que existe esta dotación natural tal y como él la define. Todos los ejemplos de Gauthier contienen siempre personas maduras que están en posesión de numerosas habilidades físicas y mentales antes de entrar a negociar con los demás. Todas esas personas saben, por ejemplo, hablar, pescar, navegar, cultivar, negociar, etc. Ninguna de ellas es un pobre niño de Aveyron que, por carecer incluso de habla, sería incapaz de negociar nada. Incluso la capacidad lingüística, sin duda una de las más importantes para poder persuadir eficazmente y negociar con los demás, es ya una capacidad social o, al menos, una capacidad que no se puede desarrollar aislados de la sociedad[2]. Por lo tanto, si no hay habilidades físicas y mentales que no estén inafectadas por los contextos sociales en los que han nacido sus «poseedores», todas estas personas estarán ya altamente socializadas y habrán vivido alguna vez en un haz de relaciones sociales mínimamente complejo que, de una u otra manera, los habrá modelado y los habrá perjudicado o beneficiado. Todos los Robinson Crusoes y Evas que Gauthier esparce por las líneas de su libro más famoso, *La moral por acuerdo*, se encontrarían en este caso.

3. Dotación natural y derecho de retribución

Si mi crítica a la idea de «dotación natural» de Gauthier es correcta, el problema que surge ahora es saber si puede construirse esta noción de tal modo que nadie, sentado alrededor de la mesa de negociación, pueda sospechar que el otro tiene algo con lo que comerciar que ha adquirido por casualidad o por haber estado inserto en una trama de estructuras sociales complejas que le han beneficiado. De haber sido así, entonces estas posesiones no deberían quizás hacerse valer hasta el final como una mercancía que dota incondicionalmente a ciertos individuos de una capacidad de negociación superior a la de otros y que les permite pedir una ración superior

[2] Gauthier considera que el lenguaje no es un producto social, sino una condición para que exista la sociedad (Gauthier, 1990a, 332). Sin embargo, producto o condición de la sociedad, el lenguaje humano no es lenguaje sin la sociedad. Lo que el informe elaborado por Jean Itard sobre el niño salvaje de Aveyron mostraría, sería el efecto que tiene sobre el psiquismo humano y, desde luego, sobre el lenguaje, la carencia de una estructura social.

del pastel del beneficio social cooperativo. Por ejemplo, quien considere que las supuestas dotaciones naturales son algo a medio camino entre lo que es nuestro pero que, sin embargo, no somos enteramente responsables de tenerlo porque nos ha sobrevivido en virtud de vivir incrustados en relaciones sociales de todo tipo -Ortega pensaba que nuestras capacidades físicas y psicológicas eran parte de nuestra circunstancia, es decir, algo con lo que nos encontramos sin haber sido enteramente sus artífices-, entonces mantendrá una actitud muy diferente y no presionará con tanto ahínco en la mesa de negociación como lo hacen los hombres económicos de Gauthier.

De acuerdo con esta reflexión, un problema que debería considerar toda teoría de la justicia social, para no operar con nociones demasiado simplistas que la obliguen después a perder verosimilitud cuando se la enfrenta al tribunal de la vida social, es el de ofrecer una teoría plausible del derecho que cada uno tiene a presionar a los demás y a exigir más que ellos como retribución a su contribución a la empresa social. Es, precisamente, esta pieza fundamental la que falta en la teoría de Gauthier y en otras teorías contractualistas contemporáneas. Es, sin embargo, la pieza que hace que su teoría pierda agarre entre individuos plenamente sociales como somos nosotros. La pregunta crucial es, por tanto, saber hasta qué punto podemos y debemos presionar en todo proceso negociador, incluso en un hipotético proceso negociador que nos conduzca hasta el establecimiento de los principios básicos de la justicia social.

Si intentáramos contestar esta pregunta en el contexto del contractualismo liberal, pienso que habría que decir que los hombres económicos de Gauthier siempre creen tener derecho a presionar al máximo en todas y cada una de las rondas negociadoras en las que intervienen dado que, aparentemente, viven como si no debieran nada a nadie antes de sentarse a negociar. Creen que con respetar la salvaguarda es suficiente para empezar a negociar sin cortapisas de ningún tipo. Pueden, por tanto, hacer valer su querida dotación natural hasta donde crean oportuno, pues están en su derecho. Recuérdese que la dotación natural servía para que cada individuo supiera hasta dónde podía pujar en la mesa de negociación siempre que respetara la salvaguarda.

A la luz de estas consideraciones, se puede extraer la conclusión de que los hombres económicos, sobre todo los que están o creen estar mejor dotados, se sirven de su dotación natural como si fuera un instrumento de poder. Tendré tanto más poder negociador y podré obtener tanto más del excedente de la cooperación social, cuanta mayor dotación natural tenga y cuanto más la explote para adquirir propiedades de todo tipo antes de empezar a negociar. Este es el fundamento de un sistema de reparto del excedente social cooperativo que Gauthier denomina «aristocracia natural» (1990a, 160).

Relacionar el poder y la dotación natural no es novedoso. Como ha señalado Goodin, los mejor dotados y con mayores posesiones siempre estarán en condiciones más ventajosas para aguantar un proceso negociador largo que los que están peor dotados o tienen menos posesiones. Las concesiones a corto plazo les resultarán menos costosas a aquéllos que a éstos y, por lo tanto, llegarán más íntegros y con más poder negociador al final del proceso. Serán, en definitiva, negociadores más duros por regla general (Goodin, 1993, 119-120). Son, además, negociadores que pueden pedir más del producto de la cooperación social dure lo que dure la negociación. Debido a estas dos características, la doctrina de la aristocracia natural de Gauthier no dista mucho en su intención de fondo de la teoría que defiende Calicles en el diálogo *Gorgias* de Platón y que aquél recoge de Píndaro: lo justo es que el más apto tenga más que el inepto (488b).

Sin embargo, cuando las capacidades físicas y mentales de que goza cada cual se ven desde la perspectiva que las convierte en productos, al menos en parte, de las relaciones sociales, entonces no es posible utilizarlas de una forma tan simple, directa, despreocupada y prepotente como lo hacen los negociadores ideales de Gauthier. Ciertamente, sentados en la mesa de negociación, hay que respetar la salvaguarda que propone Gauthier. Pero respetar la salvaguarda es tan sólo una condición necesaria para que comience una negociación racional entre maximizadores de la utilidad. Además de esta condición hace falta, como mínimo, que cada cual aquilate de una forma justa hasta dónde puede y debe presionar a los demás teniendo en cuenta que su dotación natural no es hija de su exclusiva creación. Como he sostenido, Gauthier se mantiene mudo sobre esta cuestión.

A partir de este punto, sería interesante preguntarse cómo es que Gauthier no dice una sola palabra sobre este tema, sobre todo teniendo en cuenta que para muchas personas es un problema crucial en toda consideración acerca de la justicia social. Es, precisamente, la cuestión que subyace en las discusiones acaloradas que surgen cuando alguien defiende, como de hecho ocurre, que los ricos son ricos y merecen serlo porque son más inteligentes que los pobres. También es una cuestión interesante para todas aquellas personas educadas en la idea de que, por ejemplo, los niños más listos en la escuela debían ayudar a los niños que iban más retrasados, sin que jamás se les haya enseñado que sus talentos debían y podían ser explotados incondicionalmente para pedir más en una supuesta mesa de negociación o, simplemente, para pedir más en toda ocasión que se les presente en la vida.

Una contestación enteramente plausible al porqué de este silencio de Gauthier podría ser la siguiente. Dar por sentado que hay una dotación natural y continuar el razonamiento a partir de ahí es revelador de un determinado tipo de valores morales y de una determinada clase de sociedad. Lo

que no es en ningún caso, es la simple descripción de un tipo de hecho fácilmente aceptable por todos o que todos tengamos que reconocer. No es ni siquiera aceptable desde un punto de vista metodológico para construir una teoría contractualista coherente. Con esta contestación entramos también de lleno en la discusión de que por qué Gauthier ha preferido siempre una concepción de las características esenciales del individuo que las convierte en esencialmente presociales, en lugar de una definición del individuo y de sus habilidades como entidades formadas en el seno de la sociedad.

4. El contractualismo liberal como falsa ideología

Gauthier no presenta las bases sobre las que descansa su contractualismo liberal fuerte como la expresión articulada de una opción moral particular que podría estar injustificada por diversos motivos, sino más bien como el sustrato más básico de «nuestra ideología».

> La concepción de las relaciones sociales como contractuales subyace en el núcleo de nuestra ideología. (Gauthier, 1999b, 325)

Por «nuestra ideología» entiende el entramado común de ideas que los europeos occidentales y sus descendientes ideológicos en todas las partes del mundo sostienen de una forma prerreflexiva y que constituye la estructura profunda de su autocomprensión, es decir, de su autoconciencia (Gauthier, 1990b, 325-327).

Esta ideología, sin embargo, no es invariante ni espacial ni temporalmente. Cuando Gauthier sostiene que el contractualismo es nuestra ideología social, está afirmando que es una ideología que se puede detectar cada vez más claramente en Europa Occidental a partir del siglo XVII. Tampoco es una ideología completamente afianzada y omniabarcadora de todas nuestras conciencias, de modo que no deje resquicio a ninguna otra ideología. Más bien se trata de una tendencia consolidada en la historia de Occidente. Es el punto hacia el que se mueven cada vez más firmemente nuestras sociedades desde hace tres siglos (Gauthier, 1990b, 330).

Si ahora consideramos que Gauthier presenta su teoría de la moral por acuerdo como un intento refinado de reflejar fielmente esta concepción ideológica particular de las relaciones sociales, tendremos que concluir que la comprensión de su teoría es, en el fondo, un ejercicio de autocomprensión. Por este motivo, es fundamental preguntarse hasta qué punto debemos abrazar el contractualismo liberal más allá del mero ejercicio académico. Por lo que se refiere al problema particular del papel básico que juega la idea de dotación natural en el conjunto de la teoría de Gauthier, debemos preguntarnos si es cierto que esta idea forma parte de nuestra ideología. En

caso de que contestemos que sí, debemos preguntarnos, en segundo lugar, hasta qué punto esa idea es parte de una falsa ideología.

Respecto a la primera pregunta, podría estar de acuerdo con Gauthier en su diagnóstico general según el cual tendemos cada vez más a explicar nuestro comportamiento social en términos contractualistas. No es demasiado difícil toparse con personas -sobre todo de determinadas clases sociales- que defienden la idea de la aristocracia natural no solamente sobre el papel, sino también para justificar su posición social privilegiada. Pero es que, además, defender sobre el papel la tesis de la aristocracia natural es síntoma de que uno se siente parte integrante de una clase social e intelectual privilegiada. Resulta difícil imaginarse a alguien que defendiera las tesis de Gauthier y que, sin embargo, considerara sinceramente que su dotación natural no vale apenas nada. Es muy probable que la mayoría de los que hemos leído el libro de Gauthier, independientemente de que aceptemos o no sus tesis, nos hayamos pensado como parte integrante de aquel grupo de individuos privilegiados que tendrían derecho a negociar fuerte debido a su maravillosa dotación natural. Sería raro encontrar entre nosotros a alguien que se viera muy preocupado porque considerara que su dotación natural vale muy poco y que, por consiguiente, va a conseguir una porción miserable del resultado de la cooperación social. No es de extrañar, pues, que el contractualismo liberal tenga tantos adictos en el mundo académico y, sobre todo, en el mundo académico anglosajón. Es realmente difícil tener una forma de vida que te permita entender el libro de Gauthier y, más aún, aceptar sus tesis, si se es pobre y tonto a la vez. Es muy posible que nos guste el contractualismo porque nos gusta pensamos como pertenecientes a aquel grupo de privilegiados. Para eso, además, hemos inventado la teoría.

Según he dicho antes y a la luz de estas tendencias que acabo de apuntar, estaría de acuerdo con Gauthier en que nos deslizamos hacia formas de pensamiento social que están cada vez más en sintonía con los postulados del contractualismo liberal fuerte. Su teoría, en este sentido, bien podría ser una descripción adecuada de esta tendencia, que puede detectarse sobre todo en los individuos más privilegiados de la sociedad y en las sociedades más opulentas. Sin embargo, además del diagnóstico hay que considerar también si la sintomatología que describe no descansa sobre pilares de barro. Por consiguiente, hay que considerar ahora la segunda cuestión, la de si la ideología contractualista liberal es una falsa ideología.

Por lo que se refiere a esta segunda pregunta, Gauthier se limita a decir que «ideología» no quiere decir necesariamente «falsa conciencia» al estilo marxista. Ideología no es un concepto necesariamente peyorativo (Gauthier, 1990b, 325-326). También sostiene que detectar la existencia de una ideología contractualista asentada en el fondo de nuestra concepción de las relaciones

sociales y humanas, no significa lo mismo que asumir su defensa incondicionada.

> No estoy afirmando que la sociedad deba comprenderse o que podría entenderse, como si fuera contractual. Bien podría ser el caso que fuera absurdo entender la sociedad de esta manera. Lo que estoy haciendo es afirmar que nuestros pensamientos y acciones deben ser entendidos como si supusiéramos que todas las relaciones sociales tuvieran que ser racionalizadas en términos contractuales. (Gauthier, 1990b, 330)

Sin embargo, si la crítica que estoy haciendo al contractualismo de Gauthier es suficientemente sólida, entonces habría que afirmar que no debemos racionalizar todos nuestros pensamientos y acciones acerca de las relaciones sociales de una forma contractual. Y no es que no debamos hacerlo por una cuestión puramente sentimental, sino por atención a lo que parece que somos. Hago esta advertencia porque Gauthier catapulta toda crítica del contractualismo que él propugna al terreno de la sensiblería más indeseable.

> Después de la reflexión, quizás podríamos desautorizar el contractual ismo. Podríamos insistir en que hay mucho más en las relaciones humanas que las convenciones que resultan del acuerdo. El contractualista puede admitir esto en tanto y cuando sostenga que estas otras características de las relaciones humanas no son esenciales y que son un residuo sentimental del pasado o una pátina emocional que proporciona un aura más placentera a lo que, de otra manera, es un mero artificio. (Gauthier, 1990b, 330-331)

Pero no toda crítica al contractualismo -como el propio Gauthier admitiría al considerar quiénes han sido y son sus críticos- está fundada en las emociones o en lo que no es esencialmente humano. Más bien, hay que preguntarse justamente lo contrario, es decir, hasta qué punto nuestra pretendida ideología contractualista liberal no está basada en supuestos no argumentados y en intuiciones que son el residuo sentimental de un tipo de persona y de valores que no son éticamente neutrales, de un tipo de persona a la que le gusta considerar que tiene lo que se merece y que se debe enteramente a sí misma. En otras palabras, debemos preguntarnos por el contractualismo como ideología en sentido peyorativo y como falsa conciencia, aunque estemos forzados a considerar que es una ideología muy extendida entre ciertos individuos y sectores sociales influyentes.

Es interesante constatar que Gauthier no se cuestione el contractualismo de esta manera negativa. Una explicación plausible de por qué no lo hace así sería que el contractualismo y la obra escrita y académica de los contractualistas no sería simplemente el intento de reflejar fielmente nuestra ideología, asentada definitivamente o todavía por consolidar, sino que el contractualismo académico y su radio de acción e influencia, por pequeño o grande que pueda ser, contribuye activamente a consolidar y a creer en las

relaciones humanas como esencialmente contractuales. En este sentido, Gauthier sí defiende, indirectamente al menos, que las relaciones humanas son contractuales. Su obra es una aportación para asentar poco a poco estas ideas bajo el argumento de la autoridad académica.

Por tanto, según esta hipótesis, lo que delata el silencio sobre la cuestión del contractualismo como falsa conciencia, es que Gauthier, en el fondo, está defendiendo un tipo de ideas y de valores que no son en absoluto éticamente neutrales y que no constituyen simplemente una ideología, sino una ideología falsa. Las ideas de «hombre económico» y de «dotación natural» no son amorales. Por el contrario, están cargadas de connotaciones morales en tanto que con su uso se considera que, una vez aceptada la idea de dotación natural tal y como la construye Gauthier, es éticamente legítimo presionar en la mesa de negociación hasta donde haga falta siempre que se cumpla la salvaguarda, sin tener en cuenta para nada el problema de nuestro derecho a presionar de esta manera tan feroz.

Contra esta actitud, he sostenido que, como mínimo, hay que mantener una postura cautelosa que nos impida vernos a nosotros mismos como creadores exclusivos de nuestras cualidades y posesiones físicas y mentales, aunque eso no quiera decir que no debamos sentirnos en parte responsables de lo que tenemos y somos. He sostenido también que quien defienda esta tesis plausible y, según mi punto de vista, más realista que la de Gauthier, no puede ver en los cimientos de la teoría contractualista liberal una posición éticamente neutral. Pero es que todavía menos neutrales éticamente pueden verlos ciertas religiones y teorías morales que han constituido, y siguen constituyendo, el núcleo compartido y, según MacIntyre, caótico y deshilvanado, de nuestra ideología moral (MacIntyre, 198l). Hay religiones y teorías morales para las que nuestra valoración auto-glorificante de muchas de las pertenencias psicológicas y materiales que consideramos como nuestro tesoro más preciado y ganado a pulso es sólo la manifestación de una única actitud moral: la vanidad. Además, considerar la defensa de una supuesta dotación natural como una actitud vanidosa, es racional para estas religiones y teorías éticas, desde el momento en que aceptan que es imposible delimitar claramente, en el ámbito de nuestras habilidades físicas y mentales, entre lo que es puramente natural y lo que está construido socialmente. Ante la duda, lo éticamente valioso es aceptar que lo que tenemos no nos corresponde realmente.

Ante el dilema que nos plantea la necesidad de decidir entre estas tres posturas rivales -la dotación natural como propiedad asocial a nuestra exclusiva disposición, como circunstancia o como vanidad-, sólo cabe decir aquí que deberíamos pensar en su solución de una manera que no sea ni caprichosa ni esté subordinada a la defensa de ciertos intereses y valores morales

que fueran previos a la elección. Lo que he tratado de mostrar en estas páginas es que la doctrina de la aristocracia natural sobre la que se asienta la teoría contractualista de Gauthier debería ser un candidato eliminado de este dilema. En resumen, la defensa indirecta del contractualismo sosteniendo que se trata de una descripción abierta de nuestra ideología prerreflexiva, no sirve como razón suficiente para mantener la alternativa de Gauthier entre las opciones posibles. Su teoría es el reflejo de una falsa ideología. Y lo es porque aceptar su idea de hombre económico y de dotación natural como un dato absoluto es, de hecho, introducir una premisa moral en el inicio de su argumentación contractualista. Que es una premisa moral se destaca en cuanto se compare la valoración y uso que hace el hombre económico de la dotación natural con la valoración que se puede hacer de esta noción desde otros puntos de vista. Gauthier, por tanto, sí que introduce premisas morales en su argumentación contractualista. Gauthier delimita ciertos valores morales y los pone directamente en el centro de su teoría contractualista como si no estuvieran allí presentes. Para que no se note la presencia de estos valores morales nos dice que lo que hay en su lugar es el reflejo neutral de nuestra autoconciencia social, sin tener en cuenta que al intentar reflejar nuestra ideología contractualista se está contribuyendo a creer falsamente en ella.

5. Rawls y Gauthier: dotación natural y moralidad

En esta última sección quiero defender la tesis de que Gauthier no llega directamente a su caracterización de la dotación natural atendiendo a los datos más relevantes de que disponemos para hablar sobre su existencia, sino indirectamente a través de la discusión con John Rawls.

Como es sabido, la noción de «dotación natural» es clave para entender los debates internos dentro de la tradición contractualista contemporánea. Gauthier, como miembro destacado de esta tradición, no está en condiciones de cuestionar esta idea desde su raíz, como he intentado hacer aquí, sino que se limita a expurgarla de todos los problemas que se le han ido adhiriendo con el fin de hacerla más utilizable teóricamente. El que Gauthier haya aceptado los términos de la polémica dentro del contractualismo es, entre otras, unas de las razones por las que su teoría introduce supuestos no argumentados e indefendibles convirtiéndola así en un objeto más vulnerable a las críticas de lo que sería deseable.

Gauthier acepta acríticamente de Rawls la tesis de que existe una dotación natural. Sobre este terreno común, Gauthier discute con Rawls de qué forma debemos considerar la dotación natural en el estado de naturaleza previo al acuerdo moral y al establecimiento de los principios de la justicia social. Es aquí donde un autor y otro difieren profundamente. Sin embargo,

si mi crítica es adecuada, la discusión entre ellos y sus seguidores está mal enfocada desde su inicio. No hay que preguntarse por el papel y la valoración que merece la dotación natural en el conjunto de la teoría contractualista. Lo que hay que cuestionarse es la idea misma de dotación natural. Desde el momento en que tanto Rawls como Gauthier están ciegos para ver este problema, podemos concluir que ambos albergan presupuestos que descansan en una falsa concepción del sujeto social y moral. Lo que salga de una teoría que acepta la existencia de una dotación natural no puede ser otra cosa que un resultado altamente dudoso.

La controversia entre Rawls y Gauthier a propósito del rendimiento que extrae uno y otro del concepto de dotación natural es suficientemente conocida y aquí sólo la recordaré en sus líneas generales.

Rawls parte del supuesto de que la distribución de las habilidades que constituyen nuestra dotación natural no es algo que merezcamos (Rawls, 1971, 104). Éste es el motivo principal por el que hay que situar a los individuos detrás del velo de la ignorancia antes de que decidan cuáles son los mejores principios de justicia que deben regir las instituciones básicas de la sociedad. Para que esta decisión sea imparcial y justa, los sujetos deben desconocer cuál será su situación en la sociedad real por lo que se refiere a su posición social y económica, habilidades físicas y mentales, intereses concretos o planes de vida. El velo de la ignorancia asegura la imparcialidad del proceso de deliberación y de su resultado. Pero es que, además, puesto que no podemos reclamar un derecho exclusivo sobre nuestra dotación natural, dado que ésta está sujeta a contingencias de todo tipo que no deben determinar, desde un punto de vista moral, cómo hay que repartir el producto de la cooperación social, los individuos que deliberan sobre los principios de la justicia social considerarán los dones naturales de los miembros de la sociedad como un patrimonio común y los beneficios colectivos que procedan de la explotación de estos dones como susceptibles de ser distribuidos de acuerdo con el principio de la diferencia (Rawls, 1971, 101-102). En el fondo, pues, el velo de la ignorancia tiene la función de mitigar al máximo los efectos de una hipotética lotería natural a la hora de elegir justa y racionalmente los principios de la justicia social. Ésta es la justicia como equidad.

Gauthier, sin embargo, considera que el velo de la ignorancia de Rawls es demasiado grueso e impide que la teoría contractualista tome en serio la noción de individualidad. El peligro de la teoría de Rawls es que si se hace desaparecer toda diferencia individual en el punto de partida de la negociación, entonces, debido a las condiciones de extrema incertidumbre bajo las que son elegidos los principios de la justicia, las personas reales no podrán identificarse retrospectivamente con el pacto al que se ha llegado (Gauthier, 1993a, 156). El temor de Gauthier es, por tanto, que la teoría de

Rawls carezca de toda plausibilidad social real y, ala larga, de todo interés tanto para los especialistas como para los que no lo son. Dicho de otra forma, el argumento contractualista resultará verosímil desde el punto de vista particular de cada miembro de la sociedad si y sólo si cada uno puede comprobar que, dada su situación, no hay mejores principios de la justicia, aceptables por todos, que los que han sido elegidos. Gauthier niega que Rawls pueda ofrecer esta garantía, sobre todo a los individuos que han sido muy favorecidos por la lotería natural. Estos individuos considerarán, tras el pacto, que se encuentran en una posición de contribuyentes cuasi netos a la empresa social con relación a otros miembros de la sociedad. Como consecuencia, estos individuos podrían recusar el pacto alcanzado sobre la base del velo de la ignorancia de Rawls. En tanto que individuos racionales maximizadores, rechazarán el pacto por no ser racional.

Para que esta recusación no tenga lugar, Gauthier considera que hay que sostener firmemente la existencia de una dotación natural distintiva que puede establecerse al margen de cualquier proceso social de constitución, porque sólo así cada individuo puede calcular qué parte de los bienes que actualmente disfruta es un verdadero beneficio cooperativo, y qué parte corresponde a lo que de todas formas habría tenido en caso de no haberse llegado a un acuerdo. Los principios de la justicia social se deben aplicar sobre el excedente que resulta de la cooperación social y no sobre los bienes que uno habría disfrutado de todas las maneras aunque no hubiera habido cooperación social. Si de esta manera se firma un contrato social, entonces los individuos que han sido muy beneficiados, por la lotería natural podrán estar seguros de que la cooperación social no les convierte en contribuyentes natos. Son éstos los motivos internos que llevaron a Gauthier a defender cierta versión de la idea de «dotación natural» y a darle un nuevo juego dentro de la tradición contractualista.

Sin embargo, reivindicar el derecho de utilizar la dotación natural como base para establecer los principios del reparto justo del excedente social cooperativo resta también plausibilidad social real y, a la larga, interés, a la teoría de Gauthier, porque es muy difícil identificarse con sus individuos negociadores si no se defiende a pies juntillas y antes de toda argumentación un tipo de valores morales como los de Calicles. Una vez más, el problema verdadero es el de ponderar de una forma justa, si es que puede hacerse, hasta dónde se debe presionar a los demás teniendo en cuenta que las dotaciones naturales no son creaciones originales nuestras. Éste era un problema que, sin embargo, Gauthier dejó totalmente al margen porque lo que primariamente le interesaba era criticar a Rawls y superar las posibles deficiencias de su teoría. Pero esta crítica le llevó a un terreno difícilmente defendible

cuando no se aceptan las premisas que aporta la tradición contractualista contemporánea.

Dentro de esta inercia de disputa interna en el seno del contractualismo, es también comprensible que Gauthier no haya sopesado tampoco la posibilidad de que todo lo que suena a una reclamación, sea parcial o exclusiva, de las habilidades mentales y físicas de que disfrutamos y de los beneficios que su uso no coactivo nos reporta, sea visto como expresión de la vanidad. Desde este punto de vista más radical, más allá del hecho de que el hombre económico sea el hombre auto-interesado, el hombre económico es el hombre vanidoso y bien pagado de sí mismo. Si no me dan lo que yo pido en la mesa de negociación de una manera que yo considere justa según el principio de la concesión relativa minimax, me retiro de ella porque siempre tengo mi dotación natural y esa dotación no se la debo a nadie.

Bien sean las teorías que consideran que no cabe una definición presocial del individuo, o el Eclesiastés, para el que todo es vanidad, quienes tengan razón, lo que es seguro es que la teoría de Gauthier sólo puede funcionar como descripción refinada de una falsa conciencia social.

BIBLIOGRAFÍA

Gauthier, David (1986). *Morals by Agreement.* Oxford: Clarendon Press. Versión española *La moral por acuerdo.* Barcelona: Gedisa, 1994 (trad. Alcira Bixio).

- (1988), «Moral artifice». *Canadian Journal of Philosophy,* Vol. 18, pp. 385-418.
- (1989). «¿Por qué contractualismo?» *Doxa,* 6: 19-38. (Trad. Silvia Mendlewiez y A. Calsamiglia).
- (1990a). «Justice and Natural Endowment: Towards a Critique of Rawls's Ideological Framework». En *Moral Dealing. Contract, Ethics and Reason.* Gauthier, David. Ithaca: Cornell University Press: 150-170.
- (1990b). «The Social Contract as Ideology». En *Moral Dealing. Contract, Ethics and Reason.* Gauthier, David. Ithaca: Cornell University Press: 325-354.

Goodin, Robert E. (1993). «Equal rationality and initial endowments». En *Rationality, Justice and the Social Contract. Themes from Morals by Agreement.* Sudgen, Robert y David Gauthier (eds.). Ann Arbor: The University of Michigan Press: 116-130.

Gutiérrez López, Gilberto (1989). «Racionalidad consecuencialista y restricciones deontológicas». En *El fundamento de los derechos humanos.* Gregorio Peces-Barba Martínez (Ed.) Madrid: Debate, pp. 195-201.

Harsanyi, J. C. (1955). «Cardinal welfare, individualistic ethics and interpersonal comparison of utility». *Journal of Political Economy*, vol. 63: 309-321.

MacIntyre, Alasdair (1981). *After Virtue. A Study in Moral Theory.* Notre Dame: University of Notre Dame Press.

Rawls, John (197 1). *A Theory of Justice.* Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press.

Sugden, Robert (1993a). «The Contractarian enterprise». En *Rationality, Justice and the Social Contract. Themes from Morals by Agreement.* Sugden, Robert y David Gauthier (eds.). Ann Arbor: The University of Michigan Press: 1-23.

-(1993b). «Rationality and impartiality: Is the contractarian enterprise possible?». En *Rationality, Justice and the Social Contract. Themes from Morals by Agreement.* Sugden, Robert y David Gauthier (cds.). Ann Arbor: The University of Michigan Press: 157-175.

KYMLICKA EN PRO DE UNA CIUDADANÍA DIFERENCIADA

Will Kymlicka, director de investigaciones del Centro Canadiense de Filosofía y Política Pública del Departamento de Filosofía de la Universidad de Ottawa, es autor de otros conocidos libros como *Liberalism, Community and Culture* (1989) y *Contemporary Political Philosophy* (1991), traducido en editorial Ariel con el título *Filosofía política contemporánea* (1995).

En *Ciudadanía multicultural*[1], Kymlicka realiza un análisis riguroso y equilibrado de la integración de las minorías culturales en sociedades con una cultura mayoritaria dominante. Asombra que un investigador medianamente joven se enfrente a un tema tan cargado de apasionamientos con una serenidad intelectualmente envidiable. Su exposición es pedagógica y clara. Deslinda y define bien los conceptos, argumenta siguiendo un hilo conductor y concluye con coherencia.

Con independencia de que se compartan o no algunas de sus opiniones, buena parte del libro se nutre de datos históricos documentados que contribuyen a aumentar los conocimientos de cualquier persona. De modo que es una buena terapia para dos tipos de enfermedades: la de aquellos que exageran el derecho a su cultura y no respetan los derechos de los demás, y la de quienes tienen fobia a las diferencias.

Kymlicka parte de una teoría liberal del Estado, pero a la vez acepta la importancia que tiene la cultura en el desarrollo de la personalidad de cada individuo. Aboga en consecuencia por la existencia y la defensa de la identidad cultural de los grupos sociales o de los pueblos.

Conviene aclarar que el liberalismo que Kymlicka defiende no es el que hoy se identifica con el neoliberalismo económico. Cuando a lo largo del

[1] KYMLICKA, WILL. *Ciudadanía Multicultural*. Ed. Paidós, 303 pp. Barcelona. 1996. Original *Multicultural Citizenship*. Oxford University Press. Oxford. 1995. 280 pp.

texto se habla de «principios liberales», en muchas ocasiones ese término equivale a defender los derechos civiles individuales, que fueron reclamados por el liberalismo, y que hoy están recogidos en la mayoría de las constituciones occidentales. Este liberalismo insiste en que la base de las sociedades democráticas modernas es el respeto a la libertad del individuo.

La novedad de esta obra radica en que Kymlicka intenta demostrar que la teoría política liberal no debe defender sólo los derechos de los individuos, sino también los derechos de los diferentes grupos culturales. Hasta ahora muchos liberales han visto en esto una oposición o una incompatibilidad. En cambio, Kymlicka sostiene que dentro de los derechos del individuo se encuentra el derecho a mantener o elegir la cultura en la que quiere desarrollar su vida; un elemento esencial es el lenguaje que cada grupo humano utiliza: «Una teoría liberal de los derechos de las minorías debe explicar cómo los derechos de las minorías coexisten con los derechos humanos, y también cómo los derechos de las minorías están limitados por los principios de la libertad individual, democracia y justicia social. Tal explicación constituye justamente el objetivo de este libro» (p. 19).

Para deslindar campos, Kymlicka distingue entre Estados «multinacionales» (donde la diversidad cultural surge de la incorporación de culturas que anteriormente poseían autogobierno y estaban concentradas territorialmente a un Estado mayor) y Estados «poliétnicos» (donde la diversidad cultural surge de la inmigración individual y familiar). Y a partir de ahí explica la distinta situación de «minorías nacionales» (en Estados multinacionales) y «grupos étnicos» (en Estados poliétnicos) (pp. 19-20).

Las primeras se caracterizan por ser grupos culturales preexistentes en un territorio concreto, y que son invadidos contra su voluntad, o pasan a formar parte de otra nación con otra cultura mayoritaria, como consecuencia también de un proceso de federalismo o por distintos acuerdos.

En la inmigración, en cambio, un individuo o un grupo familiar deciden cambiar de nación y se trasladan a un país de cultura diferente, pero esto lo hacen voluntariamente, eligen ese país, nadie les obliga a ello. Luego la reclamación de sus derechos culturales es diversa a la del primer caso. Los inmigrantes no tienen derecho a exigir el autogobierno, pero sí que tienen derecho a exigir un respeto institucional y legal a la expresión de su propia identidad.

En pro de una ciudadanía diferenciada

Algunos liberales han mantenido que así como el Estado liberal mantiene la separación entre Estado y religión, del mismo modo el Estado liberal debe construirse de espaldas a las diversas culturas a las que sus ciudadanos pertenecen, es decir sin distinguir entre sus ciudadanos por razón de su pertenencia

a un determinado grupo cultural. El ciudadano liberal sería en la vida pública un ciudadano neutral, y sólo reflejaría su pertenencia cultural en su vida privada. Utilizando el lenguaje del autor, es lo que se ha denominado «una omisión bienintencionada».

Esto, dirá Kymlicka, es una utopía que no responde a la realidad. Además de los derechos comunes de todos los ciudadanos es posible defender la necesidad de una *ciudadanía diferenciada*, según la cual el Estado tiene obligación de adoptar «medidas específicas» en función de la pertenencia grupal orientadas a acomodar las diferencias nacionales y étnicas.

Existen, al menos, tres formas de derechos diferenciados en función de la pertenencia a un grupo:

(1) derechos de autogobierno (la delegación de poderes a las minorías nacionales, a menudo a través de algún tipo de federalismo);

(2) derechos poliétnicos (apoyo financiero y protección legal para determinadas prácticas asociadas con determinados grupos étnicos o religiosos);

(3) derechos especiales de representación (escaños garantizados para grupos étnicos o nacionales en el seno de instituciones centrales del Estado que los engloba) (p. 20).

La reclamación del pensador canadiense es muy clara; a los grupos nacionales o grupos con una etnicidad específica se les debe reconocer una *identidad política permanente* con un estatus constitucional.

Existe una diferenciación permanente en los derechos o estatus de los miembros de ciertos grupos. Es necesario su reconocimiento para evitar que esas diferencias culturales no se pierdan o desaparezcan.

Las teorías tradicionales de los derechos humanos no han dado una solución a esta cuestión. La propia Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU no reconoció ningún derecho relacionado con los derechos étnicos o de minorías nacionales.

El valor de la pertenencia grupal

Kymlicka intenta hacer ver que la cultura no es un sobreañadido a los derechos individuales de la persona, sino que está intrínsecamente unida a la libertad del individuo, es decir también sería antiliberal imponer una cultura a un individuo o a un grupo, usando la fuerza y contra la voluntad de los mismos. Si la cultura no fuera un valor, sería más cómodo y muchas *veces más barato* homogeneizar. Por lo tanto, hay que garantizar la identidad cultural dentro del marco del liberalismo. «Los principios básicos del liberalismo son principios de libertad individual. Los liberales únicamente pueden aprobar los derechos de las minorías en la medida en que éstos sean consistentes con el respeto a la libertad o autonomía de los individuos» (p. 111). Kymlicka demuestra que los derechos de las minorías no sólo son

compatibles con la libertad individual, sino que pueden de hecho promoverla porque la causa de la libertad muchas veces encuentra sus bases en la autonomía de un grupo nacional. (Capítulo V, Libertad y cultura).

A lo largo de la historia las minorías han sido maltratadas en distintos grados, que van desde la eliminación física, la expulsión, la limpieza étnica, el genocidio, o fueron asimiladas por la fuerza, o segregadas, sin concederles los derechos del resto de la población. Al negar estos derechos además de cometer una injusticia lo único que se ha logrado es exacerbar los conflictos etnoculturales: «Así mayorías y minorías se enfrentan cada vez más respecto de temas como los derechos lingüísticos, la autonomía regional, la representación política, el currículum educativo, las reivindicaciones territoriales, la política de inmigración y naturalización, e incluso acerca de símbolos nacionales, como la elección del himno nacional y de las festividades oficiales» (p 13).

Pretender la separación entre Estado y cultura es absurdo. Hoy más que nunca las sociedades liberales deben responder a cuestiones relacionadas con las minorías culturales, entre las que Kymlicka señala:

«¿Qué lenguas deberían aceptarse en los Parlamentos, burocracias y tribunales?, ¿se deberían dedicar fondos públicos para escolarizar en su lengua materna a todos los grupos étnicos o nacionales?, ¿se deberían trazar fronteras internas (distritos legislativos, provincias, Estados) tendentes a lograr que las minorías culturales formen una mayoría dentro de una región local?, ¿debería devolver poderes gubernamentales el nivel central a niveles locales o regionales controlados por minorías concretas, especialmente en temas culturalmente delicados como la inmigración, las comunicaciones y la educación?, ¿deberían distribuirse los organismos políticos de acuerdo con un principio de proporcionalidad nacional o étnica?, ¿se deberían conservar y proteger las zonas y lugares de origen tradicionales de los pueblos indígenas para su exclusivo beneficio, protegiéndoles de la usurpación de los colonos o de los explotadores de recursos?, ¿qué grado de integración cultural puede exigirse de los inmigrantes y los refugiados antes de que adquieran la ciudadanía?» (pp. 17-18).

Los derechos diferenciados en función del grupo.
Restricciones internas y protecciones externas

Según el profesor canadiense, los procedimientos vinculados a los derechos humanos no son capaces de resolver estas controvertidas cuestiones. Por eso él defiende la necesidad de formas de ciudadanía en función del grupo.

Especialmente esclarecedor resulta el análisis que Kymlicka presenta sobre la interminable discusión entre defensores y detractores de los derechos

colectivos. Esta noción resulta para el pensador canadiense confusa e innecesaria. A su juicio es más apropiado hablar de derechos especiales o derechos diferenciados en función del grupo. Este concepto rompe con la supuesta incompatibilidad o conflicto entre derechos individuales y derechos de determinados grupos culturales o colectivos, y en otras ocasiones con la supuesta necesidad de su jerarquización.

Muchos liberales temen que los derechos colectivos reivindicados por los grupos étnicos y nacionales vayan en contra de los derechos individuales. Para aclarar esta cuestión, Kymlicka distingue entre dos tipos de reivindicaciones que un grupo podría hacer.

Por una parte, para preservar su identidad algunos grupos étnicos o nacionales pretenden imponer algunas restricciones internas a los componentes de ese grupo *(relaciones intragrupales)*. Pretenden usar el poder del Estado para restringir la libertad de sus propios miembros en nombre de la solidaridad del grupo o la pureza cultural («restricciones internas»). «Esto plantea el peligro de la opresión individual» (p. 59). Aquí las libertades civiles y políticas básicas de los miembros del grupo se ven restringidas.

Otros, sin embargo, exigen el derecho de un grupo a limitar el poder político y económico ejercido sobre dicho grupo por la sociedad de la que forma parte, con el objeto de asegurar que los recursos y las instituciones de las que depende la minoría no sean vulnerables a las decisiones de la mayoría («protecciones externas» que implican *relaciones intergrupales*). Esto plantea el problema de la justicia o injusticia entre grupos. «El primer tipo de restricciones implica la reivindicación de un grupo contra sus propios miembros; el segundo implica la reivindicación de un grupo contra la sociedad en la que está englobado... El primer tipo de restricciones tiene el objetivo de proteger al grupo del impacto desestabilizador del *disenso interno* (por ejemplo, la decisión de sus miembros de no seguir las prácticas o las costumbres tradicionales)... mientras que el objetivo del segundo es proteger al individuo del impacto de las *decisiones externas* (por ejemplo, las decisiones políticas y económicas de la sociedad mayor)» (p. 58).

Kymlicka piensa que el segundo tipo, «las protecciones externas», no entran en conflicto con los principios liberales que protegen la libertad individual. Estas protecciones «únicamente son legítimas en la medida en que fomentan la igualdad entre los grupos, rectificando las situaciones perjudiciales o de vulnerabilidad sufridas por los miembros de un grupo determinado» (p. 212).

Las protecciones externas, es decir, «la concesión de derechos especiales de representación, de reivindicaciones territoriales o de derechos lingüísticos a una minoría no necesita, y muchas veces no implica, una posición

de dominio sobre otros grupos» (p. 60).Esto último no va contra la justicia, sino que puede ser un derecho compatible con el liberalismo y con los derechos individuales.

Estos derechos diferenciados en función del grupo, que ya han sido citados, son los derechos de autogobierno, derechos poliétnicos y derechos especiales de representación (cf. p. 61). Protegen a un grupo cultural frente a otro grupo, en general mayoritario, pero a su vez respetan los derechos individuales de los componentes del grupo.

Sin embargo no ocurre lo mismo con las restricciones internas. Las políticas públicas de países liberales no han aprobado nunca legalmente imposiciones de costumbres que vayan contra las Cartas de Derechos Humanos, tales como matrimonios forzados u acordados, la clitoridectomía, la supresión del derecho a la propiedad por conversión religiosa, el reconocimiento de los divorcios mediante el *talaq*, costumbre islámica de repudio de la mujer, el sometimiento forzado a ceremonias de iniciación en tribus indias, la discriminación de las niñas en materia educativa, la prohibición a las mujeres del derecho al voto o al ejercicio del poder, etc.

¿Habría que admitir esas costumbres en nombre del respeto a la estructura interna de la comunidad? Un liberal no puede admitir que se viole la libertad del individuo en aras de salvaguardar la identidad del grupo, ni puede admitir que el individuo no tenga derecho a revisar las autoridades y prácticas tradicionales.

El término derechos colectivos resulta confuso porque hay diversas formas de ciudadanía diferenciada. «Los derechos diferenciados en función del grupo pueden ser otorgados a los miembros individuales de un grupo o al grupo como un todo, o a un Estado/provincia federal dentro del cual el grupo en cuestión constituye la mayoría» (p. 72). Son derechos diferenciados en función del grupo porque todos ellos se otorgan en función de la pertenencia cultural. Ejemplos que corresponden a esas situaciones diversas son por ejemplo, del primer caso los derechos de los canadienses de habla francesa a procesos judiciales en francés en cualquier parte del país a expensas del gasto público, o el derecho de un grupo de padres francófonos a exigir una escuela francesa allá donde el número de niños lo justifique, o el de grupos como un todo serían los derechos especiales de caza y pesca de los pueblos indígenas en Canadá. «La justicia entre grupos exige que a los miembros de grupos diferentes se les conceda derechos diferentes» (p. 76).

En resumen, dice Kymlicka, «una perspectiva liberal exige *libertad dentro* del grupo minoritario, e *igualdad entre* los grupos minoritarios y mayoritarios» (p. 212).

La tolerancia y sus límites

Las democracias liberales pueden acomodar y adoptar muchas formas de diversidad cultural pero no todas. Y este punto supone el límite de lo que un liberal puede tolerar, como expone en uno de los más esclarecedores capítulos de este libro. Un liberal no puede aceptar las restricciones internas, la idea de que resulta moralmente legítimo para un grupo oprimir a sus miembros en nombre de la solidaridad grupal, la ortodoxia religiosa o la pureza cultural. Tal conducta conculca el compromiso liberal con la autonomía individual. Pero también pone límites a las protecciones externas, cuando esto supone que un grupo oprima o explote a otro, como en el *apartheid* (pp. 211-212).

¿Se podría acusar por ello al liberalismo de sectario? No, porque nadie está autorizado en nombre de la defensa de la identidad del grupo a no respetar los derechos civiles o las libertades políticas de sus miembros.

Este límite no es imponer un tipo de cultura sobre otra sino respetar los derechos civiles. En definitiva no es más que respetar los derechos humanos que figuran positivizados en la mayoría de las constituciones del mundo. Los grupos deben respetar los derechos de sus miembros a la disidencia y también la capacidad crítica de replantearse sus propios valores, así como la libertad de conciencia de cada individuo, que no puede ser usurpada por el grupo. Cada persona racional y autónoma es libre de replantearse cuando quiera sus propias metas en la vida.

Por tanto, Kymlicka rechaza enfáticamente algunas de las propuestas de comunitaristas como Sandel en este punto. Según este último el individuo pertenece de un modo fijo a una comunidad cultural más allá de cualquier cuestionamiento racional.

Convencer con el diálogo y la razón, pero no imponer por la fuerza

Pero ¿qué hacer cuando una minoría nacional autogobernada adopta prácticas iliberales respecto a sus propios miembros? ¿Los Estados liberales deberían imponer el liberalismo a estas minorías ¡liberales? (pp. 22).

Sin embargo el hecho de que un liberal esté autorizado a juzgar como injustas determinadas situaciones no le autoriza a imponer de un modo coactivo sus principios ni siquiera a los que no respetan los derechos de los demás. «Tanto los Estados extranjeros como las minorías nacionales constituyen comunidades políticas distintas, con sus propios derechos al autogobierno. En ambos casos, los intentos de imponer los principios liberales por la fuerza se perciben como una forma de agresión o de colonialismo paternalista. Y, a consecuencia de ello, estos intentos acaban en un profundo fracaso» (pp. 230-23 1). Además la historia demuestra, como se ha visto en la descolonización en África, que esto es ineficaz.

Una excepción discutible sería la intervención justificada en casos de violación sistemática de los derechos humanos, como la esclavitud, el genocidio, la tortura, las expulsiones masivas, limpieza étnica; pero ésta podría ser hecha sólo por un organismo internacional aceptado como la ONU, no por individuos o grupos de países (p. 229 y 233).

Esto tampoco justifica el conformismo. En una sociedad liberal se puede exigir a quienes se integran desde fuera a esa sociedad que asuman la obligación de cumplir con los derechos civiles. Pero en el caso de las minorías con autonomía que no hacen gala de liberalidad no se debe interferir coactivamente, pero se puede tratar de dialogar y utilizar vías racionales. «Esto no significa que los liberales deban quedarse al margen y no hacer nada. Una minoría nacional que gobierna de manera iliberal actúa injustamente, y los liberales tienen el derecho, y la responsabilidad, de manifestar su disconformidad ante esta injusticia. Por tanto, los reformistas liberales de estas culturas deberían intentar promover sus valores liberales, mediante las razones o el ejemplo, y los liberales ajenos a ellas deberían prestar su apoyo a todas las iniciativas del grupo encaminadas a liberalizar su cultura» (p. 231-232). En el caso de que sean otros países sólo será posible influir a través de mecanismos internacionales, pero esto nunca justifica la intervención.

Inmigración y diversidad cultural

Kymlicka analiza muy bien la situación americana, sobre todo de los países receptores de inmigración. Es un buen conocedor de la situación de Canadá, con sus minorías indias y el hecho diferencial de Quebec; de la inmigración en EE. UU. y del autogobierno de los portorriqueños, chicanos, indios americanos, de la problemática de los afroamericanos que merecen un tratamiento aparte; de los indígenas en Latinoamérica. Hay que distinguir los procesos de modernización en cualquier grupo cultural, del hecho de que las culturas indígenas tengan que desaparecer o del hecho de que tengan que ser obligadas a homogeneizarse adoptando la cultura mayoritaria.

Su actitud es muy respetuosa con la voluntad de los integrantes de los grupos culturales. En este punto hace gala de un liberalismo también coherente.

Aporta así un marco conceptual interesante desde el que se podrían examinar dos problemas típicamente europeos y que no se han dado en América. Uno es el de la confrontación del islamismo con la cultura liberal europea, fenómeno realmente preocupante en el Viejo Continente, y que puede desestabilizar la sociedad europea. El otro son los nacionalismos que pueden dar lugar a secesiones, no siempre pacíficas.

Kymlicka prudentemente afirma que cada caso merece un tratamiento diferente. Lo que es aplicable a una situación no lo es en otra. Así insiste en la diferente actitud de los grupos nacionales, que suelen reclamar su autogobierno,

y la de los inmigrantes, que persiguen la integración dentro de las instituciones y del marco legal del país de acogida, lo que no es obstáculo para que quieran además mantener sus tradiciones y su identidad cultural.

La actitud de Kymlicka ante la inmigración y la diversidad cultural que ésta genera es altamente positiva. Ante el miedo que ha surgido en EE. UU. ante las reclamaciones de los derechos étnicos afirma Kymlicka que «El inevitable, y en el fondo deseable, hecho de los intercambios culturales no debilita la afirmación de que existen distintas culturas societales» (p. 105). Al contrario de lo que están haciendo muchos liberales en Estados Unidos, no propugna un sincretismo. Deja muy claro que la cultura americana, mal llamada *melting pot*, es en realidad una cultura anglosajona, no una síntesis de varias. Los inmigrantes europeos que fueron llegando se integraron en esta cultura. La vida política y las instituciones públicas y la enseñanza se hacían en inglés, existía una religión dominante (el cristianismo), obedecían a una cultura concreta, no eran neutrales, y hoy sigue siendo así.

Indudablemente se observa una evolución en la actitud y en la procedencia de los inmigrantes de EE. UU., a lo largo de este siglo. Los de la primera oleada fueron europeos y se fundieron en la cultura de los primitivos colonos de origen anglosajón. La segunda oleada está formada por orientales e hispanos, con un mayor afán de conservar sus raíces.

Otro problema diferente es el de los exiliados y refugiados que no es un fenómeno voluntario. En general estas personas ven su situación como provisional, aunque algunos acaban transformándose en inmigrantes.

En definitiva, un libro que invita a la reflexión serena, pionero y que introduce claridad en un debate muchas veces confuso.

E N T R E V I S T A

ENTREVISTA A GUSTAVO BUENO

Manuel Atienza.-¿Cuál sería, a grandes rasgos, su biografía intelectual, poniendo énfasis en los puntos de contacto con el Derecho?

Gustavo Bueno.-El primer punto de contacto es que estudié Derecho, aunque no terminé la carrera. En Zaragoza, año 1941 ó 1942, me matriculé en la Facultad de Derecho, juntamente con la Facultad de Filosofía y asistiendo a clases de Medicina, porque estaba dudando en la alternativa a seguir. El Derecho me interesó muchísimo, por lo menos en los primeros cursos. Me parece que llegué hasta tercero o algo así. El Administrativo me espantó.

M.A.-¿Y el Derecho natural?

G.B.-El Derecho natural me gustaba mucho. También estudié Derecho Civil; confieso que me interesaba muy poco. En cambio, me interesó mucho después, a posteriori, al cabo de los años. Recuerdo que me compré los famosos tomos de Castán a los cinco o seis años, para leerlos por puro interés, por pura curiosidad, por meterme un poco en el juego. Luego, me despegué enteramente de los intereses por el Derecho en general, aunque siempre mantuve un interés grande, que ha sido muy intermitente, claro. En los años 50, tuve bastante contacto a través de Antón Oneca, que era catedrático de Derecho Penal en Salamanca. Con él conviví tres o cuatro años en un Colegio Mayor. Todavía tengo yo en casa obras suyas sobre Dorado Montero-, tenía trabajos sobre el asunto y artículos que me dejaba; era un hombre mayor que yo, hijo del famoso Antón, el antropólogo, y tenía una perspectiva muy curiosa, se ve que estaba influido por su padre, por la antropología y demás. El otro punto de contacto, que recuerde, fue en Oviedo con el profesor Atienza y Elías Díaz. Se trataba de una Facultad de Derecho muy en auge. Por los años setenta pudo ser aquello...

M.A.-Comienzos... sí, de los setenta.

G.B.-Y teníamos mucho contacto: precisamente, yo estuve en la tesis doctoral del profesor Atienza sobre La *Filosofía del Derecho en Argentina...*

M.A.-Así es.

G. B.-... interesantísima por la abundancia de información y de análisis. Recuerdo además que las facultades de Derecho eran mucho más formalistas que las nuestras en general, pero en Oviedo sobre todo. Recuerdo que casi sin enterarme, cuando estábamos preparando la entrada al Tribunal, me encajetaron allí una toga y tuve que ir con toga al Tribunal; la primera vez que me la ponía en toda mi carrera, pues he pretendido evitarlo en lo posible. Precisamente, otra vez que también coincidimos en Oviedo fue el año pasado, pero entonces ya estaba acostumbrado ¿verdad? Ya me puse la toga porque me la había tenido que poner varias veces. Yo soy el primero en reconocer que merece la pena hacer una ceremonia de verdad, para hacerlas bien.

M.A.-¿Cómo trazaría usted su evolución intelectual, tratando de resumir en la medida en que se pueda?

G.B.-Ayer hablábamos de la palabra evolución. En un sentido amplio, depende de la escala en que te pongas, porque muchas veces también se tiene la impresión -sobre todo cuando se está a muchos años de distancia de lo que fueron tus comienzos- de que no te has movido nunca de la misma situación. Recuerdo perfectamente cuáles fueron las primeras páginas que yo escribí y que no sabía que eran filosofía. El primer problema que se puede llamar filosófico era a cuenta de un profesor de ciencias naturales que yo tenía en Zaragoza, que nos decía, haciendo clasificaciones de plantas y animales, de un modo muy solemne y muy terminante: «la excepción confirma la regla». La fórmula me producía una impresión, una fascinación, pues yo no entendía aquello. Recuerdo que debía estudiar sexto curso o séptimo de bachillerato y escribí unas hojas en un cuaderno sobre esto. Pregunté en qué Facultad, en qué sitio, había que estudiar esto, y me dijeron que esto era filosofía. Y por eso me dediqué a la filosofía.

M.A.-Lo mismo le podrían haber dicho: «esto es Derecho».

G.B.-Lo mismo, es exactamente lo mismo, pero como el canal había sido las ciencias naturales, las taxonomías... Pero lo mismo es. Exactamente lo mismo. «La excepción confirma la regla» plantea todos los problemas de las leyes científicas, de las normativas jurídicas. No es una cuestión puramente de adolescente, es absolutamente fundamental; quiero decir que no fueron problemas de índole metafísica, era más bien un problema de tipo lógico. De manera que mi orientación inicial fue por las ciencias naturales. Yo tenía un interés muy grande por la biología. En aquél tiempo no había biología: había medicina, había que ser médico, y a mí ser medico no me interesaba, tenía la experiencia de mi familia, que eran médicos pero no eran científicos, y a mí me interesaba la medicina en su parte biológica. Este interés contribuyó a que estuviera muy en contacto con el tema: yo iba a las clases de anatomía en Zaragoza y luego volví en Salamanca. Después me interesé mucho

por la lógica y por las matemáticas. Durante los primeros años explicaba lógica; luego, tuve que explicar antropología por razones extrínsecas: cuando se creó la Facultad de Filosofía en Oviedo no había catedráticos, ni había disciplina, ni gente y me encargué yo de esta asignatura. He estado casi quince años con ella. Por otra parte, me interesó muchísimo, claro, la escogí a propósito. últimamente me intereso mucho por cuestiones jurídicas.

M.A.-Y por cuestiones políticas.

G.B.-Sí, por cuestiones de filosofía política y por cuestiones de filosofía de la religión, por supuesto.

M.A.-Esto desde el punto de vista temático. ¿Y desde el punto de vista de la orientación filosófica?

G.B.-¿De la orientación? Pues bien, por las razones que me ha tocado a mí desarrollar, ha sido una orientación muy ecléctica. En principio, tuve una influencia muy grande de toda la escolástica en Salamanca. Hay que decir que yo estaba en posiciones personales que podríamos llamar de un racionalismo ilustrado tipo volteriano. Para algunos jóvenes estudiantes, la formación era Voltaire, era Anatole France; esa ideología, en la época de los años cuarenta y cincuenta, era completamente imposible manifestarla. Eramos un grupito de amigos que, más o menos, manteníamos esa cantinela ¿no? Pero, independientemente de esto, la afirmación de que a mí me interesó mucho la escolástica, en los años cincuenta en Salamanca, no tiene ninguna relevancia en aquella época donde era la doctrina oficial. Por eso puede resultar curioso o paradójico desde la posición en la que yo estaba. Descubrí aquella cantidad de infolios que yo no había visto nunca juntos, por una bibliotecaria que era amiga de prestárnoslos. Ahora ya aquello está como un museo: ya no dejan sacar los libros, están encerrados. Pero en aquellos años los libros te los podías llevar a casa. Al mismo tiempo, encontré en Salamanca una bibliografía espléndida de lógica: Círculo de Viena, Bertrand Russell, etc.

M.A.-¿Podría decirse que en algún momento, vinculado con algún tipo de suceso, usted empezó a tener una concepción materialista de la filosofía?

G.B.-Ya, muy bien. En Salamanca conocí a Tierno Galván, tuve mucha relación con él. Mi orientación era más bien...

M.A.-¿Hablamos de los años cincuenta?

G.B.-Sí, años cincuenta. Mi orientación era siempre de índole materialista; lo que pasa es que era un materialismo sin definir: era Aristóteles tomado siempre desde esa perspectiva. Era Spinoza. El tratado de Spinoza lo leía yo metido en las tapas de un devocionario cuando había que ir a misa, para poderlo leer, porque aquello era imposible, de manera que para mí Spinoza era una especie de libro... casi de... un devocionario, realmente hacía

las funciones de un libro de misa. El marxismo, concretamente, yo lo descubrí también a través de los escolásticos.

M.A.-¿A saber?

G.B.-Por ejemplo, un libro del Padre Llovera que debo tener en casa, podía ser de los años 1912 ó 1920. Se llamaba Sociología Cristiana. Lo que no me acuerdo es si estaba en latín o en español. Era un tratado escolástico que debía de ser una novedad, porque la sociología era una disciplina un poco exógena para la filosofía escolástica, pero aplicaba allí aquel señor los temas de la cuestión social, que se llamaba en el siglo pasado. De manera que era un índice muy atractivo porque hablaba de cuestiones políticas, sociales, económicas, de la cuestión obrera y demás. En alguno de aquellos capítulos, hablaba del marxismo. Eran quince o veinte páginas. Yo lo volví a releer al cabo de los años para compararlo con Martha Hannecker; con todos los respetos para Martha Hannecker, creo que era superior lo del Padre Llovera, porque era una exposición que más o menos te informaba de la plusvalía, del mecanismo de la lucha de clases; luego los refutaba, pero en fin, eso era lo de menos. Una ventaja que le he encontrado siempre a la escolástica es que, por su carácter de recoger la tradición platónica -porque al fin la escolástica es de tradición platónica-, se veían obligados los escolásticos a reconocer al adversario y, entonces, a través del adversario te enterabas de muchas cosas que si no, no podías enterarte.

M.A.-Sobre esto, a mí me ha parecido, sobre todo en estas últimas conferencias -siempre lo había sospechado-, que usted tiene una gran formación retórica, en el sentido digamos clásico de *La Retórica* de Aristóteles.

G.B.-Puede ser. Puede ser también la costumbre. Por supuesto, me interesa mucho la retórica desde el punto de vista teórico, pero no la he practicado, quiero decir que no he dado clases de retórica. Ha sido más bien seguramente la costumbre y sobre todo la afición: a mí me gusta mucho más hablar que escribir, para mí escribir es un tormento completamente.

M.A.-La retórica en la antigüedad y, ahora, la nueva retórica han surgido un poco en contextos jurídicos.

G.B.-Sí, por supuesto, eso siempre lo vi con mucha claridad, con mucha evidencia. Por cierto, para agregar a esta pregunta que me hacía al principio de mis contactos con el Derecho, yo recuerdo que he tenido, en Salamanca también, un amigo fiscal y un amigo juez que me invitaban a ir a un juzgado de Primera Instancia a presenciar los juicios. Me divertía mucho viendo aquello. Eran juicios de menor cuantía pero veía cómo funcionaba. Y también he tenido contacto con el mundo jurídico como acusado: he estado en un juicio que ha durado casi seis años, que fue desde el juzgado de Primera Instancia hasta la Audiencia de Oviedo y hasta el Tribunal Supremo, de manera que he tenido como acusado todos los caminos del *cursus*.

M.A.-Desde un punto de vista externo e interno. Pasando a otra cosa, ¿qué le parece una frase que a mí siempre me impactó de Toulmin: él dice, en uno de sus libros, que la lógica es «jurisprudencia generalizada» o, mejor dicho, que debería considerarse «jurisprudencia generalizada»?

G.B.-Lo encuentro bastante acertado, bastante aproximado. La lógica surge en la sofística griega. Los sofistas eran lo que hoy diríamos abogados. Realmente los sofistas, algunos sofistas, los sicofantes, etc., eran individuos que adquirían el arte de la retórica y de la dialéctica precisamente para defender en el juicio y hacer lo blanco negro, convertir lo blanco en negro; entonces allí se estrenó realmente. Todo el estudio de Aristóteles de la silogística está basado en una especie de confrontación entre los razonamientos diríamos procesales o jurídicos. La sofística, como sabemos, es una denominación ya peyorativa que viene de la tradición platónica pero que, naturalmente, no hay que tomar siempre así. Cuando empleamos la palabra sofista siempre inyectamos una especie de contenido peyorativo que no se debe. Los sofistas son simplemente hombres de mundo, inteligentes y llenos de ingeniosidades; por ejemplo, los famosos argumentos de Protágoras cuando aquel famoso dilema, que está en los principios de los rudimentos de la lógica y de la dialéctica.

M.A.-De hecho, el origen de la retórica es jurídico.

G.B.-Claro, es jurídico por eso, totalmente. Es más, yo tengo una teoría de la lista de categorías de Aristóteles, la famosa lista de ocho o diez categorías, que parece ser una lista puramente metafísica u ontológica: sustancia, cantidad, cualidad, relación... entonces la pregunta es: ¿de dónde ha sacado Aristóteles esta lista? Y cómo en el momento de tratar de establecer una enumeración de las categorías del ser ¿por qué dice diez y no dice quince o veinte? ¿Por qué dice éstas y no otras? A mí me dio la pista precisamente, entre los escolásticos, al analizar la categoría del hábito, el *egeim*, que en los manuales, se entendía un poco como los psicólogos hoy en día, como cualidad. Porque seguramente a los autores de muchos manuales les parecía una especie de descuido que al lado de cosas tan solemnes como pudiera ser la sustancia o la cantidad, se pusiera un sombrero, por ejemplo. Pero resulta que el «hábito» de Aristóteles es el indumento, es el traje, es el hábito, seguramente la única categoría de contenido antropológico que se encuentra en Aristóteles. Esto me dio la pista (unido a que la palabra *«categorein»* significa acusar, y acusar en juicio) de que pudiera ocurrir que la lista de categorías está tomada por Aristóteles del sistema de ejes según las cuales se pregunta a un acusado: ¿quién eres tú? «sustancia», ¿cuándo ocurrió el suceso, el delito? «tiempo», ¿cómo estabas?, ¿dónde estabas...? Es decir, todas las categorías tienen una aplicación jurídica. Esto se refuerza después con el otro foco de fundación filosófica, me refiero a Kant. Kant está

todo lleno de referencias jurídicas en la *Crítica de la Razón Pura*: el tribunal de la razón, deducción trascendental. Yo estoy completamente convencido de que lo que se llaman «argumentos de abogado» proceden de estos antecedentes; incluso reglas que se utilizan en teología y que además son bastante discutibles, por ejemplo: *onus probandi*, a quién pertenece probar un argumento, o también, esto que se dice varias veces sobre la existencia de Dios, que generalmente es opinión común: la existencia de Dios tiene que probarla quien la afirma, no quien la niega; esto es un argumento de abogado.

M.A.-Es un argumento procesal.

G.B.-...claro, es un argumento procesal, que filosóficamente tiene muy poco valor, en este caso concreto, es simplemente una excusa: «yo no quiero saber nada, yo no creo en Dios, el que afirme a Dios que lo pruebe». Pero se puede plantear del otro modo. Sin embargo, esto indica la importancia del marco jurídico, porque a fin de cuentas es la situación en donde dos personas sobre cosas relativamente concretas, con unas reglas del juicio, están discutiendo. Creo que es el fundamento realmente de la dialéctica. Yo muchas veces he defendido -e incluso he orientado- a alguien que me ha solicitado dirigir una tesis doctoral sobre casos de moral y demás, que lo mejor que podía hacer es estudiar Derecho. En lugar de empezar a inventarse situaciones más o menos fantásticas, como si A promete a B y ver qué pasa ahí, vaya al Derecho Romano o a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y encontrará situaciones reales mucho más ricas que las que se pueda usted inventar en abstracto para tratar un caso de moral completamente inventado; como era muy frecuente entre la moral, tal y como se estudiaba en tiempos en las Facultades de Filosofía, que eran unos casos absolutamente gratuitos inventados por el profesor en aquel momento, que no tenían pies ni cabeza.

M.A.-Ayer usted habló en un momento de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación, y lo hizo básicamente desde la perspectiva crítica. Esa distinción, en Filosofía del Derecho, se ha usado muchas veces -yo concretamente la he usado, pues me pareció que era clarificadora- para explicar la argumentación jurídica y, en concreto, explicar qué quiere decir que los jueces deben motivar las decisiones: que eso debe entenderse en el contexto de justificación y no en el de descubrimiento. ¿Le parece que la distinción, en ciertos contextos como éste, sí que se puede o que se debe usar?

G.B.-Sin duda, yo creo que sí. Además, yo no negué la distinción, más bien intenté reinterpretarla desde un punto de vista dialéctico, precisamente, más o menos, en la línea que usted apunta ahora. Es decir, la distinción de Reichenbach tal como se elaboró en el Círculo de Viena; y el uso que se

ha hecho después de ella, que consistía prácticamente en eliminar la génesis, las cuestiones de génesis como impertinentes para un planteamiento de un argumento de estructura, y, a veces, de un modo absolutamente provocativo: «es que yo no sé nada de historia, ni lo quiero saber, porque no tiene nada que ver con el asunto». La distinción se convertía inmediatamente en esa dicotomía de historia-descubrimiento-génesis y estructura. Efectivamente, tiene su razón de ser. Recuerdo ahora el libro famoso de Hadamard, *Psicología de la invención en el conocimiento matemático*, donde va estudiando una serie de situaciones muy abundantes: recuerdo el caso de Kekulé, cuando descubre los anillos de los bencenos; el de Poincaré, cuando descubre las funciones fuchsianas, que es sorprendente, habiendo trabajado un poco sobre las funciones fuchsianas, una cosa tan absolutamente intemporal, impersonal, que parece que se sostiene a sí misma. Cuando se lee lo que hizo Poincaré antes de descubrirla, las cosas que le ocurrieron y cómo lo descubrió de golpe, dando vueltas a otro asunto: se le ocurre una cosa, baja de un autobús en París, baja distraído, entonces da un tropiezo yen aquel momento descubre la solución ¿qué tiene que ver todo lo que hizo Poincaté, el proceso de descubrimiento, con la estructura de las funciones fuchsianas? No tiene nada que ver. Parece que ahí hay conexiones que nos dicen que la distinción es total, evidente, pero hay otras en donde esto no ocurre, esa es la cuestión. En general, yo creo que hay veces que hay estructuras que incluyen a la génesis y hay estructuras que no la incluyen, eso es sencillamente; por ejemplo, y para referirme al problema de la evolución, a mí me parece evidente, hasta cierto punto también, que las cuestiones de estructura, por ejemplo orgánica, biológica, en tanto que constituyen un sistema termodinámico, por ejemplo, morfológico, que está funcionando, pueden disociarse casi totalmente de las cuestiones de génesis, es decir, de dónde procede ese organismo. Pero, por otra parte, si se quiere explicar de un modo cada vez más profundo porqué funciona ese organismo, es imprescindible ir a las cuestiones de génesis, es decir, al código genético, concretamente, y la propia embriología es la única disciplina que ha permitido entender ciertas condiciones anatómicas que por sí mismas son ininteligibles. Ahí la génesis está incluida realmente en la estructura. Otras veces no, por ejemplo: en situaciones físicas. La génesis puede ser eliminada muchas veces pero en situaciones orgánicas no, y en situaciones antropológicas tampoco; aunque aquí está la cuestión de la historia. Cuando uno está en una ceremonia, una experiencia que me ha ocurrido muchas veces, en la apertura de cursos de la Universidad, donde es una ceremonia solemnísima y, como aquello dura muchísimo, para hablar de algo con el que tienes al lado le preguntas: ¿y por qué haremos esto? ¿por qué llevaremos estos colores, unos amarillo, otros rojo...? ¿y estas borlas, que tienen aspecto eclesiástico?

Empiezan a ser cuestiones de génesis, pero si hay algún claustral realmente identificado con eso, me dirá, como me dijo alguien una vez, «déjate de historias», «qué más da de dónde vengan, la cosa es ésta». Ahí la génesis parece que comprometía un poquitín la estructura, que es muy curioso, y es lo que pasa también en política.

M.A.-Y en realidad en Derecho, porque el punto de vista de este segundo señor es lo que nosotros consideramos el punto de vista interno, y el juez necesariamente, hasta cierto punto, tiene que asumir un punto de vista interno.

G.B.-Claro, por supuesto, es evidente. La decisión es sumamente compleja, tiene muchas líneas y yo creo que hay que decir que hay estructuras que implican la génesis y el descubrimiento y otras que no, por lo tanto que no se puede generalizar.

M.A.-Volvamos un momento a cuestiones de biografía intelectual. En el año sesenta me parece que es cuando usted llega a Oviedo como catedrático. ¿Su concepción de la filosofía era entonces ya una concepción materialista?

G.B.-La llegada a Oviedo yo la deseaba. La elegí: quiero decir que podría haber ido a otras partes, pero elegí Oviedo precisamente por sus circunstancias. Había oído que era entre las universidades de aquellos años (todavía faltaban quince o veinte años para el final del franquismo) la que más expectativas ofrecía, por lo que a mí me habían contado: porque estaba relativamente apartada de los centros del poder y control, porque había unos cinturones de mineros al lado de la industria. Me gustaba mucho. Yo había leído muchas cosas del marxismo y del materialismo histórico. Y, entonces, aquello fue como ver en funcionamiento la diferencia entre el «cinturón de incienso» de Salamanca, que era una ciudad llena de conventos y de frailes (la Universidad Pontificia era la que tenía el peso fundamental) y el cinturón industrial de Oviedo. En Oviedo, la gente no sabía muy bien que existía la universidad. Recuerdo que al primero que pregunté por dónde estaba la universidad, cuando iba a tomar posesión, no sabía lo que era aquello, creía que era un colegio. No pasa hoy así, pero en aquella época sí. Eso en Salamanca hubiera sido totalmente impensable: la Universidad era el punto de referencia. En Oviedo, la Universidad era una parte más entre otras. Y eso a mí me gustaba mucho, porque te permitía salir un poco de la «torre de marfil» que es la Universidad. De ese peligro que hay de encerrase en la Academia como si fuera el centro de la sabiduría y del mundo. Entonces, puedo decir, respondiendo a la pregunta, que en Asturias cristalizó, inmediatamente, una serie de expectativas que yo podía tener; cristalizó una serie de alternativas más o menos teóricas ante el contacto con una serie de problemas que en Salamanca no se veían.

M.A.-Dejándole a usted aparte, ¿cuáles diría que han sido los grandes filósofos en España, después de la Guerra Civil? Empezando, supongo, por Ortega.

G.B.-Sí, ya, por supuesto Ortega.

M.A.-¿Usted conoció a Ortega?

G.B.-Sí, le he visto dos veces. Es muy curioso además el caso de Ortega... Conocí a Julián Marías también en Madrid. Pero con Julián Marías no tuve trato porque no me gustó su carácter, no había «química» como se dice ahora. No me gustó, lo cual no quiere decir ninguna crítica, simplemente que por carácter no encajaba yo con la psicología de aquel señor.

Había entonces una actitud muy beata hacia Ortega. Mi situación, en aquel entonces, era de un radicalismo sin límites; precisamente, porque no se podía hacer nada. Era un radicalismo verbal, intelectual, pero luego nada.

M.A.-¿Usted a Ortega, lo conoció en alguna conferencia?

G.B.-A Ortega le conocí en la conferencia del Ateneo sobre el teatro, cuando volvió a España. Y, precisamente, estuve en el Ateneo junto con Gonzalo Fernández de la Mora, que era muy orteguiano. Luego, fue Ministro de Obras Públicas, me parece, en los años setenta...

M.A.-De una manera muy sintética, ¿cuál ha sido la mayor importancia de Ortega?

G.B.-Sí, a Ortega yo lo descubrí muy tarde. Por una razón: por la influencia del ambiente, como es natural. Entonces, la Facultad de Madrid era una Facultad donde estaba el padre Ramírez, el padre Barbado, el padre Sancho, el padre Zaragüeta; es decir, era como un seminario. Algunos eran muy buenos; por ejemplo, el padre Barbado era un dominico que había estudiado con Cajal, era biólogo y era de primera. Es pura frivolidad decir que era una facultad de curas.

Acaba de publicarse un libro sobre Ortega de Gregorio Mora que, por cierto, tengo que presentar en Oviedo en cuanto vuelva de Alicante. Es un libro importantísimo sobre Ortega, porque ha estado ocho o diez años trabajando sobre él. Gregorio Mora se dedica al periodismo en Barcelona, aunque es de origen asturiano. Se ha dedicado a hacer una reconstrucción de la biografía de Ortega, realmente increíble; y allí, el libro, que es muy bueno, sin embargo adolece de tener una visión de Ortega exclusivamente política. Él se va preguntando qué hace Ortega en aquel momento en París y por qué, en Alemania en tal sitio y por qué; y, entonces, va siempre sacándole conexiones con el franquismo. Ortega resulta una especie de prefascista o fascista entero.

Yo creo que Ortega es una figura absolutamente de primer orden, de primera magnitud; su importancia ha sido extraordinaria. En España constituye un cambio de giro en el modo de hacer filosofía; por la actitud que tenía él frente a las ciencias naturales, frente a la historia-, es decir, que hacía filosofía

a pesar de que no tuvo tiempo u ocasión y estaba consciente, perfectamente, de que tenía que escribir en los periódicos para ser leído. Muchas veces no pudo profundizar en muchas cosas-, por ejemplo: no profundizó para nada en el darwinismo. Le tocó la ola antidarwinista; cuando se estaba haciendo la nueva síntesis famosa, a consecuencia de la interpretación del mendelismo. Le tocó ser antidarwinista. Y le tocó ser antimarxista: tampoco conoció bien a Marx. De manera que cuando el centenario de Ortega en 1983, y el centenario de Marx, y el de Darwin, saltaba a la vista que Ortega había quedado completamente marginado de las grandes corrientes, al margen de lo que supiera de ellas, como podía ser el darwinismo y el marxismo. A pesar de esto, la obra de Ortega es fundamental. Sobre todo la actitud de Ortega ante la filosofía española. Creo que es un punto de referencia. Yo con Ortega, biográficamente, estaba muy influido por el ambiente general en donde a Ortega se le llamaba «culturalista». Todavía tengo un libro, precisamente de un canónigo de Alcoy, que se titulaba así: ¿Es Don José Ortega y Gasset un filósofo propiamente dicho? En un montón de páginas, demostraba que no, que era un culturalista, un ensayista, etc.

Con Ortega tuve la mala suerte de leer un día, siendo estudiante en Zaragoza, la Musicalia; unas notas de Ortega, que estaban publicadas en un tomito aparte en Espasa Calpe. Y, claro, Ortega no sabía nada de música, le pasaba lo que a Hegel, que lo más que le gustaba era Rossini. Ortega no distinguía una fusa de... y, entonces, se ve un ensayo sobre la música encareciendo a Debussy, sin saber nada de música y, simplemente, guiándose por criterios externos: de si la música de Beethoven es para las señoritas de *coutures* y la de Debussy... Entonces, a mí me produjo muy mala impresión. Pero, en cambio, tiempo después, vino un agente de libros y me hizo una oferta de las obras completas de Ortega. Se las compré. Leí y estudié sistemáticamente las obras de Ortega y lo descubrí por mi cuenta.

No se puede comparar con Zubiri, por ejemplo. Yo tengo muy mala impresión de Zubiri, malísima, todo lo que se pueda pensar es poco. No digamos la que tengo de María Zambrano, que tanto se ha encarecido. Cuando hubo el centenario de Zambrano, yo no perdoné nunca que me mandaran las obras completas para que hiciera una colaboración. Tuve que pasar un fin de semana leyendo a María Zambrano. Eso es un tipo de especulación... pero claro, como aquí da igual ocho que ochenta. La filosofía de Zubiri no es filosofía, es otra cosa distinta: es una metafísica ideológica. Pero Ortega no, Ortega hizo realmente cosas distintas. Ortega es la gran tradición. Creo que le perjudicaron sus discípulos, la orientación de sus discípulos; aquí se confirma muy bien, aquello que yo recordaba el otro día, que no hay mejor discípulo que el que supera al maestro. No hay manera de que le superen: Julián Marías... y no digamos todos los demás.

Entonces, yo, sinceramente, aunque no he conocido a Ortega más que externamente, me considero, en lo que yo pueda significar, un discípulo de Ortega; es decir, dentro de esa tradición. En cambio, renegaría completamente de Zubiri y de cualquier otro, a pesar de sus famosos conocimientos científicos, que no dudo que los tengan. Yo no dudo que Zubiri tuviera gran conocimiento de física, que tradujo libros importantes: el de Bohr, etc., lo que digo es que esos conocimientos científicos que se le atribuyen, no se ven en ninguna parte en sus obras; como si hubiera dos mundos. Si tenía formación científica, es como si le gustaran los sellos, una cosa totalmente privada; no ponía aquello absolutamente en juego en sus especulaciones filosóficas.

M.A.-Hace algunos años, leí un trabajo suyo sobre la filosofía en España donde emitía un juicio negativo: que, desde el punto de vista técnico, los filósofos españoles en activo, las generaciones más jóvenes, habían alcanzado un nivel muy alto, comparable al de cualquier país europeo, pero que, sin embargo, no había propiamente una filosofía. ¿Qué opinión tiene de la filosofía española hoy?

G.B.-Por lo que he ido viendo, yo confirmaría ese diagnóstico por una razón interesantísima de tipo sociológico. Y es que, en España, generalmente se ha tendido a concebir el oficio de profesor de filosofía como traductor o expositor crítico del estado de la filosofía en Europa y América, sobre todo en Europa. Se han escogido unos cuantos pensadores: que si LeviStrauss, en tiempos Sartre, después Foucault, Habermas, etc., y Wittgenstein, no digamos. Casi se han dedicado al monocultivo de estas exposiciones, cosa que está muy bien. Pero esto significaba no tomar contacto con la realidad de las cosas mismas, que decía Husserl. Dicho de otra manera, si hay una filosofía lingüística, a mí me parece que un profesor de filosofía lingüística lo primero que tiene que hacer es interesarse y conocer lo más posible sobre lo que hacen los lingüistas, que es la lingüística en ejercicio. Lo que no se puede hacer es filosofía lingüística sobre las teorías que han hecho Ayer o Searle. Eso es absurdo, no digo no conocerlas, pero siempre teniendo referencias. Es como alguien que quiera hacer filosofía natural o filosofía biológica y se dedica a leer libros de filosofía biológica; tiene que leer a Darwin, ir a un laboratorio. Permítame que insista en esto porque es un punto central. No se trata entonces de contraponer una filosofía hecha desde dentro, desde España, frente a la filosofía desde fuera, y decir: «bueno, me irrita que esté todo el mundo hablando de Wingenstein, explicándolo en tesis doctorales, y no se habla de lo que se hace en España», no es eso, porque entonces sería puramente un planteamiento sociológico. La diferencia es ésta: «me irrito ante alguien que está hablando de filosofía biológica y está leyendo libros de filosofía de la biología y no estudia biología».

También me pasa con las matemáticas, etc. Ésta es la cuestión, y ésta es la principal objeción que yo haría a mis colegas en general.

M.A.-¿Cómo ve usted las relaciones entre la filosofía y la filosofía del Derecho? ¿Se podría decir que, distinguiendo entre la parte constructiva y destructiva de la filosofía, prima más en el plano de la filosofía general la parte destructiva, mientras que en el filósofo del Derecho la constructiva? ¿Y no hay un cierto problema con ser filósofo del Derecho si es que el objeto de la filosofía son ideas, que no pueden ser particulares, privativas de un territorio...?

G.B.-Yo creo que la filosofía del Derecho es una de las partes centrales de la filosofía, y lo demuestra la tradición; es decir, el porcentaje mayor del peso relativo de los intereses filosófico-jurídicos en los clásicos, desde Platón, Aristóteles, Kant, Hegel, está demostrado... no digamos Suárez, Domingo de Soto... Es decir, que las grandes figuras consideradas como filósofos han dedicado parte fundamentalísima de su obra al estudio de la filosofía del Derecho. Quizás aquí, adolecemos de una cuestión gremial de división del trabajo en las facultades de filosofía. La separación que se observa tiene que ver con que sea una facultad distinta donde se enseña la filosofía del Derecho. Ocurre lo mismo en la filosofía, entre las diferentes disciplinas o áreas de conocimiento. Resulta que se han especializado por mimetismo con las ciencias naturales; y el que se dedica a la filosofía lingüística considera intruso que alguien hable del lenguaje si no pertenece a su área. Ésta es una deformación o distorsión de lo que es la realidad. A mí me parece que la filosofía del Derecho es fundamental en un sistema filosófico. Es imposible citar un solo ejemplo de sistema filosófico importante donde no haya ocupado un punto central. Efectivamente, es una parte, pero es una *pars lotalis*. A propósito de la filosofía del Derecho, se tiene que hablar de las normas; y, entonces: «la excepción confirma la regla», las normas y las leyes... inmediatamente obligan al cruce con las leyes naturales que, además, son metáforas de las leyes jurídicas. La comparación de las leyes civiles, o antropológicas, con las leyes naturales es una comparación obligada. Resulta que el estudio de las leyes o análisis de las leyes, o de las normas, es tan importante que es general, aunque ocupe una parte; no se va a decir, salvo que se trate de un teólogo, que las leyes están dadas por Dios a la naturaleza y al hombre y es todo lo mismo. En ese caso no habría problema. Pero, prescindiendo de estos fundamentos, aún reconociendo que lo que llamamos normas jurídicas se extienden únicamente a una esfera antropológica, la importancia que esto tiene en relación con todo lo demás hace que sean ideas absolutamente generales, no por extensión sino por confrontación, por connotación. Lamento no haberle dedicado más tiempo, lo lamento como una mutilación, no solamente por su importancia práctica que ya sería suficiente, sino porque forma parte

del sistema filosófico, es imposible hacer nada sin esto. Mis limitaciones en este punto las veo como una limitación y no me glorío de ellas. Lo que puedo decir es que tengo como *hobby*, aparte de leer artículos de Doxa, me gusta de vez en cuando leer tratados de Derecho Romano, para ver cómo funciona la «Lex Aquilia» y cosas de ese tipo, o el Código Civil o el Código Penal... me gusta ver cómo funciona, cómo razonan, esto para recalcar que mi posición no es puramente retórica, es efectiva.

M.A.-Ud. ha escrito un largo artículo sobre los derechos humanos. ¿Nos podría resumir cuál es su tesis sobre el asunto?

G.B.-En esencia, el problema que me interesó era el contexto, el sintagma por así decirlo, donde estaba incluido el rótulo de los derechos humanos, a partir de la Asamblea francesa de 1789, que era el de «Derechos del hombre y del ciudadano». Ese «y» me llamaba mucho la atención: ¿es redundante? Partí de la diferencia de la estructura lógica de los dos conceptos: la estructura lógica de «ciudadano» era la estructura de una clase atributiva, la idea de que una clase dividida por una relación de equivalencia da un cociente de clases distintas: el ciudadano de París era distinto del ciudadano de Berlín. «Ciudadano» había que traducirlo a miembro de un Estado, la «polis», la «civitas», etc. Los derechos del ciudadano son, entonces, los derechos de los franceses en cuanto franceses, en cuanto súbditos del rey de Francia. Mientras que el concepto de «los hombres» borra esas fronteras y aparece como una clase distinta. Una imagen que podía servir para ilustrar esto es la de un plano lleno de puntos frente a un plano reglado, de rectas paralelas, que forman haces de rectas donde cada recta es paralela con otra; pero, sin embargo, no dos rectas paralelas son rectas paralelas entre sí, porque pertenecen a haces distintos. Los haces diferentes forman unas clases de equivalencia que son disyuntas, es decir, no hay ningún haz que tenga una recta en común con otra porque entonces sería el mismo haz. En cambio, los puntos son uniformes. En conclusión, los hombres serán los puntos y los ciudadanos serán los haces. Inmediatamente, aparecía la idea del conflicto entre los hombres, vistos etológicamente así, los derechos de los hombres y los derechos de los pueblos. Esto luego se tradujo en la legislación ulterior, en el año 1948, con la Declaración de Derechos Humanos de la ONU. Más tarde, vino la Conferencia de Argel donde, en cierto modo, se estaban atenuando, limitando... porque los derechos de los pueblos dejan en suspenso o determinan muchos derechos humanos. Ésa era la idea.

M.A.-Esa distinción sigue funcionando hoy. En la Constitución, por ejemplo, se supone que algunos son derechos de cualquiera y otros son, por ejemplo la igualdad ante la ley, solamente de los españoles.

G.B.-Sí, eso es. Entonces, apliqué la distinción entre ética y moral, una distinción que veníamos desarrollando hace tiempo, y que también está

fundada en esta perspectiva lógica. Dejando al margen las interpretaciones de la ética como discurso sobre la moral, que nos parecía una interpretación de origen germánico reciente; pero que en España impulsó Aranguren y, luego, la aceptó Muguerza, etc., siendo el criterio más seguido. A mí me parece sumamente peligroso esta distinción porque, si la ética es el discurso sobre la moral, para tener opiniones éticas había que ser profesor de ética o de filosofía. Entonces, se convertía la ética en una especie de discurso sobre la moral y se perdía la etimología de las dos palabras: donde «moral» son costumbres *(mores)* del grupo social, mientras que «ética» tiene que ver con la etología, con *«ethos»,* etc., y se refiere más bien al individuo. Ahora, como el individuo es una abstracción, porque el individuo se supone siempre que forma parte de una totalidad atributiva, entonces resultaba que las normas éticas y la fuerza de obligar de las normas éticas tendrían distinta fuente de la fuerza de obligar de las normas morales; es decir, que si uno toma como referencia a la familia romana o a la nuestra, o la italiana (en Sicilia, donde está en vigencia la «vendetta»), esas grandes familias tienen unas normas morales y, luego, unas normas éticas: ¿de dónde vienen o cómo funcionan esas normas éticas? Las normas éticas tendrían, en principio, una especie de fundamento en el individuo en cuanto invariante de los diferentes grupos morales. Esto lo vi muy bien, hace algunos años, leyendo la Odisea: cuando viene alguien de una familia a una isla de aquéllas y lo recogen, lo consideran como el hijo de una familia, se conoce a su madre, etc. Hay una serie de conexiones. Sin embargo, cuando un individuo que pertenecía a un grupo pasa a otro grupo se establece una abstracción, inmediatamente, por la que el individuo comienza a ser enjuiciado como tal. Esto es lo que pasa en las guerras tantas veces: cuando, por ejemplo, los alemanes y los franceses que han cogido prisionero a otro, prevalece el hecho de que es un individuo porque a lo mejor es hijo mío, o hijo de esta señora... Quiero subrayar la idea de que el individuo como tal es una pura abstracción porque el individuo se forma en el grupo social. Esto no empece a que el individuo resulte abstraído como un invariante que tiene una entidad propia.

M.A.-Sobre esto, precisamente, versa la crítica que el joven Marx hace de la declaración de derechos, y a propósito de la distinción entre derechos del hombre y del ciudadano. Él decía que los derechos del ciudadano eran los derechos de la persona moral, abstracta, y los derechos del hombre eran los del hombre egoísta, los del hombre burgués.

G.B.-Sí, porque Marx estaba, seguramente, aplicando esto mismo a un caso concreto. La perspectiva de la que yo partía era...

M.A.-El concepto de hombre como ser genérico.

G.B.-Sí, eso es. Sinceramente, la distinción tiene un origen, en este caso, puramente lógico. Era simplemente la distinción entre clases distributivas

y atributivas. Es una estructura puramente lógica que, para sorpresa mía, me parecía que funcionaba mucho más de lo que pudiera pensarse. Tomando los artículos de los derechos humanos, resulta que prácticamente todos los artículos son normas éticas. Has empezado por citar el sexo, la religión, la lengua... pues, todo lo que es la ciudad. Lo que queda realmente es ese individuo: el hombre sin atributos diríamos, porque ni es francés ni nada, pero que tiene un organismo y virtualmente puede ser cualquier cosa pero que no es ninguna. Ahora esto, a medida que aumenta el tráfico entre los pueblos, es una realidad.

M.A.-Pasemos ahora de los derechos humanos al Derecho. De una manera muy breve, ¿qué idea tiene usted del Derecho?

G.B.-En función de esto mismo que acabo de decir de la ética y la moral; me parece que en este sistema de ética y moral, suponiendo que la ética y la moral aparecen ya en sociedades primitivas, anteriores por ejemplo a la escritura, donde hay leyes no escritas: las leyes no escritas de Antígona, por ejemplo; que son normas morales, son normas de la familia, de la tribu. En estos casos hay unas normas éticas, porque la ética va apareciendo también históricamente, en el contexto de la familia. El fundamento de las normas éticas es el cuerpo, por eso aparecen en la familia, que es una organización que tiene sobre todo en cuenta el cuerpo del otro: el nacimiento, el entierro, la enfermedad, la alimentación... son las relaciones familiares, las llamadas relaciones íntimas, son los cuerpos. Pero el cuerpo es lo más universal que hay, es lo que todo el mundo tiene, el cuerpo desnudo. Aquello del «Cándido» de Voltaire, cuando va Cándido a Holanda y pide limosna en una puerta, aparece la señora de un pastor calvinista y le pregunta «¿qué quieres?» Y le contesta «quiero pan». Ella continúa: «pero, ¿tú crees que el Papa es el Anticristo?». A lo que Cándido contesta «a mí qué me importa que sea el Anticristo, yo lo único que sé es que tengo hambre». Entonces la señora le tira el Cristo a la cabeza y demás. Ahí el hombre está diciendo «tengo hambre»; es la relación ética fundamental y la norma ética es «ten pan» si eres calvinista como si quieres ser lo que sea. Este interés por el cuerpo, a mi juicio lo más universal, lo que es común a todos, este tipo de relaciones casi orgánicas, casi de primates, donde se explicitan es en la familia sobre todo, o en el prójimo. Cuando el individuo, aunque sea un individuo orgánico, es lejano, se le tiende a ver como de otra raza y de otra especie. Sencillamente. las relaciones éticas no funcionan. Empiezan a funcionar cuando el tráfico de unos y otros se hace mayor. Las relaciones éticas según esto se van desarrollando históricamente, a medida que lo hacen las sociedades. Entonces, si las normas éticas están funcionando dentro de relaciones que prevalecen en los grupos (las costumbres), resulta que los conflictos entre la ética y la moral son constantes y, por supuesto, los conflictos entre grupos morales;

porque esos grupos son muy diferentes y, sobre todo, cuando se constituyen grupos políticos, cuando se pasa del nivel de tribu a un nivel de sociedad política, es porque hay una especie de confluencia de diferentes grupos prepolíticos. La confluencia hace que los conflictos se agraven y ahí vendrían las normas jurídicas, que tienen mucho que ver con lo que precede a la nación. Las normas jurídicas serían en este contexto normas destinadas a coordinar, organizar, resolver los conflictos entre ética y moral y morales entre sí, y, por eso, son tan heterogéneas, sus límites de aplicación estarían en función de hasta dónde llega el poder de quien las impone, que son las clases dominantes de esa organización. Las normas jurídicas eran fundamentales para poder funcionar a partir de un cierto nivel.

M.A.-La última cuestión. A Ud. que lee con cierta frecuencia escritos de filosofía del Derecho, me gustaría preguntarle: ¿Qué ve en ellos, qué le parece interesante con respecto a otros campos filosóficos? ¿Qué echa en falta? ¿Qué sugeriría a los filósofos del Derecho?

G.B.-Lo que veo es, primero, un conocimiento material, en el sentido de la materia misma del asunto; que no están hablando de abstracciones sino que ves ahí una serie de tratamientos de problemas reales, sacados de la realidad jurídica y moral; y, por tanto, es casi como una exigencia pedida internamente por las propias normas. Sinceramente, yo me veo en el pellejo de los filósofos del Derecho y envidiándolos porque yo haría cosas parecidas. Es lo que hay que hacer. Los problemas jurídicos, por lo menos tal como los veo, están tan llenos de problemas enrevesados, tan difíciles de establecer, por ejemplo: las relaciones entre unos grupos y otros; la prevalencia, la jerarquía de unas normas sobre otras; los episodios que tienen que ocurrir para que una ley se promulgue o no; la fuerza de obligar ¿de dónde procede? Es tal la maraña de cuestiones que, viendo a los filósofos del Derecho al tanto de esta maraña, encuentro, lo que para mí no es un defecto en absoluto, una gran escolástica, que me recuerda enteramente a la Escolástica. Yo me he tragado las cosas de Suárez, «De Legibus», por gusto; y lo de Domingo de Soto, «De Iustitita et Iure»; todos los clásicos del s. XVI. Es más, la argumentación de estos escolásticos -Suárez sobre todo, Domingo de Soto y Vitoria- que los leí en Salamanca, yo encontraba que era, así como decían que Euclides era la silogística de Aristóteles funcionando, pues esto era la argumentación filosófica funcionando. Era una argumentación dialéctica, donde había opiniones en contra y donde había que necesariamente fijar posiciones; y había que introducir una serie de terminología de distinciones que si no estás muy impregnado del asunto parecen escolásticas y *«ad hoc»*, pero que son necesarias, porque si no, no puedes moverte. Son distinciones que se van sobreañadiendo y que, al que no ha hecho un análisis detallado y debido, pueden parecer que son superfluas, a primera

vista; porque parecen que son muy sencillas pero cuando empiezas a ver la complejidad ves que son necesarias. El peligro puede ser que esa capa de distinciones necesarias aumente, de tal manera que interponga una pantalla entre el que está en esta especialidad y el que está fuera; es lo que pasa en toda escolástica. Ahora, particularmente, me gusta mucho. Quizá porque estoy un poco entrenado en estas disquisiciones escolásticas, lo encuentro muy familiar aunque la terminología sea diferente. Cuando lees a Bobbio y toda esta gente, encuentro algo muy familiar, es como si fueran de la misma raza. Yo veo a los filósofos del Derecho -la impresión más rápida que yo podría decir-, como continuadores de Domingo de Soto, de Vitoria, cambiando las referencias.

M.A.-Muchas gracias.