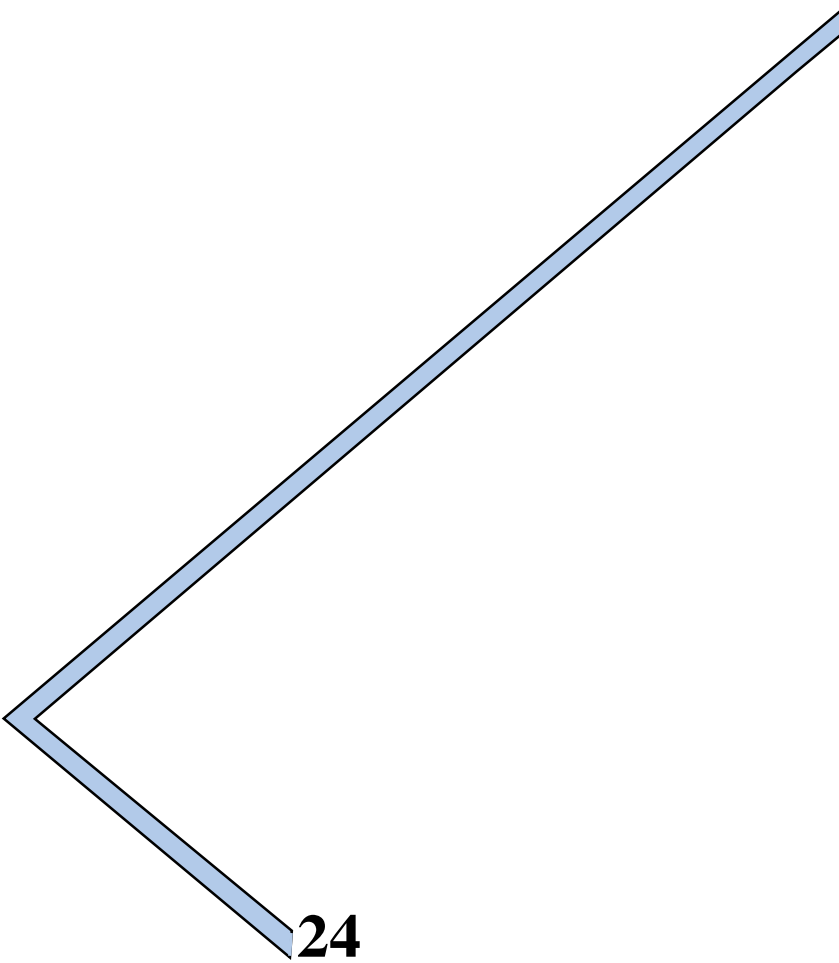
D O X A



24

CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

D O X A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

http: //cervantesvirtual.com/portal/doxa

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alicante

Alicante, 2001

Índice

- PRESENTACIÓN
- ENRIQUE E. MARÍ
  - Christian Courtis - Enrique Marí (1928-2001)
- SOBRE EL RAZONAMIENTO JURÍDICO
  - Juan Carlos Bayón - ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?
  - Ángeles Ródenas - En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas
  - Juan Antonio García Amado - Sobre el argumento a contrario en la aplicación del derecho
  - Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero - La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica
- TENDENCIAS EN LA TEORÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA
  - Pablo E. Navarro - Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico
  - Enrique P. Haba - Rehabilitación del no-saber en la actual Teoría del Derecho. El Bluff Dworkin
  - Minor E. Salas - ¿Qué pasa actualmente en la Teoría del Derecho alemana? Un breve bosquejo general
  - Andrés García Inda - Cinco apuntes sobre derecho y postmodernidad
- PROBLEMAS DE FILOSOFÍA MORAL Y POLÍTICA
  - José Luis Colomer - Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal
  - Hugo Seleme - El problema de la estabilidad
  - Isabel Turégano Mansilla - La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls.
  - Marcelo Neves - Justicia y diferencia en una sociedad global compleja
  - Jorge F. Malem Seña - ¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?
- ARTÍCULOS
  - Bruno Celano - Justicia procedimental pura y teoría del Derecho
  - Josep Aguiló Regla - Sobre la constitución del Estado constitucional
  - Francisco J. Laporta - El ámbito de la Constitución
  - José Luis Díez Ripollés - Presupuestos de un modelo racional de legislación penal
  - José Juan Moreso - Principio de legalidad y causas de justificación. (Sobre el alcance de la taxatividad)
  - Ricardo Víctor Guarinoni - Después, más alto y excepcional. Criterios de solución de incompatibilidades normativas
  - Pablo Larrañaga - Responsabilidad de rol y directrices
  - Santiago Sastre Ariza - Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica
  - Ricardo A. Guibourg - La certeza de los criterios
- NOTAS
  - Matti Sintonen - La racionalidad en el pensamiento y en la acción
  - Alfonso García Figueroa - El «Derecho como argumentación» y el Derecho para la argumentación. Consideraciones metateóricas en respuesta a Isabel Lifante
  - María José González Ordovás - La ciudad como forma del pensamiento (Notas sobre los principios de la participación en la actuación urbanística)

- ENTREVISTA
  - Manuel Atienza - Entrevista a Robert Alexy
- BIBLIOGRAFÍA
  - Patricia Fernández-Pacheco Estrada (coord.) - La filosofía del Derecho en España (2000)

P R E S E N T A C I Ó N

Abrimos este número de DOXA con una nota sobre la producción iusfilosófica de Enrique Marí, colaborador frecuente en nuestra revista y fallecido recientemente en Argentina, en julio de 2001. Christian Courtis hace una breve, atinada y sentida reseña de los muchos trabajos de Marí de contenido iusfilosófico (ese no fue su único campo de reflexión) en la que señala como núcleo de sus preocupaciones teóricas en este terreno «su interés por desnudar las determinaciones económicas y políticas del proyecto y de las categorías jurídicas de la modernidad, y su persistencia hasta nuestros días». Quienes hacemos DOXA estamos, con respecto a Marí, en una categoría distinta a la de «quienes compartimos su enseñanza» y «quienes no llegaron a conocerlo», que Courtis traza al final de su nota, pero nos sentimos concernidos por lo que la muerte de Marí significa para unos y otros: nos será difícil acostumbrarnos a su ausencia y nos queda el consuelo de revisar sus escritos.

La primera de las tres secciones monográficas de este número lleva como título ***Sobre el razonamiento jurídico****. Se inicia con un trabajo de Juan Carlos Bayón* (¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?) *en el que se analizan a fondo la noción de derrotabilidad y los diversos argumentos que se han dado en los últimos tiempos a favor de la derrotabilidad del razonamiento jurídico. En su opinión, ninguno de ellos (el más fuerte es el de la derrotabilidad de las normas) prueba que el razonamiento jurídico no pueda reconstruirse en forma deductiva. La tesis fundamental de Bayón es que hay un sentido en el que se puede afirmar que el razonamiento jurídico es derrotable, pero no se basa en la posibilidad de que las normas jurídicas sean a su vez derrotables y, sobre todo, no pone en tela de juicio el carácter subsuntivo de la justificación jurídica.*

En el trabajo que le sigue (En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas), *Ángeles Ródenas vincula, como también lo había hecho Bayón, la noción de indeterminación a la de derrotabilidad. Para ello, distingue diversos sentidos de indeterminación y de derrotabilidad; conecta el análisis de los mismos con los dos aspectos fundamentales que pueden encontrarse en la aplicación judicial del Derecho: la interpretación y la discrecionalidad; y defiende, entre otras, la tesis de que la discrecionalidad sólo entra en juego en los problemas de indeterminación del Derecho debidos a la derrotabilidad radical de las normas jurídicas (cuando, de acuerdo con el Derecho, hay razones para basar la respuesta a un problema de indeterminación en criterios extrajurídicos).*

Juan Antonio García Amado empieza exponiendo, en Sobre el argumento a contrario en la aplicación del Derecho, *tres concepciones básicas del Derecho que condicionan la manera de entender la interpretación y aplicación del Derecho y, por tanto, el argumento* a contrario: *la concepción lingüística (a la que se adhiere), la intencionalista y la material. Pasa luego revista crítica a algunos equívocos y confusiones en relación con ese argumento y que se explican a partir de las anteriores concepciones. Y concluye sosteniendo dos tesis básicas: el argumento* a contrario *sólo es válido como sustento de una solución cuando se apoya en una norma de estructura bicondicional; dicho argumento es tributario de la previa interpretación, pero no es en sí mismo interpretativo.*

Finalmente, en La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica, *Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero desarrollan la tesis de que el elemento institucional del Derecho es un ingrediente fundamental del razonamiento jurídico justificativo y tratan así de llenar una laguna existente en trabajos anteriores de ambos autores en los que se daba cuenta de ese tipo de razonamiento esencialmente a partir de la distinción entre reglas y principios. Lo que aquí defienden es, en esencia, la necesidad de introducir una nueva categoría de normas: las normas institucionales y, en particular, los principios institucionales, que se contraponen a los de carácter substantivo; eso les permite matizar su tesis de que los principios en sentido estricto tienen prioridad sobre las directrices.*

El trabajo de Pablo Navarro, Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico, *abre la segunda sección monográfica del número relativa a las* ***Tendencias en la teoría del Derecho contemporánea****. Parte de la existencia de una tensión interna en el programa del positivismo jurídico que puede enunciarse así: las tesis centrales –la de las fuentes sociales y la de la separación entre Derecho y moral– son inadecuadas para dar cuenta de la complejidad de nuestras prácticas jurídicas, pero el intento de superarlas (desde dentro) lleva a adoptar tesis incompatibles con la doctrina posi-*

tivista. En su trabajo, Navarro argumenta en contra de esta «tesis de la autodestrucción» y concluye que la misma muestra que «la tentación de decir "algo más sustantivo" acerca de la validez jurídica y la existencia de las normas debe ser firmemente resistida por un positivista conceptual».

«Desenmascarar a Dworkin» es el objetivo perseguido por Enrique Haba, en Rehabilitación del no-saber en la actual teoría del Derecho. El *bluff* Dworkin. *En un tono de indignación que bordea la violencia verbal, Haba sostiene que Dworkin no ha agregado prácticamente nada a la teoría del Derecho; que sus ideas constituyen una versión más del mito básico de la única respuesta; que incurre en un realismo ingenuo; y que su éxito obedece esencialmente a un fenómeno de moda.*

En ¿Qué pasa actualmente en la teoría del Derecho alemana? Un breve bosquejo general, *Minor Salas presenta una visión de conjunto de los principales temas, corrientes y autores de la teoría del Derecho alemana. Para ello, divide su trabajo en dos partes. En la primera realiza un esbozo histórico de la teoría del Derecho alemana de la posguerra y distingue tres estadios: el renacimiento del Derecho natural (fase metafísica), el dominio de las teorías analíticas (fase escéptica) y el dominio de las teorías éticas (fase axiológica); cuando se abandona la fase metafísica es cuando se produce el giro desde la «filosofía del Derecho» a la «teoría del Derecho». En la segunda parte, Salas analiza las principales corrientes de la teoría del Derecho actual: el realismo sociológico, las teorías discursivas, la concepción sistémica y «otras corrientes», en las que incluye el neo-institucionalismo, la analítica, la retórica, la hermenéutica, el postmodernismo y el análisis económico del Derecho.*

El trabajo que cierra la sección, Cinco apuntes sobre Derecho y postmodernidad*, se refiere más a las tendencias existentes en el Derecho que en la teoría del Derecho. Según Andrés García Inda, en la sociedad postmoderna la revalorización del Derecho parece coexistir con una crisis de su capacidad regulativa (dada la complejidad de las sociedades contemporáneas). En realidad, lo que caracteriza a la postmodernidad es, en su opinión, una situación de tensión, lo que le lleva a definir el Derecho contemporáneo a través de cinco características (cinco valores): la multiplicidad, la flexibilidad, la levedad, la rigidez y la paradoja. García Inda aclara que no considera a esos valores como ideas que tengan que aceptarse, sino como datos de los que hay que partir para poder desarrollar un espíritu crítico frente a la realidad actual.*

Finalmente, la tercera sección monográfica está dedicada a ***Problemas de filosofía moral y política****. El primero de ellos es el del perfeccionismo moral, sobre el que versa el trabajo de José Luis Colomer:* Autonomía y gobierno. Sobre la posibilidad de un perfeccionismo liberal*. Tradicional-*

mente, el perfeccionismo político –como es sabido– ha sido una concepción contrapuesta a la filosofía política de corte liberal. En los últimos tiempos, sin embargo, autores como Raz, Sher o Wall han defendido un perfeccionismo liberal que trata de presentarse como una alternativa al paradigma predominante en la filosofía política liberal contemporánea. Colomer centra su análisis no en el aspecto crítico, sino en la propuesta constructiva de ese perfeccionismo liberal. Su conclusión es que el rechazo al perfeccionismo se basa en que éste traslada al Estado el juicio acerca de cuándo una vida autónoma es disvaliosa y cuándo, por tanto, estaría justificada la interferencia estatal; pero esa tesis es incompatible con la autonomía personal que el perfeccionismo liberal dice tomar en serio.

*El centro del trabajo de Hugo Seleme (*El problema de la estabilidad*) es la obra de John Rawls y, más en particular, las críticas que Brian Barry ha dirigido a la concepción rawlsiana de la justicia como imparcialidad en «Liberalismo político». Seleme muestra que se trata de críticas internas a la teoría que no ponen en cuestión sus presupuestos y sus categorías. Y llega a una conclusión cautelosa: «Teoría de la justicia» contenía ciertos defectos internos relacionados con el problema de la estabilidad y «Liberalismo político», al intentar subsanarlos a través del recurso a la noción de «consenso superpuesto», no ha incurrido en defectos semejantes.*

También el artículo que le sigue, La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls*, de Isabel Turégano, se centra en la obra «Liberalismo político» del autor norteamericano. El problema que se plantea Turégano es éste: ¿hasta qué punto puede dirigírsele a Rawls la crítica usual del feminismo de que el liberalismo moral y político, al separar la esfera de lo público y de lo privado, contribuye a perpetuar la discriminación en este segundo ámbito? En su contestación (esencialmente favorable a Rawls), la autora analiza la cuestión tomando en consideración especialmente tres aspectos de aquella crítica: la teoría política universalista, la primacía de lo justo, y la relación entre lo público universal y la sociedad civil.*

*Marcelo Neves (*Justicia y diferencia en una sociedad global compleja*) estudia la relación entre justicia y diferencia no en los términos del debate esencialmente norteamericano entre liberalismo y comunitarismo, sino desde el punto de vista de la teoría de sistemas de inspiración luhmaniana, lo que le lleva a entender la justicia esencialmente como igualdad compleja. En las partes finales de su trabajo, Neves trata del Estado democrático de Derecho como modelo procedimental más adecuado para la realización de la justicia en la sociedad global de hoy; discute acerca de la pérdida de significado de ese modelo de organización social; y se plantea la viabilidad*

práctica de construir instituciones jurídicas y políticas globales que puedan servir como alternativa.

¿Pueden las malas personas ser buenos jueces? *es la pregunta que Jorge Malem se plantea en el artículo, precisamente de ese título, que cierra la sección. En su análisis, Malem distingue dos modelos de juez, según que la actividad judicial se desarrolle en un contexto en el que el juez no necesita fundamentar sus decisiones o, por el contrario, se le exige que lo haga. En el primer contexto, parece claro que una mala persona no podría ser (técnicamente) un buen juez. Pero tampoco en el segundo contexto la respuesta es afirmativa, a pesar de que, en un principio, pudiera parecerlo así: una mala persona, entendiendo por tal alguien que rechaza los valores del Estado constitucional, no podría ser –concluye Malem– un buen técnico como juez.*

La sección de ***Artículos*** *de tema libre se inicia con el de Bruno Celano,* Justicia procedimental pura y teoría del Derecho*. Parte, como dato obvio, de la tendencia del Derecho a procedimentalizar cuestiones sustantivas y, a partir de ahí, estudia un aspecto particular de la relación que se da entre Derecho y pensamiento jurídico, por un lado, y la idea de una justicia de carácter procedimental, por el otro. La conclusión última de Celano parece ser ésta: hay un sentido en el cual el Derecho transforma todo problema de justicia procedimental imperfecta en un problema de justicia procedimental pura y, al mismo tiempo, el modo de pensar jurídico introduce, en relación con la aplicación de cualquier regla, una indecibilidad de principio, ya que la distinción entre validez e invalidez se sustrae, en último término, al Derecho.*

En Sobre la constitución del Estado constitucional*, Josep Aguiló hace una presentación de la doctrina estándar de las fuentes del Derecho, y muestra que la constitución es el punto de conexión entre el «problema interno» y el «problema externo» de esa doctrina. Luego identifica tres conceptos de constitución (la constitución del positivismo normativista, la constitución formal y la constitución del constitucionalismo político) y señala que todos ellos son necesarios para dar cuenta de los Estados constitucionales. Y termina exponiendo dos modelos de relación entre constitución regulativa y orden jurídico, que conforman dos concepciones de la constitución como fuente del Derecho.*

Francisco Laporta reivindica, en El ámbito de la Constitución*, el papel de las leyes en la composición del sistema jurídico, frente al expansionismo constitucional que parece caracterizar a amplios sectores de la cultura jurídica contemporánea. El problema radica en cómo fijar los límites de contenido y alcance de la constitución. Ahora bien, el contenido característico de una constitución parece ser el de proteger de las incursiones de la mayo-*

ría el ámbito de un «coto vedado» de derechos fundamentales; pero con eso se produce una fractura entre la democracia y el constitucionalismo. Laporta considera que ese argumento de la «objeción democrática» tiene una gran fuerza, y fundamenta una reivindicación de competencias para el legislador; pero eso no quita para que, en su opinión, haya algunos derechos individuales y algunos procedimientos políticos que deben quedar fuera del juego democrático, precisamente para garantizar la naturaleza democrática del sistema.

El trabajo de José Luis Díez Ripollés, Presupuestos de un modelo racional de legislación penal*, supone también una reivindicación del papel de la legislación en nuestros sistemas jurídicos. Díez Ripollés analiza el problema de la «crisis de la ley» teniendo a la vista esencialmente la ley penal. Confronta la racionalidad legislativa y la judicial y llega a la conclusión de que no está justificada la preferencia otorgada a la segunda. Discute acerca de la legitimación del control de constitucionalidad de las leyes. Y finalmente se centra, en los últimos apartados, en el desarrollo de un modelo de racionalidad legislativa penal. La idea de fondo es desplazar la reflexión jurídico-penal del momento de la aplicación al de la producción lo que, claro está, exige contar con criterios racionales de la legislación.*

En Principio de legalidad y causas de justificación*, José Juan Moreso estudia uno de los aspectos del principio de legalidad, la exigencia de taxatividad, y lo pone en conexión con las causas de justificación en el Derecho penal. El problema radica en que el principio de taxatividad exige que las leyes penales contengan únicamente términos descriptivos y precisos pero, sin embargo, las causas de justificación penales están descritas muchas veces mediante términos valorativos e imprecisos. Moreso señala la existencia de tres posibles soluciones al problema, las analiza, y defiende la que consiste en «atemperar el alcance del principio de taxatividad respecto de las causas de justificación».*

Ricardo Guarinoni analiza, en su trabajo titulado Después, más alto y excepcional. Criterios de solución de incompatibilidades normativas, *cuáles son las relaciones entre los criterios clásicos de resolución de antinomias (el jerárquico, el temporal y el material) con vistas a poder elegir más racionalmente entre las soluciones posibles. Las conclusiones a las que llega (su modelo de solución de antinomias) son estas tres: el criterio jerárquico prevalece sobre los otros dos; el criterio material prevalece sobre el temporal y cede ante el jerárquico; el criterio temporal sólo adquiere relevancia cuando es el único criterio de preferencia.*

Pablo Larrañaga, en Responsabilidad de rol y directrices*, centra su análisis en la noción de responsabilidad en cuanto deberes propios de un cargo o rol social. En su opinión, se trata de deberes que se caracterizan,*

por un lado, porque están relacionados con la consecución de objetivos y, por otro lado, porque tienen un componente de deliberación que no existe en otros tipos de deberes. Las normas con las que se regulan esos deberes son las directrices, y eso le lleva a dedicar la última parte de su trabajo a dilucidar esta última noción. En particular, Larrañaga subraya que las directrices tienen no sólo una dimensión de peso (como el resto de los principios), sino también de oportunidad; y una dimensión de eficiencia, dada la necesidad de optimizar los recursos (escasos) disponibles.

Algunas consideraciones sobre la ciencia jurídica *es el título del trabajo de Santiago Sastre dedicado al «eterno problema» del estatuto epistemológico de la ciencia del Derecho. Sastre comienza por profundizar en lo que significa concebir el Derecho como un objeto del que se ocupa la ciencia jurídica. Subraya luego que la epistemología actual ha flexibilizado notablemente la noción de ciencia y que la ciencia designa una forma de organizar el saber, pero no un cierto objeto de estudio, de manera que no hay objetos científicos o no científicos, sino discursos que se ajustan o no a los criterios de la ciencia. Y termina señalando que en el debate juega un papel destacado la emotividad del término «ciencia», cuando lo que de verdad debería importar es la utilidad práctica de la dogmática jurídica.*

Finalmente, la sección se cierra con un artículo de Ricardo Guibourg sobre La certeza de los criterios*. Guibourg entiende por «criterios» las disposiciones para establecer preferencias, construir creencias o apoyar actitudes (a partir de creencias). Esos criterios pueden ordenarse de menor a mayor aceptabilidad social, con lo que resultarían estos niveles de certeza: preferencia; principios y valores; moral; Derecho; predicción; descripción; deducción. Si en lugar de la aceptabilidad social se tuviera en cuenta el criterio de la aceptación individual, nos encontraríamos con que el punto más alto de certeza se encuentra en la preferencia, desciende hacia la moral y vuelve a elevarse a partir del Derecho. El problema surge cuando los criterios característicos de ciertos niveles se extrapolan a otros, lo que crea diversas perplejidades. Guibourg analiza sucintamente el caso del Derecho y se muestra más bien escéptico en cuanto a la posibilidad de superarlas.*

La sección de ***Notas*** *es en este número relativamente breve. En la primera de ellas,* La racionalidad en el pensamiento y en la acción*, Matti Sintonen se plantea (y ofrece una cierta respuesta a) las siguientes cuestiones en torno a la racionalidad: ¿Por qué es una noción relevante? ¿Qué significa ser racional? ¿En qué ámbito se sitúa la noción de racionalidad (la racionalidad se suele predicar de los individuos, pero también de entidades impersonales como el mercado o de la naturaleza)? ¿Hasta qué punto somos seres racionales? ¿Existe una noción de racionalidad que sea a la vez única, universal e interesante?*

En El «Derecho como argumentación» y el Derecho para la argumentación*, Alfonso García Figueroa responde a las objeciones que Isabel Lifante (en el anterior número de DOXA) había dirigido al artículo de aquel titulado* La tesis del caso especial y el positivismo jurídico*, publicado también en esta revista. Además, García Figueroa reconstruye, a efectos polémicos, las tesis de fondo sobre el Derecho que estarían implícitas en la crítica de Lifante. Y matiza en cierto modo su planteamiento inicial de tipo positivista y crítico con respecto a la tesis del caso especial; su propuesta consiste en «mantener en lo fundamental una teoría del Derecho positivista y al mismo tiempo reconocer el progresivo afianzamiento en los Estados constitucionales del momento de la aplicación del Derecho, así como de su dimensión justificativa» o, dicho en otra forma, en «una armonización de la teoría alexiana...con la tradición positivista».*

En la última de las Notas, La ciudad como forma del pensamiento*, María José González Ordovás señala cómo ha evolucionado el sistema urbanístico español, subrayando la contraposición que aquí se produce entre el Derecho válido y el Derecho eficaz; y pone de manifiesto las dificultades existentes para articular la participación del ciudadano en la actuación urbanística.*

En la ***Entrevista*** a Robert Alexy *que le hace Manuel Atienza, el autor alemán responde a una serie de cuestiones relativas a temas tales como su evaluación del positivismo jurídico y del constitucionalismo contemporáneo, sus afinidades y diferencias con Dworkin y con Habermas, su concepción de los principios como mandatos de optimización, su visión de la filosofía del Derecho alemana, su interpretación de la teoría del discurso o sus opiniones sobre los grandes filósofos del Derecho del siglo XX. El resultado viene a ser una síntesis de la concepción del Derecho de uno de los iusfilósofos más relevantes e influyentes de las últimas décadas.*

Finalmente, la sección de ***Bibliografía****, dedicada en este número a la filosofía del Derecho en España en el año 2000, ha sido coordinada en esta ocasión por Patricia Fernández-Pacheco.*

E N R I Q U E E . M A R Í

ENRIQUE MARÍ (1928-2001)

Christian Courtis
Universidad de Buenos Aires

Enrique Marí falleció hace algunos meses, un día gris y frío del mes de julio. La noticia fue un gran golpe para mí, y para muchos otros compañeros que aprendimos y enseñamos con él. Aunque los medios de comunicación publicaron varios homenajes, sentí una gran desazón al notar que, entre las alusiones a la figura y al trabajo de Enrique, pocas voces reivindicaron su obra jurídica. Estas breves y apresuradas líneas están dedicadas a resaltar el valor de la obra de Marí en el campo del derecho, y a subrayar la intensa continuidad entre esa obra, el resto de sus preocupaciones teóricas y filosóficas y los valores que encarnó como profesor, como amigo y como persona.

Además de ejercer la profesión de abogado durante muchos años –se jubiló como abogado del Banco Central–, Enrique se dedicó en el plano académico a trasladar al campo de la teoría jurídica la amplitud de sus preocupaciones filosóficas, culturales y políticas. La magnitud de esta tarea sólo puede medirse a partir de las carencias y de la abierta hostilidad de la tradición teórica que campeaba y aún campea en las facultades de derecho, para hacerse cargo de problemas tales como las relaciones entre poder y derecho, derecho e ideología, saber y poder. Enrique asumió esta tarea –de ribetes que recuerdan al castigo de Sísifo– con pasión, humor y resignación, consciente de la abierta resistencia del medio a abrirse a otras ideas y disciplinas y a abandonar la tozuda contemplación del propio ombligo.

¿Cuáles son los hilos que vertebran los trabajos de Marí en el campo del derecho? Creo que su obra encarna los valores propios de su *ethos* vital: la enorme libertad de espíritu, la vocación crítica inclaudicable, la apertura interdisciplinaria poco común, la erudición gozosa, poética, guiada por el placer de la lectura y del debate de ideas, y el refrescante carácter libertario y antiautoritario que caracterizaba a sus ideales y a su trato con las personas.

Si fuera posible hablar de un núcleo de sus preocupaciones teóricas en el terreno jurídico, creo que se trata de su interés por desnudar las determinaciones económicas y políticas del proyecto y de las categorías jurídicas de la modernidad, y su persistencia hasta nuestros días. El rasgo distintivo de su pluma es, sin embargo, la variedad y riqueza del material al que acude para ilustrar sus tesis: las conexiones entre teoría jurídica y concepciones científico-filosóficas reinantes, la economía política, la historia, las comparaciones culturales, la literatura. Se trata, creo, de una de las claves para entender la difícil ubicación de su obra en el panorama seco, casi desértico, de la producción jusfilosófica local, y el mayor interés despertado por sus aportes en el terreno de la filosofía y de las ciencias sociales.

Enrique dedicó gran parte de su vida a abrir puertas, a iniciar exploraciones, a proponer nuevos prismas de lectura. Basta con repasar algunos de sus aportes iniciáticos en el terreno de la teoría del derecho. Debemos a Enrique y a su amigo Jorge Lucio Rébori –secuestrado durante la dictadura militar y aún desaparecido– las primeras articulaciones de una epistemología jurídica de corte materialista en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Marí fue uno de los iniciadores de la teoría crítica del derecho en la Argentina, el introductor de los análisis de Michel Foucault, Gaston Bachelard, Louis Althusser y Nicos Poulantzas en el terreno jurídico, y un precursor en el enlace interdisciplinario de derecho y psicoanálisis.

Lejos de cualquier dogmatismo o encorsetamiento teórico, su obra propone lecturas del derecho que abrevan en aportes de la epistemología, la filosofía y la teoría social de los últimos treinta años. En esta línea, y en lo que tal vez constituya el puente más fecundo entre su obra filosófica y su obra jurídica, acercó a un campo dominado por la teoría jurídica de corte positivista y logicista la crítica epistemológica desarrollada durante gran parte del siglo XX al positivismo y el empirismo en las ciencias naturales, revelando la persistencia en el ámbito del derecho de criterios de demarcación de la cientificidad completamente superados en otras disciplinas científicas. Cabe, así, observar la continuidad de sus planteos en el campo de la epistemología de las ciencias –entre los que sobresalen *Neopositivismo e ideología*[1] y *Elementos de epistemología comparada*[2]– y sus trabajos dedicados a resaltar la influencia del neopositivismo lógico sobre el pensamiento jurídico.[3] En el mismo sentido, proyectó sobre la teoría jurídica la discu-

[1] Marí, E. E., *Neopositivismo e ideología*, EUDEBA, Buenos Aires, 1974.

[2] Marí, E. E., *Elementos de epistemología comparada,* Puntosur, Buenos Aires, 1990.

[3] V., por ejemplo, su trabajo «Causalidad y teleología: intersección del pensamiento de Hans Kelsen con el positivismo lógico y la teleología de Rudolf Ihering. Un ejercicio de epistemología comparada», en Marí, E. E. y otros, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 337-415.

sión sobre el carácter ideológico de todo discurso científico[4] –aun de aquel que predica asepsia ideológica– y sobre la responsabilidad ética del jurista por sus decisiones de supuesto carácter tecnológico,[5] haciéndose eco de los debates generados en el contexto de las ciencias naturales acerca de la responsabilidad del científico por el destino militar o industrial destructivo de sus invenciones. Una de las preocupaciones centrales de las investigaciones de Marí es el papel legitimador del derecho, y su articulación de un discurso racional autocalificado de científico con dispositivos destinados a provocar efectos disciplinadores en el imaginario social. La discusión epistemológica ilumina los aspectos opacos de esta relación: los lugares no nombrados de los que depende la supuesta racionalidad del discurso, y la mutua remisión del discurso legitimador y los dispositivos de empleo de la violencia jurídica. Para ello, Marí se apoya en el debate filosófico que se pregunta por las relaciones entre verdad, saber y poder, cuestionando las formulaciones epistemológicas que desvinculan a la ciencia de cualquier correlato externo.

Gran parte de este trabajo de develamiento ideológico adopta como blanco de crítica al modelo teórico dominante durante gran parte del siglo XX en la teoría jurídica, es decir, el positivismo. La propuesta teórica de Marí eligió explícitamente la estrategia de trabajar sobre las brechas, sobre los intersticios, sobre los resquicios abiertos por la teoría positivista[6] –a partir, en muchos casos, de la propia conciencia e incomodidad de esas fallas expresada por juristas paradigmáticos del positivismo, como Hans Kelsen–.

---

[4] V., por ejemplo, el papel que asigna al discurso de la dogmática jurídica en «Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* Nro. 3, Alicante, 1986, pp. 93-112, y en Marí, E. E. y otros, *Derecho y psicoanálisis*, Hachette, Buenos Aires, 1987, pp. 57-77; en sentido similar, «Las ficciones de legitimación en el derecho y la política: de la sociedad medieval a la sociedad contractual», en Marí, E. E., *Papeles de Filosofía II*, Biblos, Buenos Aires, 1996, pp. 291-318. Para una lectura en esa clave de la teoría de la exegética de la interpretación, v. «La interpetación de la ley. Análisis histórico de la Escuela Exegética y su nexo con el proceso codificatorio de la modernidad», Marí, E. E. y otros, en *Materiales para una teoría crítica del derecho*, cit., pp. 233-294.

[5] V., por ejemplo, «El castigo en el plano teórico», capítulo II de *La problemática del castigo*, Hachette, Buenos Aires, 1983, pp. 66-128, en especial su discusión de la justificación del castigo en el análisis económico del derecho de la Escuela de Chicago, pp. 116-128. En el mismo sentido, «Ciencia y Etica: el modelo de la ciencia martillo», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* Nro. 10, Alicante, 1991, pp. 319-327

[6] En sus propias palabras, jugando con el título de la Teoría Pura kelseniana, sobre las «impurezas de la teoría». Cfr. la respuesta dada por Enrique a una encuesta sobre tendencias de la filosofía del derecho en el mundo, organizada por la revista *Doxa*. V. Marí, E. E., «Problemas abiertos de la filosofía del derecho», en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* Nro. 1, Alicante, 1984, pp. 159-167; en sentido similar, «¿Qué iusfilosofía para la Argentina de la posmodernidad?», en Revista *No Hay Derecho,* Nro. 3, Buenos Aires, 1990. Se trata de los pocos trabajos en los que Marí ofrece una síntesis de sus preocupaciones teóricas en el plano de la filosofía del derecho.

Esta elección, relacionada con su abierta renuencia a la fundación de una nueva metanarrativa o «gran teoría», tiene como correlato una aparente dispersión de la obra de Enrique, cuya unidad parece quedar supeditada al hilván inteligente del lector. No hay manual, instrucciones de uso o marco de interpretación predeterminado que reúna sus trabajos de acuerdo a un plan: no es difícil, sin embargo, vincular esta configuración con la abierta defensa de un modelo epistemológico flexible, en el que, más que por la definición *a priori* de un método riguroso, el valor de un trabajo teórico se estime a partir de la luz que echen sus resultados. Cabe destacar, además, el papel que juegan en tal modelo abierto el placer, la orientación subjetiva, la creatividad, la libertad de fuentes y de metas elegidas por el propio investigador. Por no estar atada a mandatos epistemológicos rígidos, la obra de Enrique es a la vez un llamado a –y un ejemplo de– la ruptura de campos categoriales rígidamente demarcados, al diálogo entre disciplinas.

Ciertamente, la contribución con la que más se lo vincula es la introducción de Michel Foucault en el campo del derecho –a fines de la década del 70, mucho antes de la difusión de la obra del filósofo francés en los círculos de las ciencias sociales–. En esta línea, se destacan su libro dedicado al discurso de Bentham sobre el castigo, y a su relectura por Foucault,[7] y su señero trabajo de proyección de la investigación foucaultiana del caso Pierre Rivière sobre la construcción del discurso jurídico.[8] Marí toma como ejemplo la historia del expediente para ilustrar las discontinuidades de la producción de una pieza del discurso jurídico –en el caso, la sentencia judicial, aunque el autor señala expresamente la posibilidad de repetir el ejercicio con otros ejemplos, como la sanción de normas–. Impugnando los intentos de reconstrucción del discurso del derecho en términos silogísticos, el trabajo postula que el espacio del proceso judicial es un campo de batalla por la imposición de sentidos, determinado externamente por debates aparentemente ajenos a la discusión técnica de los juristas. El discurso del derecho es significativo por lo que dice, pero también por lo que oculta. Esta concepción invita a rechazar las explicaciones autorreferentes acerca del fenómeno jurídico, y a investigar las conexiones que vinculan al derecho –en tanto lugar estratégico de producción de sentido y de legitimación– con otros sucesos económicos, políticos y sociales.

---

[7] Marí, E. E., *La problemática del castigo*, cit.

[8] «'Moi, Pierre Rivière…' y el mito de la uniformidad semántica en las ciencias sociales y jurídicas», en Marí, E. E. y otros, *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Buenos Aires, Hachette, 1982. La reflexión es retomada en Marí, E. E. «El retorno del caso Rivière. Un debate postergado. Veinte años después», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* Nro. 15-16, T. II, Alicante, 1994, pp. 883-896, y en *Papeles de Filosofía II,* cit.

En un plano igualmente relevante y original se encuentra la contribución de Enrique a la vinculaciones entre derecho y psicoanálisis. Sus textos, y su labor de difusión de autores como Pierre Legendre, constituyen un aporte inédito en nuestro país, que ilumina la correlación de los planteos de la teoría psicoanalítica con las funciones sociales cumplidas por el derecho.[9] Marí interpela al derecho a partir de elementos de la teoría freudiana y lacaniana, señalando agudamente estructuras comunes: el papel de las ficciones y los mitos fundacionales, el lugar simbólico de la autoridad, el estatuto organizador de la filiación, las vinculaciones entre amor y poder, la representación del poder en el cuerpo.

Particular atención merece el interés de Marí por la obra menos difundida de Hans Kelsen. Y es que, de acuerdo a la propia justificación de Enrique, Kelsen era demasiado curioso e inteligente como para circunscribir su producción a la receta metodológica que él mismo propugnaba. Prueba de ello es una extendida serie de trabajos en los que Kelsen se aparta de los estrechos márgenes trazados por su propia teoría, y tematiza el derecho a través del material proporcionado por otros campos disciplinarios: el psicoanálisis, los estudios antropológicos, la teología, la teoría de las ficciones. Marí es un meticuloso seguidor de las huellas de este «otro Kelsen», y se ha dedicado a mostrar un costado fascinante del jurista austríaco que la teoría dominante había silenciado.[10]

Otro de los ejes de su obra está constituido por su trabajo sobre la teoría de las ficciones, y el papel que ellas ocupan en la construcción del discurso del derecho.[11] Esta preocupación conecta la teorización sobre las ficciones en la filosofía, la literatura y el derecho, conexión aprovechada por

---

[9] V., por ejemplo, «Una lectura freudiana de Hans Kelsen», en Marí, E. E. y otros, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, cit., pp. 13-26, «Diferentes modos de acceso a la articulación entre derecho y psicoanálisis», en Courtis, C. (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 2001, pp. 39-57, y el empleo de Lacan en «La teoría de las ficciones en Jeremy Bentham», en Marí, E. E. y otros, *Derecho y psicoanálisis*, cit., pp. 46-54.

[10] V., por ejemplo, «Una lectura freudiana de Hans Kelsen», cit., y «Hans Kelsen. La doctrina del eros platónico como un tratado freudiano de sexualidad», en Marí, E. E. y otros, *Materiales para una teoría crítica del derecho*, cit., pp. 27-71, respectivamente; «Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden», cit., 72-77. Marí es responsable además de la publicación y de la revisión técnica de «La función de la Constitución», artículo de 1964 en el que Kelsen, después de una larga serie de marchas y contramarchas teóricas, califica a su «norma fundamental» de «ficción». V. Kelsen, H., «La función de la Constitución», en Marí, E. E. y otros, *Derecho y psicoanálisis*, cit., pp. 79-88. En la misma vena, tradujo «El alma y el derecho», texto de Kelsen de 1936 incluido en *Materiales para una teoría crítica del derecho*, cit., pp. 117-148.

[11] V., por ejemplo, «La teoría de las ficciones en Jeremy Bentham», cit.; «Las ficciones de legitimación en el derecho y la política: de la sociedad medieval a la sociedad contractual», cit.

Marí para enriquecer sus textos jurídicos con ejemplos literarios. En los últimos años, y en conexión con su constante interés por las ficciones, Enrique se dedicó a las relaciones entre derecho y literatura.[12] Su textos más recientes son un ejemplo de frescura y apertura mental: en ellos convive el diálogo con autores de las más variadas corrientes teóricas –desde Gadamer hasta Richard Posner–, y una desprejuiciada revisión de la literatura universal de todas las épocas.

El trabajo de Enrique tampoco estuvo ausente del campo del derecho penal. Varios de sus trabajos ya citados abordan explícitamente el tratamiento filosófico y literario del castigo[13]; en otro registro, su trabajo sobre la teoría de la ideología ha abierto novedosas posibilidades de lectura de la noción de control social[14]. Igualmente interesante para el derecho penal ha resultado su investigación sobre el componente jurídico del movimiento positivista argentino,[15] dadas las indudables influencias de esa postura científico-filosófica sobre el diseño de normas, instituciones y dispositivos de control penal en nuestro país. Enrique fue miembro del comité consultivo de *Poder y Control,* de *Delito y Sociedad* y de *Nueva Doctrina Penal,* y participante de numerosos congresos y eventos de esta disciplina.

Aunque tributario del marxismo estructuralista, la obra de Marí se aleja de todo canon ortodoxo. Los rasgos de una filosofía inexorable de la historia tienen apenas lugar en sus escritos, en los que sí resalta el compromiso crítico y la intepretación de corte materialista. Sin embargo, la variedad del material teórico al que acude y la adopción de un punto de vista microfísico para analizar relaciones de poder aportan a su enfoque un estilo que lo distancia de cualquier convencionalismo. Heterodoxo, iconoclasta, inclasificable, no es extraño que haya sido ignorado y aun víctima de maccartismo, desplazamientos y persecución en el ámbito de la Facultad de Derecho, no sólo en épocas de dictadura, sino también durante la recuperación democrática. Su respuesta ante los contratiempos siempre fue la misma: paciente, éticamente íntegra, lejana a cualquier componenda y transacción po-

---

[12] V. «Robert Musil y la crisis del Reino de Kakania», en Marí, E. E., *Papeles de Filosofía II*, cit., pp. 65-89; «Derecho y Literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* Nro 21, T. II, Alicante, 1998, pp. 251-287.

[13] V. Marí, E. E., *La problemática del castigo*, cit.

[14] Cfr. «Igualdad y seguridad: el objeto del control», en R. Bergalli y E. E. Marí (coords.), *Historia ideológica del control social (España-Argentina, siglos XIX y XX)*, PPU, Barcelona, 1989, y los trabajos allí reunidos bajo esta perspectiva.

[15] «El marco jurídico del movimiento positivista argentino», en Biagini, H. (comp.), *El movimiento positivista argentino*, Ed. de Belgrano, Buenos Aires, 1985, reimpreso en *Papeles de Filosofía II*, cit., pp. 141-204; Marí, E. E., «José Ingenieros: el alienista, si loco y el delito», en Revista *Todo es Historia,* 173, Buenos Aires , 1981, reimpreso en Marí, E. E., *Papeles de filosofía*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 1993, pp. 185-194.

lítica, firme en la defensa de sus ideas y coloreada por un envidiable sentido del humor y de la ironía. Fruto, tal vez, de años de tener razón en minoría, de articular respuestas lúcidas desde la oposición.

Es lamentable que ni a Enrique ni a su obra se les haya dado el lugar que merecen en el ámbito del derecho. A quienes compartimos su enseñanza y el placer de ayudarlo, nos será difícil acostumbrarnos a su ausencia. A quienes no llegaron a conocerlo, les queda el tardío consuelo de revisar sus escritos.

SOBRE EL RAZONAMIENTO JURÍDICO

¿POR QUÉ ES DERROTABLE EL RAZONAMIENTO JURÍDICO?

Juan Carlos Bayón
Universidad Autónoma de Madrid

En algunas de las más destacadas contribuciones a la teoría del razonamiento jurídico aparecidas durante los últimos años se da por sentado que un rasgo esencial del mismo es su carácter derrotable[1]. La idea, por supuesto, no es en absoluto nueva[2]. Pero queda ahora articulada de un modo mucho más preciso y sistemático, en buena medida gracias a la utilización de instrumentos teóricos puestos a punto en el terreno de la inteligencia artificial. Estas nuevas y más elaboradas formas de presentación del argumento persiguen en realidad dos objetivos, que, aun complementarios, se desenvuelven en planos distintos y son conceptualmente separables. Porque no sólo tratan de convencernos de que lo fundamental en cuanto al análisis del razonamiento jurídico son ciertas peculiaridades de éste supuestamente determinantes de su carácter no monotónico (lo que permite, por cierto, distinguir tantas versiones de la tesis como explicaciones diferentes se nos ofrezcan acerca de cuáles se supone que son, en concreto, esos rasgos específicos), sino que sostienen además que la lógica clásica no es apta para formalizar el razonamiento jurídico precisamente a causa de ese carácter derrotable (aunque entre los persuadidos de que necesitamos nuevas herramientas lógicas para dar cuenta adecuadamente de la derrotabilidad no hay pleno acuerdo acerca de cómo configurar esa lógica no estándar supuestamente requerida).

Las dos ideas, no obstante, han sido puestas en tela de juicio[3]. Empezando por la segunda, se han expresado serias reservas acerca de la empre-

[1] Es el caso, por ejemplo, de (Sartor 1995), (Hage 1997) o (Prakken 1997). Vid. también (Hage y Peczenik 2000) y (Tur 2001).

[2] Cf. (Hart 1960 [1948–49]) –pero téngase en cuenta que ese trabajo fue ulteriormente desautorizado por el propio Hart (Hart 1968, p. v)– y (Toulmin 1958, p. 142).

[3] Aunque, como ya he sugerido, se trata de cuestiones que deberían analizarse por separado: de hecho, hay quien admite que el razonamiento jurídico es derrotable rechazando al mismo tiempo la noción de «implicación derrotable», lo que es tanto como sugerir que para ela-

sa misma de desarrollar *lógicas* no monotónicas. Se dice, en esa línea, que no tiene sentido hablar de «lógica» no monotónica a menos que se esté dispuesto a aceptar la noción de inferencia no monotónica. Y es ése el paso cuya pertinencia se pone en duda, entendiendo que la idea de un condicional derrotable como un nuevo tipo de conectiva lógica no es en realidad sino el fruto inadvertido de la mezcolanza de una noción estándar de implicación material con un mero cambio de premisas dentro de un proceso de revisión racional de creencias[4]. Así pues, esa pretendida conectiva lógica nueva carecería de utilidad y daría lugar a sistemas de supuesta «lógica no monotónica» de escasísimo –si es que no nulo– poder inferencial, es decir, ineficientes desde el punto de vista computacional. Para quienes desarrollan este tipo de crítica no habría por qué negar el genuino interés que tendría la articulación de modelos a través de los cuales se intentase dar expresión formal a las pautas de revisión racional de creencias en el razonamiento no monotónico o por defecto: en lo que se insiste es en que resultaría inadecuado concebirlos como «lógicas» en sentido estricto. Por supuesto, frente a ello cabe siempre replicar que todo depende de lo que se entienda por «lógica en sentido estricto»[5]. En cualquier caso, estas son cuestiones de filosofía de la lógica muy polémicas, enormemente complejas y que en buena medida exceden de mi competencia. Así que, salvo algunas observaciones dispersas, en lo sucesivo no me ocuparé de ellas.

Lo que aquí me interesa es el lado más específicamente iusfilosófico del problema. Porque antes de plantearnos si se necesita algún tipo de lógica no clásica para formalizar el razonamiento derrotable, lo que hay que aclarar como cuestión previa es por qué se supone que el razonamiento jurídico es derrotable. Como veremos, se han propuesto diversos argumentos para justificar esa pretensión. Pero no está del todo claro qué es exactamente lo que intentan probar, porque no siempre es fácil precisar qué es lo que se está entendiendo en cada uno de ellos por «razonamiento jurídico» (ya que cabe pensar en diferentes clases de razonamiento jurídico, o, por decirlo mejor, en razonamientos jurídicos llevados a cabo en diferentes contextos o bajo diferentes condiciones), ni qué y en qué sentido se supone en cada caso que es «derrotable». De hecho, parece más bien que en la pretensión de que el razonamiento jurídico es derrotable se entrecruzan intuiciones dispares, así que para poner algo de orden en el debate tal vez se deba comenzar por aclarar tanto las relaciones como las diferencias que median entre ellas.

---

borar modelos formales de razonamiento derrotable o no monotónico no necesitamos ninguna clase de «nueva lógica» propiamente dicha (es el caso de MacCormick 1995).

[4] Este tipo de crítica puede verse en (Alchourrón 1993).

[5] Es lo que hacen (Sartor 1995, p. 140 y nota 12 en p. 154) y (Prakken 1997, p. 98).

Parece en cualquier caso que, entre todos esos argumentos, el más fuerte y al que se recurre con mayor frecuencia es el que sostiene que el razonamiento jurídico es derrotable porque las normas jurídicas mismas son derrotables[6], una idea que, a su vez, suele ser el producto de una determinada forma de concebir cómo se desenvuelve la relación entre principios y reglas en los sistemas jurídicos contemporáneos. Pero este argumento tropieza con un buen número de dificultades y de hecho ha sido duramente criticado en los últimos tiempos. Así, todo lo que algunos autores están dispuestos a conceder es que las normas jurídicas *pueden* ser derrotables (Schauer 1998), lo que por supuesto es bien distinto de afirmar que la derrotabilidad es un rasgo necesario de las mismas. E incluso, más radicalmente, otros afirman sin ambages que, a pesar de su posible atractivo inicial, la idea de norma jurídica derrotable es irremisiblemente el producto de confusiones conceptuales, no sobrevive a un análisis riguroso y debe ser sin más desechada[7]. En cuyo caso, si carece de sentido hablar de normas jurídicas derrotables, la tesis de la derrotabilidad del razonamiento jurídico habría quedado privada del que parece ser su principal respaldo y, sin él, verosímilmente condenada al fracaso.

Como puede verse, las discusiones encaminadas a determinar si el razonamiento jurídico es o no derrotable –y por qué– giran inevitablemente en torno a cuestiones centrales de la teoría del derecho, tales como el modo de concebir los principios y su relación con las reglas. Lo que, por otra parte, no debería sorprendernos, ya que como hace tiempo nos recordó MacCormick, «[una] teoría satisfactoria del razonamiento jurídico requiere y es requerida por una teoría satisfactoria del derecho» (MacCormick 1994 [1978], p. 258). Así que, obviamente, el problema tiene demasiadas ramificaciones como para que quepa aquí explorarlas en toda su complejidad. Pero me gustaría intervenir de todos modos en el debate para proponer, en esencia, estas dos tesis. En primer lugar, que puede haber efectivamente normas jurídicas derrotables: pero que quienes sostienen que de hecho *todas* –o prácticamente todas– las normas jurídicas son realmente derrotables parecen no darse cuenta de que, tomada en serio, su afirmación es fuerte-

[6] La idea de norma (o «regla») derrotable es aceptada por (Sartor 1995, pp. 143–144), (Prakken 1997, pp. 47–48) y (Prakken y Sartor 1997 [1996], p. 182). No obstante, algunos de quienes sostienen que el razonamiento jurídico es derrotable encuentran inadecuada esa noción. Hage, por ejemplo, entiende que la derrotabilidad ha de predicarse de los *argumentos* que tienen que ver con la aplicación de reglas, no de las reglas mismas (Hage 1997, p. 4, nota 6).

[7] Vid. (Marmor 1992, pp. 135–138) y (Marmor 1999, pp. 141–150). Y especialmente la penetrante crítica de la idea de derrotabilidad, tal y como es usada en la teoría del derecho y del razonamiento jurídico, que ha ido desarrollando Jorge Rodríguez en una serie de esclarecedores trabajos, de alguno de los cuales es coautor Germán Sucar: cf. (Rodríguez 1997), (Rodríguez y Sucar 1998) y (Rodríguez 2000, pp. 164–166).

mente contraintuitiva y con toda probabilidad falsa, así que el apoyo que pueda prestar a la idea de que el razonamiento jurídico es derrotable debería ser visto con recelo. Y en segundo lugar, que sí hay un sentido en el que cabe afirmar que el razonamiento jurídico es derrotable, pero no se basa en la posibilidad de que las normas jurídicas sean a su vez derrotables y, sobre todo, no pone en tela de juicio el carácter subsuntivo de la justificación jurídica. No obstante, a fin de allanar el camino para el desarrollo ulterior de estas dos ideas centrales, creo que merece la pena examinar en primer lugar algunos otros argumentos que también se han utilizado para sostener que el razonamiento jurídico es derrotable.

1. Tres argumentos en favor de la derrotabilidad del razonamiento jurídico

1.1. Derrotabilidad procesal

El primero de esos argumentos proviene de lo que cabría llamar la pragmática de los procedimientos jurídicos[8] y suele plantearse del siguiente modo. Las normas jurídicas tienen una estructura condicional, de manera que cierta consecuencia jurídica (de cualquier clase que sea) es debida si se da un determinado conjunto de condiciones. Para identificar en su integridad ese conjunto de condiciones probablemente habrá que poner en relación y combinar una pluralidad de disposiciones legales, pero por ahora esa complicación puede dejarse al margen. Podemos llamar «condición positiva» a cualquier clase de evento o circunstancia que haya de concurrir para que resulte debida la consecuencia jurídica en cuestión y «excepción» a cualquier componente del antecedente de la norma a cuya ausencia quede condicionada dicha consecuencia. Por ejemplo, el derecho puede disponer que existe la obligación de reparar un daño *si* se ha causado por acción u omisión *y* ha existido intencionalidad, *a menos que* se haya actuado en legítima defensa *o* en cumplimiento de un deber, con lo que quedarían establecidas dos condiciones positivas que han de concurrir y dos excepciones que han de estar ausentes para que se tenga la obligación de reparar un daño. La suma de condiciones positivas identifica la situación normal o típica en la que el legislador considera apropiada la consecuencia jurídica, mientras que cada una de las excepciones indica una circunstancia especial en la que, no obstante la satisfacción de todas y cada una de las condiciones positivas, la reputa inapropiada.

[8] La exposición más completa de este argumento puede encontrarse en (Sartor 1995, pp. 119–140). Vid. también (MacCormick 1995, pp. 100 y 104–106) y (Prakken 1997, pp. 272–273).

Un razonamiento jurídico es un argumento (o conjunto de argumentos) encaminado a mostrar que cierta pretensión o decisión está –o no– justificada con arreglo al derecho. Si tanto las condiciones positivas como las excepciones forman parte del antecedente de la norma, cabría pensar que la decisión de aplicar cierta consecuencia jurídica a un caso particular no puede estar justificada a menos que se haya establecido que *todas* esas condiciones han quedado satisfechas, esto es, tanto que concurre cada una de las condiciones positivas como que está ausente cada una de las excepciones (y, por supuesto, haber acreditado que una excepción no concurre es distinto de no haber acreditado que concurre).

Pero lo que subraya el argumento que estamos considerando es precisamente que en el contexto de la aplicación jurisdiccional del derecho las cosas no son así. Para que prospere su pretensión, todo lo que de entrada ha de probar el demandante (querellante, etc.) es que cada una de las condiciones positivas (o incluso sólo algunas de ellas[9]) ha quedado satisfecha. En cuanto a las excepciones (y, tal vez, también en cuanto a la no concurrencia de alguna de las condiciones positivas), la carga de la prueba se traslada al demandado (querellado, etc.). Como el sentido obvio de asignar la carga de la prueba de cierta manera consiste en establecer una suposición que rija por defecto y que por tanto quede en pie si no resulta desvirtuada por prueba en contrario, ello es tanto como decir que incumbe al demandado la carga de refutar la suposición procesal por defecto de que no concurre excepción alguna. Así que, en definitiva, entre las condiciones que operan en el contexto de un litigio para que prospere la pretensión de que se haga valer cierta consecuencia jurídica hemos de distinguir entre hechos que han de ser probados y suposiciones por defecto que no han de ser desvirtuadas por prueba en contrario. Siguiendo la terminología propuesta por Sartor, podemos llamar a los primeros *probanda* y a las segundas *non–refutanda* (Sartor 1995, p. 121). Y aquí lo decisivo sería caer en la cuenta de que la pretensión del demandante fracasará si el demandado logra refutar algún *non–refutandum*, pero prosperará en caso contrario. Lo que es tanto como decir que una decisión judicial en un litigio real estará justificada si se ha probado cada *probandum*, con tal que no haya quedado refutado un solo *non–refutandum*.

[9] Probar que cierta condición positiva *no* concurrió puede entrañar menos dificultades para el demandado de las que represente para el demandante probar que *sí* quedó satisfecha. Es probablemente lo que sucede con la condición positiva «haber existido intencionalidad» del ejemplo que he propuesto. Y esta puede ser una razón para que el derecho atribuya al demandado la carga de la prueba de que dicha condición positiva no concurrió, en vez de requerir del demandante la prueba de que quedó satisfecha. Para aligerar la exposición, no obstante, prescindiré en lo sucesivo de esta posibilidad.

Todo esto, a decir verdad, es de sobra sabido. Pero según quienes sostienen el argumento que estamos examinando no hace falta nada más para cimentar la conclusión de que, desde el punto de vista lógico, el razonamiento jurídico es no monotónico o derrotable. Si no lo fuese –nos dicen– no habría forma de explicar cómo es que una decisión puede estar realmente justificada a partir de un conjunto de premisas P_1 cuyo contenido (en lo que concierne al juicio de hecho) es que todos los *probanda* han sido probados y, sin embargo, no estarlo a partir de un conjunto ampliado P_2 que añade a P_1 la premisa adicional de que algún *non–refutandum* ha quedado refutado. Según la lógica clásica no puede ser el caso que '$p \rightarrow r$' y que '$(p \wedge q) \rightarrow \neg r$'. Pero lo que quieren subrayar quienes le encuentran sentido a hablar de inferencias no monotónicas es justamente que podemos inferir (no monotónicamente) 'r' a partir de 'p' (junto a la ausencia de prueba de 'q', lo que en cualquier caso sigue siendo distinto de inferirlo a partir de '$p \wedge \neg q$'), y ello aunque no quepa inferirlo de '$p \wedge q$'. Así que, en definitiva, la asignación de cargas de la prueba daría al razonamiento jurídico una configuración peculiar que haría que la lógica clásica no resultase apta para formalizarlo, puesto que ésta sencillamente carecería de recursos para manejar la noción de suposición por defecto, con lo que quedaría borrada la distinción entre *probanda* y *non–refutanda*. La consecuencia de ello sería que toda excepción *q* habría de ser tratada como «la condición de que *no q*» y, como cualquier otra condición que forme parte del antecedente de la norma, ser probada para poder derivar justificadamente la consecuencia jurídica en cuestión. Y eso, obviamente, es muy distinto de asumir que toda excepción *q* a una consecuencia jurídica ingresa en principio en el razonamiento jurídico como «la suposición, sujeta a refutación, de que *no q*», permitiendo así que resulte acogida la pretensión del demandante mientras no se haya probado *q* (y no «a condición de que se haya probado *no q*»). La conclusión del argumento es por tanto, en resumidas cuentas, que el razonamiento jurídico es derrotable en razón del modo en que están configurados los procedimientos jurídicos.

No obstante, este argumento de la derrotabilidad procesal me parece escasamente convincente. De entrada, para evaluar su auténtica fuerza convendría introducir dos matizaciones. En primer lugar, quienes destacan las consecuencias que tendría para el razonamiento jurídico la distinción entre *probanda* y *non-refutanda* suelen sostener al mismo tiempo que no hay norma de la que sea posible ofrecer la lista exhaustiva de sus excepciones[10] (y por consiguiente, dado que un *non-refutandum* es la negación de una excepción, que no cabe identificar de antemano la lista completa de *non-refu-*

[10] Como caso paradigmático véase (Sartor 1995, p. 143).

tanda para una consecuencia jurídica cualquiera). Pero se trata de cuestiones lógicamente independientes que convendría mantener separadas: una cosa es afirmar que como consecuencia de la asignación de cargas de la prueba algunos componentes del antecedente de la norma operan en el razonamiento jurídico como *probanda* mientras que las negaciones de otros operan como *non-refutanda*, y otra bien distinta sostener que es imposible identificar exhaustivamente todos los *non-refutanda*. Esta última afirmación equivale a decir que las normas jurídicas mismas son derrotables y, como señalé anteriormente, parece ser el más fuerte de los argumentos que se suelen utilizar para explicar por qué el razonamiento jurídico sería derrotable. Y lo que sucede cuando las dos ideas se sostienen simultáneamente es que no resulta fácil determinar en qué medida contribuye cada una de ellas a la justificación de esta conclusión. Así pues, y para aclarar si el argumento de la derrotabilidad procesal tiene alguna fuerza por sí mismo, me parece aconsejable suponer por el momento que las normas jurídicas no son derrotables y que por consiguiente la identificación exhaustiva de los *non-refutanda* es en principio posible.

La segunda cautela tiene que ver con la necesidad de evitar la equiparación entre razonamiento jurídico y razonamiento judicial. No todo razonamiento jurídico tiene por qué desarrollarse en el contexto de un litigio real y sometido por tanto a las normas que rigen el proceso. Hay otros muchos contextos, además de la resolución jurisdiccional de un pleito, en los que se desarrollan razonamientos jurídicos, tal y como sucede cuando se ofrece consejo legal, se reflexiona sobre casos hipotéticos al hacer dogmática jurídica o, simplemente, intenta uno determinar las consecuencias jurídicas de sus actos. Habría entonces que preguntarse si el argumento de la derrotabilidad procesal está realmente en condiciones de justificar la tesis según la cual todo razonamiento jurídico, y no sólo el judicial, es derrotable. Así que parece sensato evaluar por separado la fecundidad de este argumento según se aplique al razonamiento judicial o a formas de razonamiento jurídico que se desarrollan en otros contextos distintos de la jurisdicción.

Si se admite a título provisional que las normas jurídicas no son derrotables, parece trivialmente cierto que si se dispusiera de información completa (tanto acerca de los hechos como del derecho) el razonamiento jurídico no judicial podría ser reconstruido como una inferencia deductiva ordinaria. Puede pensarse entonces que si también se produce la derrotabilidad del razonamiento en contextos no judiciales será a causa de operar con información incompleta, lo que en cualquier caso seguiría haciendo pertinente la distinción entre *probanda* y *non-refutanda*, puesto que, como veremos después, el razonamiento en condiciones de información incompleta requiere suposiciones por defecto sujetas a la posibilidad de ser refutadas. Pe-

ro los problemas que rodean a los razonamientos con información incompleta merecen un análisis independiente que por el momento más vale posponer. Baste por ahora con señalar que, en lo que concierne a la pretendida derrotabilidad del razonamiento jurídico no judicial, el argumento basado en la asignación de cargas de la prueba se transmuta en realidad en un argumento centrado en la idea de información incompleta. Y tras ello podemos volver de nuevo nuestra atención al razonamiento judicial.

En mi opinión el argumento de la derrotabilidad procesal yerra el blanco porque parece haber pasado por alto el papel que desempeñan en el razonamiento judicial las normas jurídicas secundarias[11]. Supongamos que con arreglo al derecho si se da la condición positiva *p*, y siempre que no concurra la excepción *e,* se sigue la consecuencia jurídica *c*: '$(p\Lambda\neg e) \rightarrowtail c$'. Por supuesto, dado que '$(p\Lambda e) \rightarrowtail \neg c$', la lógica clásica no permite derivar *c* sólo a partir de *p*. Lo que nos dicen entonces quienes propugnan este argumento es que, si admitimos que está justificado que los jueces dicten una decisión que aplica *c* cuando todo lo que se ha probado es *p*, o aceptamos la desagradable conclusión de que el razonamiento judicial escapa a las leyes de la lógica o, como el argumento nos sugiere, habrá que entender que sigue las leyes de *otra clase* de lógica (de una lógica no monotónica, precisamente). Luego –se concluye– lo que permite al juez derivar *c* sólo a partir de *p* es una regla de inferencia no monotónica.

Pero esto es un error. Lo que en realidad autoriza ese paso es simplemente una norma jurídica, una regla secundaria de adjudicación dirigida al juez que le ordena dictar una decisión con el contenido *c* toda vez que el demandante haya probado *p* y el demandado no haya probado *e* (y también no dictarla, a pesar de que se haya probado *p*, si además el demandado ha probado *e*). Lo que hay que retener, por tanto, es que hemos de distinguir entre una norma primaria que establece cuáles son las condiciones para una cierta consecuencia jurídica y una norma secundaria que establece cuáles son las condiciones para que los jueces dicten una decisión que tenga a dicha consecuencia jurídica como contenido cuando enjuician un caso. La calificación como *probanda* o *non–refutanda* de las diferentes condiciones que integran el antecedente de la primera de esas normas está determinada por el modo en que hayan quedado fijadas las condiciones que conforman el antecedente de la segunda. Y entre estas últimas la distinción entre *probanda* o *non–refutanda* carece de sentido: para que el juez dicte justificadamente una decisión cuyo contenido sea esa consecuencia jurídica que la parte actora reclama deben quedar satisfechas *todas* las condiciones que in-

[11] La idea queda claramente formulada en (Rodríguez y Sucar 1998, pp. 299–301), de cuyo análisis soy deudor en este punto.

tegran el antecedente de la norma secundaria[12]. Por consiguiente el razonamiento judicial, en la medida en que toma esa norma jurídica secundaria como premisa, no tiene por qué ser concebido como algo distinto de una inferencia deductiva ordinaria.

En resumen, el argumento de la derrotabilidad procesal fracasa porque confunde una regla jurídica secundaria de adjudicación con una supuesta regla de inferencia no monotónica. Y, en consecuencia, la asignación de cargas de la prueba en los procedimientos jurídicos no implica que el razonamiento judicial sea no monotónico[13].

1.2. Conocimiento incompleto

Fuera ya del contexto específico de la jurisdicción, la idea de que el razonamiento jurídico es derrotable se basa fundamentalmente –como ya quedó apuntado– en la toma en consideración de las peculiaridades de los razonamientos con información incompleta. Podemos tener intereses prácticos de todo tipo en determinar si cierta acción o pretensión está o no justificada con arreglo al derecho en un caso concreto. Sin embargo, aun suponiendo que en teoría sea posible identificar exhaustivamente las excepciones a cualquier norma jurídica, puede faltarnos información tanto acerca del derecho como acerca de los hechos relevantes: podemos no ser conscientes de que el derecho establece cierta excepción a una regla, o de que alguna excepción (cuya relevancia jurídica conocemos) concurre de hecho en las circunstancias particulares que estamos considerando. Es más, puede que nuestro conocimiento de los hechos relevantes sea incompleto precisamente a resultas de nuestro conocimiento incompleto del derecho. Ello se debe a lo que Stuart Hampshire llamó la «inabarcabilidad de la descripción» (Hampshire 1978, pp. 30–31). Como señaló Hampshire, cualquier situación a la que nos enfrentemos posee una serie inabarcable de características, pe-

---

[12] Nótese que mientras '*e*' es una excepción en el antecedente de la primera norma, lo que constituye una excepción en el antecedente de la segunda es «que el demandado haya probado *e*». Por tanto, para que el juez dicte justificadamente una decisión cuyo contenido sea esa consecuencia jurídica que la parte actora reclama se requiere que esta excepción en el antecedente de la norma secundaria *no concurra* (no «que no conste que concurre"). Resultaría sumamente extraño decir que el juez debe dictarla «mientras no se haya probado (que el demandado ha probado *e*)».

[13] Curiosamente, al comentar el análisis pionero de Hart sobre la derrotabilidad, Prakken le reprocha haberla tratado como un mero «aspecto de los procedimientos jurídicos», sin haber extraído sus «implicaciones en cuanto a la lógica», con lo que supuestamente habría dejado sin explicar de qué modo «podría ser reconciliado ese rasgo con la idea de que el razonamiento judicial está sujeto a pesar de todo a las leyes de la lógica» (Prakken 1997, pp. 272–273). Pero si lo que se acaba de decir es correcto –y en contra de la opinión de Prakken–, que Hart no pretendiera extraer ninguna implicación especial en cuanto a la lógica debería considerarse más como un mérito de su enfoque que como un defecto.

ro nuestra atención se fija sólo en una pequeña parte de las mismas: precisamente aquellas a las que otorguen relevancia los que resulten ser nuestros intereses inmediatos en dicha situación. Por eso, si no somos conscientes de la trascendencia jurídica que cierta circunstancia pueda tener como determinante de una excepción, la cuestión de su presencia o ausencia en la situación que estamos considerando nos pasa sencillamente desapercibida.

Pero en la vida cotidiana, tanto en la esfera jurídica como en cualquier otra, no dejamos de mantener creencias (y de mantenerlas con confianza) sólo porque seamos conscientes de que cabe la posibilidad de que tengamos que desecharlas a la luz de alguna información suplementaria. Nuestras creencias, en suma, son derrotables: pueden estar justificadas racionalmente en relación con ciertos datos, aunque datos adicionales de los que sólo se disponga en un momento posterior nos muestren que carece ya de justificación seguirlas manteniendo y deben ser reemplazadas.

Así pues, todo razonamiento con información incompleta es derrotable. Pero aquí resultan pertinentes dos observaciones. En primer lugar, que lo que realmente está en juego en este tipo de razonamientos no es la verdad, sino la creencia justificada[14]. Qué sea verdad depende por supuesto de lo que sea el caso, no de lo que se haya o no mostrado que es el caso. Dados dos conjunto de premisas P_1 y P_2, tales que P_2 conserva toda la información de P_1 y añade a ella alguna más, tiene perfecto sentido decir que una creencia *c* está justificada sobre la base de P_1 pero deja de estarlo a la luz de P_2, mientras que sería un dislate afirmar que antes del incremento de información que media entre P_1 y P_2 era verdadera pero después de él es falsa (cf. Peczenik 1997, p. 147). Y hay que manejar estas ideas con cuidado cuando se proyectan sobre la esfera del derecho. Porque alguna vez se ha llegado a decir que en el terreno jurídico las cosas son diferentes, que, pongamos por caso, el que uno tenga la obligación de reparar el daño causado «no depende en realidad directamente de lo que haya acontecido [p. ej., de que uno actuara o no en legítima defensa], sino de lo que se haya probado» (Bankowski, White y Hahn 1995, p. 13). Pero a mi modo de ver hay en esto una perturbadora ambigüedad. Que verdaderamente tenga uno aquella obligación depende de lo que haya acontecido: lo que depende de lo que se haya probado es la justificación de que se declare en juicio que uno es responsable. Por lo tanto, hemos de distinguir con claridad entre condiciones para una cierta consecuencia jurídica tal y como el derecho las ha establecido; condiciones para creer justificadamente (a la luz de la información disponible) que cierta consecuencia jurídica se aplica en efecto a una determinada

[14] Como dice MacCormick, el razonamiento derrotable «tiene que ver más con actitudes proposicionales (prudentes) que con proposiciones» (MacCormick 1995, p. 114).

situación; y condiciones (fijadas por una norma secundaria de adjudicación) para que el juez resuelva que procede acoger la pretensión de que dicha consecuencia jurídica es aplicable.

Y en segundo lugar, que una creencia pueda estar justificada sobre la base de determinada evidencia no implica, naturalmente, que pueda estarlo sobre la base de una evidencia cualquiera[15]. La clave para formar creencias racionales con información incompleta tiene que ver con la noción de normalidad (que por supuesto es contextual): si se sabe al menos que se da el conjunto de condiciones que normal o típicamente nos permiten inferir cierta conclusión, entonces, en ausencia de información sobre posibles excepciones, se puede creer justificadamente que aquella conclusión es verdadera a partir de la suposición por defecto de que no concurre ninguna circunstancia excepcional (estando, eso sí, dispuestos a revisar esta creencia tan pronto como se disponga de evidencia de lo contrario). Yendo de nuevo a la esfera jurídica, si la suma de condiciones positivas que cuentan como *probanda* identifican la situación normal o típica para la que el legislador considera apropiada cierta consecuencia jurídica, se puede creer justificadamente que ésta se aplica en efecto a un caso determinado sólo con que se sepa que concurren todos los *probanda*, en tanto no conste que concurra excepción alguna.

En sentido estricto, nunca podemos llegar a estar seguros de que nuestras creencias no habrán de sufrir alguna revisión. Tomamos conciencia de los acontecimientos a medida que se nos manifiestan, así que un sujeto racional debe estar dispuesto a llevar a cabo tantas revisiones de sus creencias como resulten exigidas por nuevas informaciones. Cabe por tanto considerar como una tesis de epistemología general que toda creencia es derrotable y que decir de alguna de ellas que está justificada es tanto como decir que, en relación con la información disponible, no ha quedado derrotada[16]. Lo que, como es natural, vale para la creencia de que cierta consecuencia jurídica se aplica a una situación particular tanto como para cualquier otra. Con todo, entiendo que esta es una conclusión correcta pero tan manida que resulta trivial, y cuesta creer que la pretensión de que el razonamiento jurídico es derrotable se reduzca en realidad a esa idea. Este es un punto importante que creo que merece la pena examinar con algún detenimiento.

Mi creencia de que una consecuencia jurídica se aplica a una situación determinada ha de basarse en un argumento cuyas premisas tienen que ver

---

[15] En palabras de Brewka, «no elegimos a ciegas entre extensiones posibles de nuestro conocimiento» (Brewka 1991, p. 6).

[16] Vid. (Chisholm 1989 [1966], pp. 49–60), (Pollock 1987, esp. p. 491) y (Pollock y Cruz 1999, pp. 36–38 y 197–200).

respectivamente con el contenido del derecho y con los hechos del caso. Cabría entonces decir en ocasiones, y en un sentido un tanto laxo, que la conclusión de un argumento de ese tipo ha sido «derrotada» simplemente para indicar con ello que una de las premisas resultó ser falsa y que, tras reemplazarla, la conclusión ya no se mantiene. Pero esto no nos diría absolutamente nada acerca del carácter derrotable *del argumento mismo* en algún sentido mínimamente interesante desde el punto de vista lógico, puesto que con ello no se habría puesto en tela de juicio el carácter deductivo de la inferencia que nos lleva de las premisas a la conclusión. Decir entonces de un razonamiento que es «derrotable» simplemente para indicar que su conclusión no podrá seguir siendo mantenida si una de sus premisas resulta ser falsa es tanto como concebir la idea de derrotabilidad en el sentido más bien pobre de mera falibilidad.

Por el contrario, lo que se suele decir que constituye el núcleo mismo de la noción de razonamiento derrotable o no monotónico es la idea de que, si bien *se conservan* en él las premisas originales (i.e., se siguen considerando verdaderas), su relevancia queda socavada por la información añadida de un modo tal que desplaza la vieja conclusión, así que –se dice– la inferencia que nos lleva de las premisas a la conclusión no puede ser deductiva. Esto es realmente lo que quieren subrayar quienes defienden la tesis de que el razonamiento jurídico es derrotable. Pero esta forma de reconstruir la estructura de los razonamientos con información incompleta es discutible. Los llamados razonamientos no monotónicos se apoyan de hecho en suposiciones por defecto para inferir conclusiones en las que cabe creer justificadamente en condiciones de incertidumbre, y de las que procede retractarse tan pronto como se dispone de alguna evidencia que contradice aquellas suposiciones por defecto. Por lo tanto, en sentido estricto no se puede decir que *no se retira nada* del conjunto de premisas originales al añadir la información nueva que desplaza la vieja conclusión: porque entre esas premisas originales estaba la suposición por defecto que al revelarse falsa ha sido reemplazada. Así que, en suma, aunque indudablemente sea del máximo interés articular una reconstrucción sistemática de los procesos de revisión racional de creencias (esto es, de las pautas que habrían de seguirse para seleccionar en cada contexto las suposiciones por defecto adecuadas, así como para considerarlas derrotadas), el empeño en encontrar una regla de inferencia no deductiva en el razonamiento derrotable –entendido como razonamiento por defecto con información incompleta– parece estar mal concebido desde su raíz.

Quienes sostienen lo contrario suelen replicar que la crítica que se acaba de formular incurre en una petición de principio[17]. Porque se estaría pre-

[17] Vid., por ejemplo, (Hage 1977, pp. 5 ss.).

suponiendo –nos dicen– que el razonamiento *tiene* que encajar en el molde del *modus ponens* y, precisamente por eso, se le endosaría una «premisa tácita» (la suposición por defecto) que no parece que forme parte del argumento tal y como se construye y expresa en lenguaje natural. O dicho de otro modo: la crítica incurriría en petición de principio porque decir que no podría inferirse nada sin esa premisa tácita equivale a dar ya por sentado que la inferencia no puede ser válida si no es deductiva.

Este tipo de réplica, sin embargo, no nos lleva demasiado lejos, puesto que no consigue que la tesis por la que aboga resulte más convincente que la posición que critica. Después de todo, habría que explicar en qué falta se incurre cuando se da cuenta del papel que desempeñan las suposiciones por defecto en los razonamientos con información incompleta del modo –por cierto, más familiar y conocido– propuesto por el enfoque que esta réplica intenta descalificar. En definitiva, la pretensión de que el razonamiento con información incompleta no puede ser reconstruido como una inferencia deductiva en la que las premisas están sujetas a revisión necesitaría a mi juicio algún argumento en su favor. En lo que concierne al razonamiento jurídico, se dice a veces que ese argumento podría extraerse a partir de ciertas exigencias relativas al modo más apropiado de representar las normas jurídicas y sus excepciones. De ello me ocupo a continuación.

1.3. Tratamiento de las excepciones en la representación del conocimiento jurídico

La teoría del derecho contemporánea discute bajo el rótulo de «individualización» la cuestión de cómo descomponer el material jurídico en bruto (tal y como se encuentra en los textos legales) en unidades que puedan ser consideradas normas jurídicas completas e independientes[18]. Hasta ahora he venido presuponiendo que una norma completa es el resultado de combinar un cierto número de disposiciones legales distintas –pues aunque a veces las condiciones positivas y las excepciones se formulan en los textos legales en una misma disposición, resulta más frecuente encontrarlas en disposiciones diferentes–, de manera que la totalidad de condiciones positivas y de excepciones a las que esté sujeta una determinada consecuencia jurídica queden reunidas en un antecedente único que constituya por tanto una condición suficiente para dicha consecuencia. Pero hay un modo alternativo de reconstruir conceptualmente la situación, que supone optar por criterios de individualización diferentes: diciendo que en un nivel superficial te-

[18] Sobre la individualización de normas vid. (Raz 1980 [1970], pp. 140-147 y 216-224); un buen resumen de las principales posiciones mantenidas al respecto puede encontrarse en (Susskind 1987, pp. 118-128).

nemos dos normas que colisionan en un cierto número de ocasiones, si bien en un nivel más profundo se alcanzaría la consistencia entre ellas por medio de una meta-norma –generalmente tácita– de primacía o precedencia (en virtud de la cual el supuesto de la norma que prevalece habría de verse en los casos en los que entraran en colisión como excepción a lo dispuesto en el antecedente de la otra).

Algunos de los que defienden que el razonamiento jurídico es derrotable sostienen que a la hora de construir un modelo del mismo hay buenas razones para individualizar las normas jurídicas de este último modo, de manera que los rasgos estructurales que encontramos de hecho en los textos legales (a saber, regla general y excepciones expresados usualmente en formulaciones normativas separadas) queden preservados en la formalización que se proponga. Prakken, por ejemplo, desarrolla esta idea apelando a los requisitos relativos al modo de representación del conocimiento que suelen aceptarse en el campo de la inteligencia artificial (Prakken 1997, pp. 34-35 y 104-105). En ese ámbito se dice que para construir una base de conocimientos cuando se diseña un sistema experto conviene buscar una formalización isomórfica, esto es, procurar una representación del conocimiento que desde el punto de vista estructural se asemeje tanto como sea posible al modo en que aparezca en su fuente original. Por lo que respecta a la esfera jurídica esa exigencia se traduciría en la formalización de las condiciones positivas y las excepciones como normas separadas, con lo que el proceso de formalización satisfaría la exigencia de «modularidad», es decir, la posibilidad de formalizar un elemento o unidad de información del ámbito de que se trate sin tener que tomar en cuenta cada vez el resto del contenido de éste, lo que sería deseable tanto por razones de validación de la base de conocimientos (porque es más fácil evitar errores si al formalizar una norma no hace falta tomar en consideración sus posibles interacciones con todas las demás) como de mantenimiento de la misma (porque así no haría falta reformular otras unidades integradas ya en la base cada vez que se añadiera un elemento nuevo).

Pues bien, según Prakken, si optamos por este modo de construir un modelo de razonamiento jurídico (esto es, si intentamos ser tan fieles como sea posible a la estructura que de hecho tienen los textos legales y, por consiguiente, formalizamos las excepciones como normas independientes) deberíamos reparar en que ello exige abandonar la noción estándar –i.e., deductiva– de consecuencia lógica (Prakken 1997, 33). Porque –se nos dice– lo que tendríamos entonces sería un marco de razonamiento no monotónico, en el que aplicando una norma a un caso sería posible obtener una conclusión válida que sin embargo no se podría seguir manteniendo si se añade la información de que es subsumible también en el supuesto de hecho de

otra norma, sin que ello implicara que el antecedente de la primera había sido formulado de manera incorrecta. En suma: si se admite que las unidades apropiadas para operar como premisas del razonamiento jurídico son las normas tal y como aparecen formuladas en los textos legales, lo que exigiría la existencia de excepciones sería la adaptación *de la lógica misma* (es decir, la sustitución de la noción de inferencia deductiva por la de inferencia no monotónica), y no la reformulación de las premisas del razonamiento para que las excepciones queden incorporadas en ellas (que es lo que nos permitiría seguir manejando una lógica clásica).

Me parece, no obstante, que en un argumento de este tipo hay algo que no está bien planteado. Para empezar, qué criterios de individualización de normas hayamos de considerar adecuados es una cuestión que, como señala Susskind, depende del tipo de tarea a la que nos enfrentemos (Susskind 1987, p. 121). Así que, más que pensar en tal o cual criterio como el correcto en abstracto, deberíamos admitir que hay distintas formas de individualizar normas que pueden resultar apropiadas en atención a objetivos teóricos diferentes. Y el de formar una base de conocimiento para construir un sistema experto es, ciertamente, sólo uno entre otros muchos posibles. Por otra parte, y sin necesidad de abordar en profundidad los complicados problemas que suscita en el campo de la inteligencia artificial la representación del conocimiento[19], lo que parece sin duda un requisito ineludible de dicha representación es que sea completa. En el caso del derecho está claro que no lo será si no incluye también las meta-normas de prioridad entre normas que puedan existir. Pero si las incluye –dado que, por definición, para identificar su contenido hay que considerar qué relaciones existen entre diferentes normas– quedará fatalmente comprometida la «modularidad» del proceso de formalización (y con ella las supuestas ventajas técnicas de validación y mantenimiento de la base de conocimiento), así que, en definitiva, no creo que quede claro cuál sería la razón por la que deberíamos aceptar el criterio de individualización que conduce a la formalización de las condiciones positivas y las excepciones como normas separadas.

Tal vez quepa de todos modos reformular el argumento de manera que, conservando su sustancia, resulte sin embargo algo más sólido. Las normas –se podría alegar– deben servir como *puntos de partida* para el razonamiento jurídico. Pero si una norma se concibe como el resultado de combinar varias disposiciones legales distintas, de manera que la totalidad de condiciones positivas y de excepciones a las que esté sujeta una determinada consecuencia jurídica queden reunidas en un antecedente único que consti-

[19] Sobre los criterios generales que debería satisfacer la representación del conocimiento al construir sistemas expertos, véase (Susskind 1987, pp. 114-115).

tuya una condición suficiente para dicha consecuencia, difícilmente podrá ser el punto de partida del razonamiento jurídico: será más bien su punto de llegada. O dicho de otro modo: no podemos razonar a partir de normas concebidas en esos términos, porque sólo accedemos a ellas cuando el razonamiento alcanza su conclusión. Por tanto, no deberíamos considerar que una norma con todas las excepciones relevantes incorporadas ya en su antecedente es una premisa adecuada para el razonamiento jurídico (cf. Hage 1997, pp. 6-7).

Esta forma de argumentar, no obstante, se aprovecha de la ambigüedad de la expresión «razonamiento jurídico». Entendido en sentido dinámico, como el *proceso* mismo de razonar, puede aceptarse que tiene su punto de partida en el significado ordinario de alguna disposición tal y como aparece formulada en un texto legal, a lo que habría que añadir ciertas suposiciones por defecto (que no hay razones para apartarse de dicho significado ordinario, ni excepciones que provengan de otras disposiciones) que pueden abandonarse en el curso del razonamiento si se revelan erróneas. Sea como fuere, lo que en todo momento se está tratando de alcanzar a lo largo de ese proceso es un juicio acerca de cuál es, *consideradas todas las cosas*, el derecho aplicable a un caso genérico, por más que dicho juicio sea falible y haya que corregirlo tantas veces como se advierta que en realidad algunas cosas no fueron consideradas adecuadamente.

Pero se puede hablar también de «razonamiento jurídico» para referirse no a ese proceso de ir formando –y reformando– lo que, aun falible, pretende ser en todo momento un juicio acerca del derecho que, consideradas todas las cosas, es aplicable a un caso genérico, sino a la inferencia con la que se justifica una determinada conclusión acerca del derecho aplicable a un caso individual, cuya premisa mayor no puede ser sino uno de aquellos juicios sobre casos genéricos. Y, como se explicó anteriormente, no hay que entender que esta inferencia sea algo distinto de la deducción clásica sólo porque su conclusión decaiga cuando una de sus premisas haya de ser reemplazada porque se ha revelado errónea. Que la premisa sea «derrotable» (en el sentido de falible o revisable) no implica que la inferencia misma sea derrotable (en el sentido de no deductiva).

Con todo, quienes insisten en que el razonamiento jurídico es derrotable disponen aún de otra forma de replantear el argumento: se podría sostener que un juicio acerca del derecho que consideradas todas las cosas sea aplicable a un caso genérico –y que, como tal, establezca una condición *suficiente* para una consecuencia jurídica– resulta, en sentido estricto, inalcanzable[20] (es de-

[20] Vid. (Sartor 1995, pp. 120 y 143-144), que alude a la imposibilidad de llegar a identificar lo que llama «normas condicionales perfectas»; y (Prakken 1997, pp. 7 y 47-48).

cir, no meramente falible, sino inevitablemente fallido); lo que, de ser cierto, implicaría poner en tela de juicio la idea misma de justificación jurídica como subsunción de casos individuales en normas que en su estructura lógica contengan cuantificadores universales respecto a las circunstancias de su aplicación. Se trata, en efecto, del argumento según el cual el razonamiento jurídico es derrotable porque las normas jurídicas mismas son derrotables, y ha llegado ya el momento de someterlo a examen.

2. Derrotabilidad, indeterminación y justificación jurídica

2.1. Excepciones implícitas e indeterminación

Afirmar que las normas jurídicas son derrotables –o «abiertas»– equivale a sostener que están sujetas a excepciones implícitas que no pueden ser identificadas exhaustivamente de antemano. Esta es una idea que parece bastante difundida, aunque no siempre se ponga en relación de manera expresa con la tesis de la derrotabilidad del razonamiento jurídico[21]. Su sentido, no obstante, se malinterpreta si se reduce al de algunas afirmaciones triviales con las que a veces se la confunde. En primer lugar, puede haber sin duda razones morales concluyentes para apartarse en una ocasión determinada de lo dispuesto por una norma jurídica, e incluso sería concebible un sistema jurídico en el que se le reconociera al juez la facultad de cambiar el derecho en tal caso. Pero la pretensión de que las normas jurídicas son derrotables no consiste en eso. Si así fuera, se estarían confundiendo dos cuestiones: qué es lo que habría que hacer en un caso determinado para actuar de acuerdo con el derecho y si moralmente se debería o no hacerlo (Marmor 1992, p. 136). Por el contrario, lo que realmente se está sosteniendo es que toda norma está sujeta a excepciones en virtud de su potencial colisión con otras normas *jurídicas* y que una excepción implícita no es lo mismo que un *cambio* de la norma por parte del juez en el momento mismo de su aplicación. Y en segundo lugar, debería quedar claro qué es lo que se quiere decir al hablar de excepciones que no pueden identificarse de antemano. No se trata de que podamos identificar en su totalidad el conjunto de circunstancias *genéricas* que contarían como excepciones a una norma y que sin embargo no sea posible –en razón de la vaguedad– especificar de antemano la extensión completa de cada una de ellas (después de todo, y por la misma razón, tampoco cabría especificar la extensión completa de cada una de las condiciones positivas que integren el antecedente de la norma). Lo

[21] Véanse (Twining y Miers 1982 [1976], pp. 216-217), (Honoré 1977, p. 109), (Harris 1979, p. 5), (Alexy 1993 [1986], pp. 99-100), (Susskind 1987, pp. 195-198), (Sartor 1995, pp. 120, y 143-144), (Sunstein 1996, pp. 124-128), (Fletcher 1996, pp. 57-58), (Prakken 1997, pp. 7 y 47-48).

que en realidad se quiere sostener al decir que una norma jurídica es derrotable es que ni siquiera es posible identificar de antemano en su totalidad el conjunto de circunstancias *genéricas* que constituirían sus excepciones[22].

Entendida en estos términos, la derrotabilidad de las normas jurídicas suele ser presentada como una consecuencia de la interacción entre principios y reglas, así que quienes propugnan esta tesis parten por lo general de una concepción que distingue dos niveles en el derecho y que, prescindiendo ahora de detalles y matices específicos de cada propuesta teórica concreta, podría describirse a grandes rasgos del siguiente modo[23]. En un primer nivel encontraríamos los principios. Los principios constituirían razones a favor (o en contra) de la existencia de ciertos estados de cosas, en la medida en que éstos encarnen la realización (o frustración) de algún valor. Sin embargo, toda acción posee innumerables rasgos: que pueda producir –o mantener; o destruir– el estado de cosas valioso al que algún principio se refiere será tan sólo uno de ellos. Por lo tanto, la razón para actuar que un principio proporcione puede colisionar con las razones provenientes de otros principios que también puedan resultar relevantes en atención al resto de rasgos de la acción en cuestión. Y en consecuencia un juicio concluyente (o «consideradas todas las cosas») acerca de un caso individual requeriría sopesar o hacer un balance entre todos esos principios.

Por diversas razones (que tienen que ver con el valor de la certeza, los costes de decisión, la asignación adecuada de la autoridad, etc.), parece deseable añadir a ese cuadro un segundo nivel, en el que encontraríamos las reglas. Lo que pretendería el legislador al dictar una regla sería proporcionar por anticipado el resultado de un proceso de ponderación del tipo descrito para una clase de casos (esto es, para un caso genérico), lo que naturalmente presupone un determinado punto de vista acerca de cuáles son las razones que típicamente concurren en esa clase de casos y cuál el peso relativo que típicamente tienen en ellos. Y para articular una genuina regla su antecedente debe quedar formulado en términos que posean autonomía semántica respecto a las razones subyacentes para dictarla (Schauer 1991, pp.

---

[22] Salvo –señala Sartor– en el sentido ilusorio que resultaría del uso de «formulaciones valorativas vagas [...] que en realidad se refieren sólo a clases abiertas de excepciones» (Sartor 1995, p. 143).

[23] Lo que sigue reproduce en lo fundamental el enfoque que proponen (Sartor 1995, pp. 141 y 143-144), (Hage 1997, pp. 106-129) y (Hage y Peczenik 2000, especialmente pp. 307-318). Por descontado, en la teoría del derecho contemporánea se discute vivamente el sentido mismo que haya de darse a las nociones de «principio» y «regla», y no es este el lugar para intentar pasar revista en profundidad a dicha discusión (que, por otra parte, me parece que muchas veces queda enturbiada por continuas oscilaciones en el significado que se atribuye a esos términos, con el resultado, demasiado frecuente, de que quienes discuten se refieren en realidad a cuestiones diferentes).

55 y 61-62). Así pues, cabría pensar que cuando las circunstancias del caso satisfagan el antecedente de una regla –dejando en este momento a un lado las dudas que tengan que ver con la vaguedad– lo que procederá es aplicar sin más la consecuencia jurídica correspondiente, sin necesidad alguna de sopesar o ponderar razones de ningún tipo (conclusión que, por supuesto, debería seguir en pie si las excepciones a las reglas provienen únicamente de otras reglas).

Sin embargo, quienes sostienen la tesis de que toda norma jurídica es derrotable insisten en que es posible hallar excepciones implícitas por razones de principio a lo que, de no ser así, habría que considerar una regla claramente aplicable. Y ello podría suceder por dos razones[24]. En primer lugar, y habida cuenta de lo que Schauer ha denominado el carácter infra y supraincluyente de las reglas (Schauer 1991, pp. 31-34), es posible que la aplicación de una regla a ciertos casos en los que de hecho resulta aplicable vaya en realidad en contra de su propósito o justificación subyacente. En una situación semejante se podría decir que un caso comprendido en el antecedente de la regla no merece, desde el punto de vista de aquel mismo balance anticipado de razones en el que la regla se basa y al que trata de reemplazar, la solución normativa que ella establece. A pesar de lo cual, la justificación que por ello mismo existiría para apartarse de la regla tendría que ser contrapesada con las razones para aplicarla en sus propios términos (que no son otras que las razones mismas para tener reglas), con lo que en definitiva para decidir el caso no habría más remedio que recurrir a la ponderación. Y en segundo lugar, en un caso en el que sea aplicable una regla puede concurrir una razón fundada en un principio que no fue tomado en cuenta en ese balance anticipado que la regla refleja[25]. Con lo que para decidir el caso habría que recurrir de nuevo a la ponderación, esta vez entre lo que cabría llamar el principio que está tras la regla (i.e., el resultado de aquel balance anticipado) y el principio que quedó fuera de ella.

Ahora ya podemos juntar las piezas que integran el argumento según el cual toda norma jurídica sería derrotable: dado que no es posible precisar de antemano en qué casos genéricos prevalecerá un principio sobre otros y que

---

[24] Véase (Atienza y Ruiz Manero 2000, p. 152), que remiten a su vez a (Ródenas 1998). Nótese, sin embargo, que lo que pretenden Atienza y Ruiz Manero cuando explican estos dos modos en los que puede haber excepciones a una regla por razones de principio es precisamente *criticar* la tesis según la cual toda norma jurídica es derrotable. Intentaré dejar claro el sentido de su enfoque más adelante.

[25] En ambos casos se da simplemente por sentado que cabe identificar con facilidad el contenido de ese balance por anticipado que está tras la regla. La cuestión, sin embargo, es bastante más complicada de lo que puede parecer a primera vista, pues pasa de hecho por el espinoso problema de determinar la intención del legislador. Aquí, no obstante, dejaré al margen esta cuestión.

cualquier regla está sujeta a excepciones implícitas por razones de principio (lo que nos reconduciría de un modo u otro a un balance entre principios), toda norma jurídica, ya sea un principio o una regla, tendrá excepciones implícitas que no es posible identificar genéricamente por anticipado.

Me parece, sin embargo, que en esa visión de conjunto hay esencialmente dos problemas y que los dos tienen que ver con haber presentado como *necesarios* algunos rasgos de los sistemas jurídicos (o de una parte de ellos) que son en realidad *contingentes*. Para empezar, es una cuestión contingente –que dependerá de cuáles sean las prácticas interpretativas existentes– el que se admita o no la posibilidad de introducir excepciones a una regla por razones de principio[26]. Porque las reglas podrían aplicarse según lo que Schauer denomina un modelo «atrincherado» [*entrenched*] de toma de decisiones (Schauer 1991, pp. 51-52 y 77-78), en cuyo caso se entendería que establecen condiciones *suficientes* para una determinada consecuencia jurídica. La adopción de esta clase de modelo de aplicación de reglas puede ser deseable en algunos casos por distintas razones (que tienen que ver con la seguridad jurídica, la necesidad de propiciar la coordinación de las conductas, etc.) y probablemente todo sistema jurídico tratará de este modo un cierto número –mayor o menor– de reglas. Por consiguiente, puede haber normas inderrotables y es una cuestión contingente cuántas lo sean de hecho.

Y en segundo lugar, el argumento asume que no hay metanormas de prioridad entre principios en colisión (y por lo tanto que tampoco las habría entre principios y reglas a las que se suponga no «atrincheradas»), ni siquiera de tipo parcial o condicional, esto es, limitadas a algunas entre todas las clases de casos concebibles en que puedan entrar en colisión (pues de lo contrario sí que cabría, al menos, formular juicios inderrotables acerca del derecho aplicable a esos casos genéricos)[27]. Pero, de nuevo, ésta es una cuestión contingente. De hecho, parece difícil negar que hay como mínimo algunos casos paradigmáticos de colisión en los que la relación de prioridad resulta indiscutiblemente clara. Para evitar malentendidos, hay que recalcar que estamos hablando de metanormas de prioridad que forman parte del derecho (para lo cual, por supuesto, es irrelevante que se trate no de normas

[26] Vid. (Hart 1994 [1961], pp. 129-130), (Alexy 1993 [1986], p. 100) y (Schauer 1998, pp. 236-237). Por cierto, Schauer atribuye a Hart –a mi juicio, equivocadamente– la opinión según la cual la derrotabilidad sería una característica necesaria de las normas jurídicas: cfr. (Schauer 1998, p. 237).

[27] Esto es en efecto lo que sostiene Sartor, quien afirma que las relaciones de prioridad entre normas son indeterminadas (Sartor 1995, p. 144). Prakken mantiene, en la misma línea, que «como cualquier otra regla jurídica, las reglas jurídicas de colisión son también derrotables» (Prakken 1997, p. 205).

promulgadas, sino consuetudinarias o convencionales). Así pues, si la existencia de dichas metanormas jurídicas de prioridad –aun parcial o condicional– es contingente, también lo será la existencia de normas jurídicas inderrotables. Pero lo que ahora vale la pena subrayar es que si esas metanormas en realidad no existieran, el derecho dejaría indeterminados todos los casos en los que fuesen aplicables las normas derrotables resultantes. En suma, pueden existir normas jurídicas auténticamente derrotables, pero allí donde las haya habrá en el sistema jurídico una bolsa de indeterminación.

Me parece esencial poner al descubierto cuál es la consecuencia inevitable de afirmar que todas las normas jurídicas son en realidad derrotables. No sé si quienes defienden esta tesis se dan cuenta de lo radical que resulta, porque de lo que se trata, en efecto, es de admitir que el derecho es globalmente indeterminado. El derecho, por así decirlo, suministraría razones que sopesar, pero no criterios últimos para sopesarlas, de manera que siempre habría que ponderarlas con arreglo a pautas extrajurídicas. Si se asume que la objetividad del derecho es convencional, todo ello convertiría al sistema jurídico en una suerte de «convención que se autoanula», que en última instancia nos conduciría siempre más allá de sí misma para decidir cualquier caso. Que esto sea conceptualmente posible no parece un buen argumento para dar por buena la inverosímil pretensión de que así es de hecho como están configurados nuestros sistemas jurídicos.

En definitiva, admitir la indeterminación global es un precio demasiado elevado para una teoría sensata del razonamiento jurídico. Lo que queda por ver es si habría acaso algún modo de seguir manteniendo que todas las normas jurídicas son derrotables sin tener que arrostrar una consecuencia tan embarazosa.

2.2. Fundamento de la ponderación y particularismo jurídico

Tal vez exista una salida para quienes insisten en que todas las normas jurídicas son derrotables y sin embargo no están dispuestos a aceptar que el derecho es globalmente indeterminado. Recuérdese que el argumento esgrimido para descartar esta conclusión era que parece indiscutible que hay al menos algunos casos paradigmáticos en los que la relación de prioridad entre principios en colisión está claramente establecida por el derecho. Ahora bien, un partidario de la tesis según la cual todas las normas jurídicas son derrotables podría conceder esto último sin dificultad, a condición de que se entienda que los «casos» a los que se alude son casos *individuales*. Desde una perspectiva semejante tendría sentido decir que el derecho está efectivamente determinado (i.e., que hay «una respuesta jurídicamente correcta») en muchos casos individuales, aun cuando seguiría siendo cierto que es imposible formular juicios inderrotables acerca del derecho aplicable a cual-

quier caso genérico. El problema, no obstante, es que este enfoque presupondría un modo de concebir cómo opera el proceso de «ponderación» y en qué consiste la noción misma de justificación jurídica que resulta sumamente discutible. Creo que conviene examinar este punto con algún detenimiento.

De entrada, hay un punto de vista alternativo acerca de estas cuestiones, que me parece más convincente, según el cual esa operación de sopesar o ponderar no es una forma de aplicar normas esencialmente distinta de la subsunción, sino simplemente un paso previo a ésta[28]. De ese modo, *prima facie* cabría entender que tanto los principios como las reglas (no atrincheradas) tienen excepciones implícitas. Y el proceso de ponderación debería concebirse precisamente como la operación consistente en ir haciéndolas explícitas al sacar a la luz y tomar en cuenta las metanormas convencionales (y por tanto tácitas) de prioridad relevantes para el caso. La idea fundamental, por tanto, es que aun cuando en un nivel *prima facie* no haya principios sin excepciones, éstas deben seguir pautas generalizables. Por supuesto, puede haber situaciones en las que entren en colisión varios principios y no quepa hallar metanorma de prioridad alguna. Pero en tal caso no habrá ningún fundamento jurídico para sopesarlos y hablar de «ponderación» no pasará de ser un abuso verbal con el que se encubre lo que no podrá ser sino decisión pura y simple tomada en un espacio de indeterminación. Así pues, se podría aceptar la célebre frase de Hart «una regla que concluye con la expresión 'a menos que...' sigue siendo una regla» (Hart 1994 [1961], p. 139), siempre que quepa reemplazar los puntos suspensivos por criterios o pautas que de alguna forma sean internos al propio derecho. Si la operación de ponderación se concibe de esta manera, su resultado es un juicio acerca del derecho que consideradas todas las cosas es aplicable a un caso *genérico* (o lo que es lo mismo, que desde un punto de vista lógico contiene un cuantificador universal). Y de ese modo, como último paso, la justificación jurídica se lleva a cabo subsumiendo en él el caso individual que se está considerando.

Este esquema general es el que tienen que desafiar los que insistan en que todas las normas jurídicas son realmente derrotables pero no estén dispuestos a aceptar que el derecho sea globalmente indeterminado. En su lugar, el punto de vista alternativo por el que han de apostar podría ser denominado «particularismo jurídico» [29], puesto que no sería en el fondo sino el

[28] Sigo aquí de cerca el enfoque de (Atienza y Ruiz Manero 2000, pp. 151 y 153) y de (Moreso 2000).

[29] Tomo este rótulo, así como muchas sugerencias acerca del modo de exponer y criticar el particularismo jurídico, de (Burton 1994) y (Moreso 2000).

equivalente jurídico del particularismo moral, una doctrina bien conocida –y, por cierto, sumamente discutida– en filosofía moral[30]. El particularista (jurídico o moral) impugna la idea misma de que la justificación consista en subsumir supuestos particulares bajo criterios generales. Su lema, por el contrario, es que el peso de cualquier razón (o incluso el que sea una razón) es irreductiblemente «dependiente del contexto» o «relativo al caso concreto» (Hage 1997, p. 116), es decir, algo que depende, de un modo que escapa a cualquier intento de articular condicionales cuantificados universalmente, de todos los demás rasgos presentes (o ausentes) en cada situación particular. Lo que, supuestamente, haría necesaria una peculiar capacidad de «juicio» o «discernimiento» que habría que ejercer en el caso concreto para poder alcanzar la respuesta (jurídica o moral) correcta, una presunta «sensibilidad» que consistiría, en palabras de Dancy, en «ser capaz de distinguir lo correcto caso por caso» (Dancy 1993, p. 64). Así pues, la operación de ponderar habría de concebirse en el ámbito jurídico precisamente como el ejercicio de esa suerte de discernimiento acerca de la situación concreta, que habría de conducirnos directamente, sin pasar por inferencia subsuntiva alguna, a la respuesta jurídica correcta sobre el caso individual.

Un análisis pormenorizado del particularismo moral excede con mucho de los propósitos –y posibilidades– de este trabajo. Pero puede que aquí baste con llamar la atención acerca del mayor obstáculo que cualquier forma de particularismo, ya sea moral o jurídico, tiene que vencer, y que no es otro que poner en claro en qué consiste realmente esa misteriosa capacidad del «discernimiento», una vez que se ha rechazado la idea esencial de que la justificación implica una inferencia a partir de una pauta general apropiada (es decir, de que es una operación gobernada por normas). Porque no parece que el auténtico particularismo[31] disponga de una respuesta convincente a la pregunta de cómo es que una «decisión acerca del caso concreto» puede verdaderamente no ser arbitraria. Si la razón para dicha decisión es apropiada, se diría que ha de ser un caso de una generalización que rija también para otros contextos: porque lo que en modo alguno queda claro es cómo entender que se trata de una pretensión circunscrita al caso particular y distinta, a pesar de todo, de una mera decisión carente de fundamento. Parece por tanto, a fin de cuentas, que a quienes mantienen que todas las normas jurídicas son realmente derrotables no les basta con recurrir al particu-

[30] Las referencias fundamentales son (McDowell 1998 [1981]), (McNaughton 1988) y especialmente (Dancy 1993).

[31] Es decir, particularismo en el sentido que se acaba de explicar, que no habría que confundir con la idea (perfectamente aceptable para un expresivista moral) del carácter abierto de los principios morales que aceptamos, entendido de manera precisa como *indeterminación*. Sobre esta diferencia véase (Blackburn 1998, p. 309).

larismo jurídico para evitar la conclusión de que el derecho es globalmente indeterminado.

2.3 Justificación y coherencia

De la discusión precedente se sigue que carece de sentido calificar como «correcta con arreglo al derecho» la decisión sobre un caso concreto si éste no se considera al mismo tiempo como instancia de una generalización que rige también más allá de ese contexto particular. La justificación, por consiguiente, tiene un carácter subsuntivo; y si verdaderamente es posible (es decir, si el derecho no está sencillamente indeterminado), presupone metanormas convencionales de prioridad relativas a casos genéricos, esto es, susceptibles de universalización consistente.

Sin embargo, se podría rechazar aún esta conclusión alegando que las circunstancias de cada caso son hasta tal punto variables que la búsqueda de metanormas de prioridad como las descritas resulta inevitablemente un empeño vano. Con lo que el particularista seguiría aferrado a su idea de que el acuerdo acerca de casos paradigmáticos no consentiría ninguna generalización digna de confianza. Ahora bien, una réplica de esta naturaleza implica a mi juicio un modo sumamente extraño de entender la idea misma de seguimiento de reglas. Aunque éste, evidentemente, es un problema filosófico de envergadura, que requeriría un análisis en profundidad que aquí no resulta posible, no creo que estén de más unas pocas observaciones al respecto.

Como dice Margaret Little, lo que compartimos cuando compartimos una práctica «excede de cualquier conjunto finito de proposiciones» (Little 2000, pp. 283 y 301). Es obvio que llegamos a entender un concepto o una práctica a partir de un número de ejemplos que siempre ha de ser finito. Pero aprender una práctica implica ser capaz de pasar de esa serie finita a un conjunto indefinidamente amplio de aplicaciones futuras. Así pues, el contenido de lo que se ha aprendido trasciende el conjunto de aplicaciones a partir de las cuales uno llegó a aprenderlo. De ese modo, cuando se trata de emitir un juicio sobre una situación nueva, invocamos nuestra competencia como participantes capacitados en la práctica, lo que supone un entendimiento compartido acerca de qué es relevante y qué cuenta como similar. Pero en todo caso es cierto que esa competencia, ese «saber cómo» seguir la práctica, tiene un contenido implícito que no se pone de manifiesto hasta que no surge el caso específico.

En suma, el juicio acerca del caso nuevo encierra una suerte de razonamiento analógico que intenta articular algo que ya está presente en nuestro entendimiento compartido (pero parcialmente inarticulado). Ese razonamiento va buscando qué es lo más prominente en los casos sobre los que hay acuerdo, formula hipótesis acerca de cuáles serían los criterios que esos

rasgos prominentes ponen de manifiesto y vuelve después su atención a otros casos afines –reales o hipotéticos– aparentemente claros, a fin de poner a prueba aquellas hipótesis acerca del contorno de nuestros criterios. En suma, este ir y venir no es sino una deliberación en busca de coherencia entre lo que *nosotros* estamos dispuestos a considerar casos incuestionablemente claros y las mejores hipótesis que podamos elaborar para articular y explicitar el trasfondo de criterios compartidos a la luz de los cuales precisamente los consideramos claros.

Creo que esto nos muestra algo que vale la pena subrayar acerca de la naturaleza del conocimiento jurídico. Toda creencia acerca de cuál es el contenido del derecho en un momento dado tiene un respaldo de naturaleza holista. O dicho de otro modo, su justificación es una cuestión de coherencia. Y por lo tanto hay un sentido en el que cabe decir que toda creencia *c*, cuyo contenido sea que un determinado juicio acerca del derecho que consideradas todas las cosas es aplicable a un caso genérico es correcto, resulta derrotable. Lo que es tanto como decir que el respaldo que obtenga *c* por su pertenencia al más coherente sistema de creencias del que dispongamos acerca del contenido del derecho desaparecerá tan pronto como vislumbremos un sistema de creencias más coherente que no contenga a *c*.

Pero aceptar esto no equivale de ninguna manera a dar por bueno el genuino particularismo[32]. Supone tan sólo aceptar que la justificación jurídica es «derrotable» en el sentido limitado de que su premisa mayor, entendida siempre como un juicio acerca del derecho que consideradas todas las cosas es aplicable a un caso genérico, es derrotable (es decir, falible o revisable en el sentido explicado anteriormente). Lo que, a mi modo de ver, bien puede aceptarse sin tener que renunciar de ninguna manera a la idea de que la justificación jurídica es subsuntiva y por tanto una inferencia deductiva clásica.

Referencias bibliográficas

ALCHOURRÓN, C.E. (1993): «Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals», en J.J. Meyer y R.J. Wieringa (eds.), *Deontic Logic in Computer Sciences. Normative System Specifications*, New York, Wiley & Sons, pp. 43-84.

ALEXY, R. (1993 [1986]): *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales [edición original: *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M., Suhrkamp].

ATIENZA, M. y J. RUIZ MANERO (2000): «Rules and Principles Revisited», *Associations* 4: 147-156.

[32] Una conclusión que, si entiendo bien su planteamiento, estaría en la línea de lo sugerido por (Little 2000).

BANKOWSKI, Z., I. WHITE y U. HAHN (1995): «Introduction», en Z. Bankowski *et al*. (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer, pp. 1-71.

BLACKBURN, S. (1998): *Ruling Passions. A Theory of Practical Reasoning*, Oxford, Clarendon Press.

BREWKA, G. (1991): *Nonmonotonic Reasoning. Logical Foundations of Commonsense*, Cambridge/New York, Cambridge University Press.

BURTON, S. (1994): «Particularism, Discretion and the Rule of Law», en I. Shapiro (ed.), *The Rule of Law. Nomos XXXVI*, New York/London, New York University Press, pp. 178-201.

CHISHOLM, R. (1989 [1966]): *Theory of Knowledge*, 3ª ed., Englewood Cliffs, Prentice Hall.

DANCY, J. (1993): *Moral Reasons*, Oxford, Blackwell.

FLETCHER, G. (1996): *Basic Concepts of Legal Thought*, New York/Oxford, Oxford University Press.

HAGE, J.C. (1997): *Reasoning with Rules. An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer.

HAGE, J.C. y A. Peczenik (2000): «Law, Morals and Defeasibility», *Ratio Juris* 13: 305-325.

HAMPSHIRE, S. (1978): «Public and Private Morality», en S. Hampshire *et al.*, *Public and Private Morality*, Cambridge/London, Cambridge University Press, pp. 23-53 [hay trad. cast. de M. Córdoba, *Moral pública y privada*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983].

HARRIS, J.W. (1979): *Law and Legal Science. An Inquiry into the Concepts Legal Rule and Legal System*, Oxford, Clarendon Press.

HART, H.L.A. (1960 [1948-49]): «The Ascription of Responsibility and Rights», en A. Flew (ed.)., *Logic and Language*, 1st. series, Oxford, Blackwell, pp. 145-166 [publicado originalmente en *Proceedings of the Aristotelian Society* 49: 171-194].

– (1968): *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Clarendon Press.

HART, H.L.A. (1994 [1961]): *The Concept of Law*, 2ª ed., con un «Postscript», a cargo de P. Bulloch y J. Raz, Oxford, Clarendon Press [hay trad. cast. de la 1ª ed. de G. Carrió, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963; y del «Postscript» –est. prel., trad., notas y bibl. de R. Tamayo–, *Postscriptum a «El Concepto de Derecho»,* México, UNAM, 2001].

HONORÉ, A.M. (1977): «Real Laws», en P.M.S. Hacker y J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, pp. 99-118.

LITTLE, M.O. (2000): «Moral Generalities Revisited», en B. Hooker y M.O. Little (eds.), *Moral Particularism*, Oxford, Clarendon Press, pp. 276-304.

MACCORMICK, N. (1994 [1978]): *Legal Reasoning and Legal Theory*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press.

– (1995): «Defeasibility in Law and Logic», en Z. Bankowski *et al*. (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer, pp. 99-117.

MARMOR, A. (1992): *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press [hay trad. cast. de M. Mendoza Hurtado, *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2001].

– (1999): «The Separation Thesis and the Limits of Interpretation», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 12: 135-150.

MCDOWELL, J. (1998 [1981]): «Non-cognitivism and Rule-following», en J. McDowell, *Mind, Value, and Reality*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, pp. 198-218 [publicado originalmente en S. Holtzman y C. Leich (eds.), *Wittgenstein: To Follow a Rule*, London, Routledge & Kegan Paul, pp. 141-162].

MCNAUGHTON, D. (1988): *Moral Vision*, Oxford, Blackwell.

MORESO, J. J. (2000): «Conflictos entre principios constitucionales», inédito.

PECZENIK, A. (1997): «Jumps and Logic in the Law. What Can One Expect from Logical Models of Legal Argumentation?», en H. Prakken y G. Sartor (eds.), *Logical Models of Legal Argumentation*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer, pp. 141-173 [publicado originalmente en *Artificial Intelligence and Law* 4: 297-329].

POLLOCK, J. L. (1987): «Defeasible Reasoning», *Cognitive Science* 11: 481-518.

POLLOCK, J. L. y J. CRUZ (1999): *Contemporary Theories of Knowledge*, 2ª ed., Lanham/ Boulder/New York/Oxford, Rowman & Littlefield.

PRAKKEN, H. (1997): *Logical Tools for Modelling Legal Argument. A Study of Defeasible Reasoning in Law*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer.

PRAKKEN, H. y G. SARTOR (1997 [1996]): 'A Dialectical Model of Assessing Conflicting Arguments in Legal Reasoning', en H. Prakken y G. Sartor (eds.), *Logical Models of Legal Argumentation*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer, pp. 175-212 [publicado originalmente en *Artificial Intelligence and Law* 4: 331-368].

RAZ, J. (1980 [1970]): *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, 2ª ed., Oxford , Clarendon Press [hay trad. cast. de R. Tamayo, *El concepto de sistema jurídico*, México, UNAM, 1986].

RÓDENAS, Á. (1998): «Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial», *Doxa* 21/I: 99-121.

RODRÍGUEZ, J. (1997): «La derrotabilidad de las normas jurídicas», *Isonomía* 6: 149-167.

– (2000): «Axiological Gaps and Normative Relevance», *Archiv für Rechts– und Sozialphilosophie* 86: 151-167.

RODRÍGUEZ, J. y G. SUCAR (1998): «Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho», en P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e Diritto 1998*, Torino, Giappichelli, pp. 277-305.

SARTOR, G. (1995): «Defeasibility in Legal Reasoning», en Z. Bankowski *et al*. (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer, pp. 119-157.

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

– (1998): «On the Supposed Defeasibility of Legal Rules», en M.D.A. Freeman (ed.), *Current Legal Problems, vol. 51. Legal Theory at the End of the Millennium*, Oxford/New York, Oxford University Press, pp. 223-240.

SUNSTEIN, C. (1996): *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York/Oxford, Oxford University Press.

SUSSKIND, R. (1987): *Experts Systems in Law. A Jurisprudential Inquiry*, Oxford, Clarendon Press.

TOULMIN, S. (1958): *The Uses of Argument*, Cambridge, Cambridge University Press.

TUR, R. (2001): «Defeasibilism», *Oxford Journal of Legal Studies* 21: 355–368.

TWINING, W. y D. Miers (1982 [1976]): *How To Do Things with Rules. A Primer of Interpretation*, 2ª ed., London, Weidenfeld & Nicholson.

EN LA PENUMBRA: INDETERMINACIÓN, DERROTABILIDAD Y APLICACIÓN JUDICIAL DE NORMAS

Ángeles Ródenas
Universidad de Alicante

Introducción

El objeto de este trabajo es el análisis de dos conceptos vinculados con lo que, utilizando la terminología de Hart, podríamos denominar «los intersticios del Derecho», es decir, esa zona del Derecho donde la clásica división entre actos de creación y de aplicación del Derecho se desdibuja. Se trata de los conceptos de indeterminación y derrotabilidad. A mi juicio, sólo a partir de una reconstrucción cuidadosa de estos conceptos resulta posible comenzar a abordar la polémica cuestión de la creación judicial de Derecho. Dicha reconstrucción debe comenzar constatando una dificultad obvia: no hablamos de indeterminación o de derrotabilidad en un único sentido, sino que, en el uso corriente de los teóricos, estas expresiones se emplean con diversas acepciones. En las páginas que siguen me propongo explorar aquellas acepciones que me parecen más significativas, así como poner de manifiesto la vinculación que existiría entre alguno de los sentidos de indeterminación y de derrotabilidad. Mi tesis es que no es posible llegar a una comprensión completa de la indeterminación del Derecho sin una comprensión adecuada del problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas.

Por otro lado, el análisis de los conceptos de indeterminación y derrotabilidad me permitirá extraer algunas consecuencias interesantes respecto de dos momentos fundamentales en la tarea aplicativa de normas que llevan a cabo básicamente los jueces y tribunales: la actividad interpretativa y la creación discrecional de Derecho[1]. A partir de los diferentes sentidos de indetermina-

[1] La noción de discrecionalidad que voy a manejar aquí está asociada, por lo tanto, a los problemas de indeterminación del Derecho. La discrecionalidad, así entendida, es –como se verá– un remedio ante una situación anormal que se produce en el ordenamiento jurídico: La ausencia de estándares jurídicos de acuerdo con los cuales resolver las disputas. Pero –como recientemente se ha ocupado de distinguir Isabel Lifante– la discrecionalidad se puede enten-

ción y derrotabilidad voy a tratar de identificar de forma más o menos genérica los problemas de indeterminación a los que es posible poner remedio mediante la actividad interpretativa y aquellos otros ante los cuales, en cambio, no cabe sino la discrecionalidad. Mi intención es mostrar cómo, a la hora de reconstruir racionalmente la actividad aplicativa de normas que llevan a cabo los jueces y tribunales, las convenciones interpretativas desempeñarían un papel mucho más amplio del que usualmente se les atribuye, lo que no es óbice para que, de forma genérica, podamos perfilar los rasgos teóricos de aquellas situaciones de inflexión en las que la actividad interpretativa cede el paso a la creación discrecional de Derecho. Aunque la creación discrecional de Derecho sea, en mi opinión, un fenómeno bastante marginal, la interpretación no puede considerarse, en contra de como parece presentarse, una actividad que «traspasa uno y otro lado de la división entre la identificación del Derecho existente y la creación de nuevo Derecho»[2]. Por el contrario, como acabo de señalar, por más que la interpretación se entienda como una actividad con un amplio abanico de posibilidades de juego, cabe concebir un punto en el que la baraja queda rota y no se puede seguir hablando de actividad interpretativa, sino de creación discrecional de Derecho. Proyectar un haz de luz sobre este punto de inflexión va a ser, precisamente, el otro objetivo de este trabajo.

Indeterminación

Aunque, como vamos a ver, los términos *indeterminación* y *derrotabilidad* están estrechamente ligados entre sí, es usual utilizar el término *indeterminación* en referencia a una característica del Derecho, mientras que se habla de derrotabilidad en relación a una cualidad de las normas jurídicas. De la indeterminación del Derecho se puede hablar en varios sentidos diferentes. Sin pretensión de exhaustividad, ni de trazar categorías necesaria-

---

der también en un sentido diferente, aunque relacionado con el anterior. En esta segunda acepción la discrecionalidad sería una actividad de desarrollo y concreción del Derecho, resultado de una delegación de poderes, en la que el Derecho señala los fines a alcanzar y deja en manos del operador jurídico la determinación de los medios más idóneos para ello [Cfr. «Sobre el concepto de discrecionalidad jurídica», cito por el original policopiado]. Tradicionalmente se ha entendido que el primer tipo de discrecionalidad sería la atribuida a los órganos judiciales, mientras que el segundo a los administrativos. Aunque esta contraposición resulta relativa, ya que ambas clases de órganos pueden ejercer discrecionalidad en los dos sentidos, sigue siendo válida si se la considera como una mera caracterización de las actividades desarrolladas típica o centralmente por una y otra clase de órganos.

[2] Cfr. RAZ, Joseph, «¿Por qué interpretar?», *Isonomía*, México, núm. 5, 1996, pág. 26. «En lo que a la interpretación se refiere [prosigue Raz] esta distinción no se aplica. Ya sea que algunas veces identifiquen el Derecho tal como es y otras veces hagan nuevo Derecho, los tribunales, parece ser, siempre lo interpretan».

mente excluyentes entre sí, este podría ser un buen panorama de los principales sentidos en los que comúnmente se habla de problemas de indeterminación del Derecho[3]:

1) Indeterminación «causal» de las decisiones judiciales

La indeterminación equivale en esta acepción a la insuficiente fuerza motivadora de las normas jurídicas en relación con las decisiones judiciales[4]; lo que desde esta perspectiva se cuestiona es la incidencia causal de las normas jurídicas en el razonamiento de los jueces (así como de otros aplicadores del Derecho) a la hora de adoptar decisiones. Este es el planteamiento característico del realismo jurídico americano que, como es de sobra conocido, mantiene una actitud escéptica en relación a la capacidad de las reglas para hacer derivar respuestas jurídicas determinadas. Se trata, por lo tanto, de una tesis relativa al *contexto de descubrimiento* de las decisiones judiciales, cuyo examen y discusión detallado requeriría contar con instrumentos de análisis procedentes de disciplinas como la sociología o la psicología. No va a ser esta la noción de indeterminación de la que me voy a ocupar en el resto del trabajo, ya que, como se verá, mi interés se centra en el *contexto de justificación* de las decisiones judiciales.

2) Indeterminación debida a defectos lógicos de los sistemas jurídicos

Si el estudio de los problemas asociados a la indeterminación del Derecho en la acepción que acabamos de contemplar –indeterminación causal de las decisiones judiciales– supone situarse en el contexto de descubrimiento de las decisiones judiciales, el análisis de la indeterminación debida a defectos lógicos presupone un enfoque del Derecho completamente distinto al anterior: El Derecho es visto en tanto que sistema normativo orientado a la justificación de decisiones, que se entienden justificadas en tanto su contenido resulte deductivamente derivable del contenido de normas generales (más la descripción de los hechos del caso). Por lo tanto, la indeterminación en esta acepción afecta a cuestiones de regulación o calificación deóntica. El Derecho resulta indeterminado porque no podemos precisar exactamente cuál es el estatus jurídico de determinadas acciones[5]. Esta indetermina-

[3] Trazo esta panorámica sobre los problemas de indeterminación del Derecho inspirándome básicamente tres enfoques diferentes: El de Josep Aguiló, en *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, pág. 108; el de Riccardo Guastini, en *Le fonti del Diritto e l´interpretazione*, Giufrè, Milán, 1993, págs. 345 a 357 y el de Mª Cristina Redondo, en «Teorías del Derecho e indeterminación normativa», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 20, 1997, págs. 177 a 196.

[4] Cfr. Mª. C. Redondo, ob. cit., pág. 179.

[5] Cfr. Mª. C. Redondo, ob. cit., pág. 108.

ción puede tener su causa bien en problemas de consistencia de los sistemas jurídicos, bien en problemas de completitud. Desde esta perspectiva interesa el problema de las lagunas (normativas) y el de la inconsistencia normativa. Siguiendo a Alchourrón y Bulygin, hablamos de lagunas (normativas) cuando a un caso definido en términos de las propiedades que han sido consideradas relevantes por la autoridad normativa, no se le ha correlacionado solución normativa alguna[6]. Por otra parte, como es sabido, estamos ante una inconsistencia o antinomia, cuando dos o más normas del sistema jurídico atribuyen a un mismo caso soluciones normativas incompatibles ente sí.

3) Indeterminación lingüística del Derecho

Conforme a esta tercera acepción, la indeterminación supone que puede haber casos en los que no es posible identificar qué es lo que el Derecho requiere debido a problemas del lenguaje mediante el que éste se expresa. La indeterminación lingüística puede tener su origen tanto en problemas de ambigüedad como en problemas de vaguedad.

3.1.) *Problemas de ambigüedad*

La ambigüedad, puede tener su origen en alguno de los siguientes tipos de problemas: semánticos, sintácticos y pragmáticos[7]. Como es sabido, la ambigüedad semántica afecta a los términos. Hablamos de ambigüedad semántica cuando un mismo término es susceptible de asumir diferentes significados. Por ejemplo, en el enunciado que reconoce el derecho a la inmunidad parlamentaria de los diputados, el término *diputado* puede referirse sólo a los diputados en las Cortes Generales –como parece que en principio era el caso en Derecho español– o bien también a los diputados de los distintos parlamentos autonómicos o del europeo. Por su parte, la ambigüedad sintáctica afectaría a la estructura lógica de los enunciados, es decir, al modo en que las palabras están conectadas entre sí. Así, en el enunciado que expresa «podrán matricularse en la facultad de Derecho aquellos alumnos procedentes de bachillerato que hayan aprobado la selectividad y los mayores de 25 años que hayan superado las pruebas de acceso» la subordinada de relativo «que hayan superado las pruebas de acceso» puede referirse sólo a los mayores de 25 años o también a los estudiantes procedentes de bachillerato que hayan aprobado la selectividad. Finalmente, respecto de la ambigüedad pragmática, hay que comenzar advirtiendo que es un tipo de

[6] *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974, pág. 49.

[7] Cfr. R. Guastini, ob. cit., págs. 351 a 355.

ambigüedad raro. Se produciría cuando un mismo enunciado puede cumplir diferentes usos o funciones del lenguaje, sin que del contexto sea posible esclarecer de qué uso se trata. Por ejemplo «corresponde al Decano convocar la Junta de Facultad» podría entenderse como el establecimiento de una condición necesaria y/o suficiente para la convocatoria de la Junta de Facultad, o bien como una norma de mandato que obliga al Decano a convocar la Junta de Facultad.

3.2) *Problemas de vaguedad*

Como es de sobra conocido, la vaguedad no afecta a los términos, sino a los conceptos. Es posible diferenciar entre problemas de vaguedad extensional y de vaguedad intensional. Hablamos de vaguedad extensional cuando no está claro el campo de aplicación de un concepto y de vaguedad intensional cuando no quedan claros el conjunto de rasgos que lo caracterizan. Por ejemplo, en el enunciado que expresa «se considerará punible la tenencia de droga en cantidad suficiente para el tráfico», la noción de «cantidad suficiente para el tráfico» resulta intensionalmente vaga. ¿Dónde situar el límite entre una cantidad de droga destinada al consumo y una cantidad destinada al tráfico? ¿Son 100 gr. de hachís una cantidad de droga destinada al consumo? ¿Y 110? ¿Y 150?...

Ahora bien, los problemas de vaguedad no sólo se producen por un debate estrictamente semántico, sino que también pueden deberse a un debate valorativo[8]. Para ilustrar este tipo de imprecisiones voy a traer a colación la célebre distinción de Dworkin entre conceptos meramente vagos, que revelan la existencia de dificultades puramente semánticas –como sucedía en el caso de «droga destinada al consumo», y conceptos interpretativos, que tienen su origen en desacuerdos de carácter político y moral y que dan lugar a lo que Dworkin llama «conflictos interpretativos»[9]. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con el concepto de «trato inhumano o degradante» al que alude la Constitución española[10].

---

[8] Cfr. Mª.C. Redondo, ob. cit., pág. 182.

[9] Cfr. Ronald Dworkin, *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985, pág. 128; *Law's Empire*, Belknap Press, Harvard, 1986, pág. 702; *Los Derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1989, pág. 214.

[10] Aunque esta última categoría también se puede considerar incluida en la anterior. Así Cristina Redondo subraya que «los conceptos que admiten varias interpretaciones están necesariamente ligados a los problemas de vaguedad» [cfr. ob. cit., pág. 188].

En *Ilícitos atípicos* Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero han subrayado que lo que los juristas llaman «conceptos jurídicos indeterminados» son conceptos que califican valorativamente una cierta conducta o estado de cosas sin determinar, en términos de propiedades descriptivas, cuáles sean sus condiciones de aplicación, y que ésta es la razón de que su aplicabilidad concreta resulte controvertible en la mayoría de los casos. [cfr.ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000, pág. 41 n. 5].

4) *Indeterminación debida a problemas de coherencia normativa o congruencia*

Esta última acepción está asociada a la noción de derrotabilidad de las normas jurídicas de la que pasaré a ocuparme en el siguiente apartado. Por el momento, me interesa señalar que el análisis de los problemas de indeterminación del Derecho desde esta última perspectiva supone considerar el Derecho desde una óptica completamente diferente a las anteriores. Lo decisivo aquí es contemplar el Derecho no sólo en su función guía unitaria de la conducta, es decir, como un mecanismo para el establecimiento unívoco de cuáles son nuestros deberes, sino, sobre todo, como una forma de protección de un cierto sistema de bienes o valores jurídicos. Es en este último contexto en el que cobra sentido la idea de coherencia, entendida como un planteamiento sobre la *compatibilidad* entre los diferentes fines o valores que el Derecho incorpora [11]. Proporcionar un cuadro de los supuestos genéricos en los que tales conflictos pueden producirse es extraordinariamente complejo, aunque en el siguiente epígrafe –al hilo del análisis de la noción de derrotabilidad– voy a aventurar alguna propuesta en este sentido. Por el momento, basta con señalar que la superación del conflicto entre diversos

[11] No creo estar sosteniendo aquí nada muy diferente a lo ya apuntado por Josep Aguiló en *Teoría general de las fuentes del Derecho*, ob. cit., pág. 96.

Desde un enfoque diferente al que voy a desplegar en las páginas siguientes, Jorge Luis Rodríguez ha perfilado un concepto de laguna axiológica que, en una de sus acepciones, podría proporcionar un buen punto de partida para un análisis alternativo al que aquí se expone –aunque no necesariamente incompatible con él-. Este autor defiende que «bajo el concepto de laguna axiológica parecen confundirse dos nociones diferentes: La idea de laguna axiológica como enunciado de crítica respecto de un sistema normativo (un enunciado prescriptivo) expresado desde el punto de vista interno de otro sistema normativo (el sistema axiológico del intérprete), y la idea de laguna axiológica como enunciado interpretativo respecto de cierto conjunto de formulaciones normativas que intenta reconstruir las intenciones de la autoridad normativa. En este segundo sentido, no se trata necesariamente de un enunciado prescriptivo o valorativo, dado que puede tratarse simplemente de una descripción del hecho de que, aunque la autoridad normativa no le ha atribuido relevancia a una cierta propiedad a través de una formulación explícita, *esa propiedad es implícitamente relevante en el sistema de acuerdo con el sistema axiológico presupuesto por la autoridad*, el cual puede ser reconstruido a través de un análisis cuidadoso de las restantes normas promulgadas por la autoridad [Cfr. Jorge Luis Rodríguez, Lagunas axiológicas y relevancia normativa», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, 1999, núm. 22, págs. 349 a 369 (la cursiva es mía)].

Análogamente, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero han elaborado el concepto de *laguna axiológica en el nivel de las reglas*, que definen así: «Un cierto caso constituye una laguna en el nivel de las reglas de un cierto sistema jurídico, si las reglas de ese sistema jurídico solucionan el caso, pero sin que dichas reglas consideren como relevante para esa solución una cierta propiedad que, de acuerdo con la hipótesis de relevancia derivada de los principios de ese sistema jurídico, sí debiera considerarse como relevante» (p. 62). Las figuras del abuso del derecho, del fraude de ley y de las desviación de poder, serían, a juicio de estos autores, otros tantos remedios para supuestos distintos de lagunas axiológicas en el nivel de las reglas.

valores jurídicos requiere la realización de ponderaciones o balances entre las diferentes razones que el Derecho incorpora. Cómo y hasta qué punto las convenciones interpretativas proporcionan una guía útil para ello es una cuestión que dependerá de la concepción del Derecho de la que se parta.

Antes de proseguir conviene reparar en que los problemas de vaguedad debidos a imprecisiones valorativas –a los que he hecho alusión– y los problemas de coherencia normativa que ahora nos ocupan, pueden solaparse –y de hecho con frecuencia así sucede– . Dicho en otros términos, la vaguedad debida a imprecisiones valorativas puede revelar un conflicto entre planteamientos incompatibles en relación a los valores y fines que el Derecho incorpora. En tal caso estaríamos ante dos formas alternativas de presentar un mismo problema de indeterminación: en el primer caso la indeterminación se presenta como un problema lingüístico (debido a un conflicto valorativo), mientras que en el segundo como un problema de coherencia normativa. No obstante lo dicho, me parece que conceptualmente es interesante mantener la distinción y ello fundamentalmente por una doble índole de razones: Para empezar, creo que es preferible hablar de problemas de coherencia para hacer alusión aquellos conflictos entre planteamientos relativos a los valores y fines que el Derecho incorpora que –como en breve veremos– sólo es posible saldar con la derrota de alguna norma del sistema. Por lo tanto, las imprecisiones debidas a problemas de coherencia normativa estarían indisociablemente unidas a la derrotabilidad de las normas, a diferencia de las valorativas, que presuponen un conflicto entre concepciones de carácter político y moral y no necesariamente entre normas del sistema. Pero, sobre todo, creo que es importante mantener esta distinción puesto que –como también vamos a ver– es perfectamente posible hablar de indeterminación del Derecho debida a problemas de coherencia normativa sin que los términos contenidos en las normas adolezcan de ningún tipo de vaguedad conceptual (al menos tal y como ésta ha sido aquí definida).

Derrotabilidad

Como sostenía al comienzo, la derrotabilidad es una característica que suele predicarse de las normas jurídicas y no tanto del Derecho[12]. Creo que

[12] En este mismo volumen Juan Carlos Bayón analiza y critica cuatro argumentos a favor de la derrotabilidad del razonamiento jurídico, asociados a otras tantas causas o sentidos de «derrotabilidad». Estos argumentos, que estarían relacionados en mayor o menor medida entre sí, atribuyen respectivamente la derrotabilidad del razonamiento jurídico: a la pragmática de los procedimientos jurídicos; al conocimiento incompleto de los hechos o del Derecho; a necesidades derivadas del tratamiento de las excepciones en la representación del conocimiento jurídico y, en fin, a la derrotabilidad misma de las normas jurídicas. Este último argumento sostiene que la derrotabilidad de las normas jurídicas es una consecuencia de la interacción entre reglas y principios. La tesis podría resumirse de forma muy concisa de la siguiente

la mejor forma de dar cuenta del problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas es traer a colación aquí el papel que las mismas juegan en tanto que razones para la acción, aunque ello me obligará desviarme brevemente del objeto central de este trabajo. Como es sabido, una de las principales contribuciones de Raz a la teoría del Derecho es su análisis de las normas en términos de razones para la acción[13]. El punto de partida de dicho análisis es la consideración de las reglas como la expresión de un compromiso entre razones de primer orden. Tener una regla significa que, cuando se producen las condiciones para su aplicación, no componemos un nuevo balance con todas las razones de primer orden aplicables al caso, pues la decisión ya está tomada de antemano. Partiendo de este presupuesto, Raz caracteriza las normas jurídicas como razones protegidas para la acción. Centrándonos en el razonamiento judicial, que es el que ahora nos ocupa, caracterizar a las normas jurídicas como razones protegidas significa simultáneamente dos cosas: que la regla constituye para el juez una razón de primer orden para realizar la acción exigida, es decir, para dictar una resolución cuyo contenido se corresponda con el de la regla, y, a su vez, que la regla es también una razón excluyente para prescindir del resultado al que llevaría una deliberación independiente por parte del juez sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción, es decir, una razón para excluir que el contenido de la resolución se fundamente en la apreciación por parte del órgano jurisdiccional de cuál fuera, atendiendo a los méritos del caso, la mejor resolución a dictar.

¿Cómo pueden las normas, caracterizadas en los términos que acabamos de ver, ser derrotables?. Parece que su carácter, en tanto que razones protegidas, excluye el rasgo de la derrotabilidad. Algunos autores, como Juan Carlos Bayón, han resuelto esta cuestión renunciando a la idea de que las

---

manera: «Dado que no es posible precisar de antemano en qué casos genéricos prevalecerá un principio sobre otros y que cualquier regla está sujeta a excepciones implícitas por razones de principio (lo que nos reconduciría de un modo u otro a un balance entre principios), toda norma jurídica, ya sea un principio o una regla, tendrá excepciones implícitas que no es posible identificar genéricamente por anticipado *Cfr.* Bayón Mohíno, Juan Carlos, "¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?"», Doxa, nº 24, 2001, pp. 35-62.

Es de este último argumento a favor de la derrotabilidad del que me voy a ocupar aquí. Ahora bien, como pronto se verá, creo que cuando se habla de derrotabilidad de las normas jurídicas no hay una única acepción en juego, sino al menos tres. Me parece importante destacar este hecho, porque puede ayudar a descartar inútiles pseudo polémicas basadas en un uso no unívoco del concepto y a redefinir la verdadera dimensión de los genuinos desacuerdos sobre el carácter derrotable o no de las normas jurídicas -fundados en último extremo en diferentes concepciones del Derecho y de la subsiguiente capacidad de éste para resolver ciertos problemas de indeterminación-.

[13] Cfr. *Razón práctica y normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

normas sean razones protegidas para la acción y caracterizándolas como meras razones de primer orden para actuar. Razones de primer orden que, en tanto tales, deben ser ponderadas por el juez junto con cualesquiera otras razones de primer orden que sean aplicables para la resolución del caso en cuestión[14].

Ahora bien, otros autores no han considerado el problema de la derrotabilidad como un obstáculo insubsanable que, por lo tanto, lleve aparejado inexorablemente el abandono de la caracterización de las reglas en tanto que razones protegidas. Este es el caso de Atienza y Ruiz Manero, quienes en *Las piezas del Derecho* se valen precisamente de la caracterización de las reglas como razones protegidas[15] para perfilar, a mi juicio de forma bastante esclarecedora, la distinción entre reglas y principios. Para estos autores las reglas estarían destinadas a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos primarios excluyan, en cuanto base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla. Por su parte, los principios no constituirían para Atienza y Ruiz Manero razones perentorias o protegidas, ya que no están destinados a excluir la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar, sino que constituyen meramente razones de primer orden para resolver el caso de que se trate en un determinado sentido. Como razones de primer orden su fuerza respecto de otras razones para resolver el caso en otro sentido –por ejemplo, otros principios– ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional.

Así, por ejemplo, la diferencia entre el principio que prohíbe la discriminación por razón de sexo, y la regla que establece la obligación de pagar un salario igual a hombres y mujeres estaría en que, cuando es aplicable la regla a un supuesto de hecho, el órgano jurisdiccional debe abstenerse de realizar una deliberación sobre el contenido de la resolución a dictar y aplicar la solución normativa estipulada en la regla. En cambio, del mero hecho de que a un supuesto de hecho le sea aplicable el principio de prohibición de la discriminación por razón de sexo sólo se infiere que hay una razón para no discriminar, pero no una solución normativa para el caso, ya que esta razón tendrá que ser ponderada con cualesquiera otras razones que sean también aplicables al supuesto[16].

---

[14] Cfr. J. C. Bayón , «Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 19, 1997, págs. 143 a 180.

[15] Aunque estos autores, adoptando la conocida terminología del último Hart, prefieren hablar de las reglas jurídicas de mandato como *razones perentorias* para la acción, la noción de *razón perentoria* viene a coincidir con la de *razón protegida* de Raz a la que acabo de referirme.

[16] La caracterización de los principios en términos de razones de primer orden para la acción tiene importantes consecuencias de cara a los aspectos normativos del razonamiento jurí-

Pero, aunque los jueces, en la mayoría de casos, adoptan como base de su resolución reglas jurídicas preexistentes, en tanto que razones perentorias, sabemos que también hay casos excepcionales en los que dejan de lado las reglas aplicables. Es aquí precisamente donde entra en juego la noción de *derrotabilidad* de las reglas. Dicho en otros términos, hablamos de derrotabilidad cuando las reglas dejan de ser tomadas como razones excluyentes en la base de la deliberación judicial. De manera que hasta aquí no hemos avanzado demasiado ya que, aunque la noción de razón protegida nos permite captar la distinción entre reglas y principios, todavía no hemos afrontado el problema de la incompatibilidad entre el carácter de razón protegida de las reglas y la derrotabilidad de las mismas. Tratar de contestar a esta cuestión no es nada simple, ya que, como pretendo mostrar, no hay una única noción de derrotabilidad en juego, sino varias.

Para dar cuenta de las distintas acepciones del término *derrotabilidad*, empezaré por introducir una distinción bien conocida que aquí va a ser crucial. Se trata de la distinción entre las justificaciones subyacentes a la regla y las prescripciones contenidas en la formulación normativa de la regla. Por ejemplo, pensemos en una señal que prohíbe los aparatos de radio en la biblioteca universitaria: La señal podría haberse colocado debido a la molestia que ocasiona a los usuarios de la biblioteca el ruido de dichos aparatos. El juicio de que tal razón viene a prevalecer frente a la constituida por el deseo de algunos usuarios de escuchar la radio en la biblioteca vendría a ser la justificación subyacente a la regla. En todo caso, si interrogamos a la señal, lo único que ésta nos dice es que están prohibidos los aparatos de radio en la biblioteca (prescripción contenida en la formulación normativa de la regla). Siguiendo a Frederick Schauer, podemos entender las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas como generalizaciones que tratan de ejemplificar el resultado que normalmente podría obtenerse de la aplicación directa de las justificaciones (no ocasionar molestias a los usuarios de la biblioteca)[17]. Pues bien, podemos afirmar que las formulaciones normativas poseen *autonomía semántica*, esto es, que su significado –lo que las mismas prescriben– puede establecerse sin tomar en cuenta la justifica-

---

dico justificativo. Desde esta perspectiva Atienza y Ruiz Manero han señalado, entre otras cosas, que los principios, «[p]or un lado, no presentan las ventajas de las reglas, pues no permiten ahorrar tiempo a la hora de decidir un curso de acción. Pues si una regla es aceptada y ella es aplicable al caso que nos ocupa, entonces se evita tener que entrar en un proceso de ponderación de razones en pro y en contra de una determinada decisión; la regla opera, por tanto, como un elemento que reduce la complejidad de los procesos de argumentación. Sin embargo, los principios –como se ha visto– no eximen de la tarea de efectuar esa ponderación. Por otro lado, los principios, en cuanto premisas a utilizar en los argumentos prácticos, tienen menos fuerza, son menos concluyentes que las reglas» [Cfr. *Las piezas del Derecho*, ob. cit., pág. 13 y 21].

[17] Cfr. Frederick Schauer, *Playing by the Rules*, Oxford Clarendon Press, 1991.

ción que subyace a las mismas. Así, yo soy capaz de atribuir significado a la señal que prohibe los aparatos de radio en la biblioteca, aunque desconozca cuál es la justificación subyacente a esta disposición. Esta autonomía semántica de las formulaciones normativas puede dar lugar a que en algunos casos se produzca un desajuste entre aquello que la formulación normativa nos exige y lo que la justificación subyacente a la misma requiere. Este tipo de experiencias son conocidas como *experiencias recalcitrantes* y pueden revestir dos formas: Cabe que, en ciertos casos particulares, la generalización contenida en la formulación normativa comprenda estados de cosas que no produzcan la consecuencia representada en la justificación de la regla. Volviendo al ejemplo de la señal que prohibe los aparatos de radio en la biblioteca, es fácil concebir supuestos en los que la justificación subyacente a esta regla no sería aplicable: el empleado que limpia la biblioteca antes de la hora de apertura al público; la bibliotecaria que, ante una alarma de inundaciones, está pendiente de un aviso de protección civil para evacuar la biblioteca, etc. Decimos que en estos casos la prescripción contenida en la formulación normativa es *supraincluyente* en relación con su justificación subyacente, en el sentido de que tal prescripción incorpora ciertos supuestos –el del empleado de la limpieza o el de la bibliotecaria– en los que no sería aplicable su justificación. En cambio, la prescripción contenida en la formulación normativa es *infraincluyente* cuando no comprende ciertos estados de cosas que pueden contribuir, en casos particulares, a la consecuencia representada en la justificación subyacente a la regla, es decir, cuando las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas no incorporan ciertos supuestos en los que su justificación sí sería aplicable. Por ejemplo, la prohibición de aparatos de radio no afecta a los reproductores de audio, televisores, etc., pero, sin embargo, parece claro que su utilización causaría molestias análogas a los usuarios de la biblioteca.

Vamos a detenernos por unos instantes en las experiencias recalcitrantes ocasionadas por el carácter supraincluyente de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas, ya que, profundizando algo más en este fenómeno, podremos trazar una aproximación a la primera de las nociones de *derrotabilidad* de las que me voy a ocupar. En otro lugar he diferenciado dos tipos de supuestos que ilustran perfectamente este género de experiencias recalcitrantes. Se trata de los supuestos que quedan fuera del *alcance* de una regla y de aquellos que constituyen una *excepción* a la misma[18]. Empecemos por los primeros. Decimos que un caso está fuera del al-

[18] *Razonamiento judicial y reglas*, Fontamara, México D.F, 2000. He desarrollado estas categorías a partir de una distinción que Raz realiza en *Razón práctica y normas*, ob. cit, pág. 82.

cance de una regla si las principales razones que respaldan la regla no son aplicables a tal caso. Si volvemos nuevamente al ejemplo de la prohibición de aparatos de radio en la biblioteca, el supuesto del empleado de la limpieza que conecta la radio antes de la hora de apertura al público podría considerarse como un caso fuera del alcance de la regla, ya que la acción del empleado no causa molestias a los usuarios de la biblioteca.

En cambio, un caso cae bajo una excepción a la regla cuando le es aplicable algunas de las principales razones en pro de la regla, pero hay otras razones presentes que no han sido tenidas en cuenta en el balance de razones que la regla contempla. Así, en el caso de la bibliotecaria que conecta la radio pendiente de un aviso de protección civil, podríamos entender que estamos en presencia de una excepción a la regla, ya que ciertamente la acción de la bibliotecaria produce molestias a los usuarios de la biblioteca, lo que sucede es que se considera que la información de la que está pendiente la bibliotecaria es vital de cara a abortar el peligro para la vida de las personas que están en la biblioteca y que esta última razón, el valor de la vida humana, prevalece sobre aquellas otras contempladas en el compromiso (o juicio de prevalencia) expresado en la regla. Dicho de otro modo, lo que la regla contempla es simplemente que la tranquilidad de los usuarios de la biblioteca (razón 1) prevalece frente al deseo de algunos usuarios de oír la radio (razón 2), pero no frente al valor de la vida humana (razón 3).

Como se advierte en los ejemplos anteriores, tanto en los supuestos de excepción a las reglas, como los casos fuera del alcance de las mismas, se produce la derrotabilidad de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas, pero no del balance de razones subyacente a las mismas. Esto es así debido a que las cuestiones relativas al alcance y a las excepciones a las reglas pueden resolverse sin reabrir el balance de razones subyacentes. El vigilante que no impide al empleado de la limpieza o a la bibliotecaria oír la radio no necesariamente vuelve a realizar un balance con todas las razones de primer orden aplicables al caso. Puede considerar que el compromiso que refleja la regla que prohíbe los aparatos de radio –la tranquilidad de los usuarios prevalece frente al deseo de oír la radio– es plenamente válido y, por lo tanto, permanece sin derrotar, no obstante lo cual, estos supuestos quedan fuera del alcance de la regla o constituyen una excepción a la misma. En suma, en estos supuestos, la derrotabilidad se predica de la prescripción contenida en la formulación normativa mediante la que la regla se expresa, pero no del balance de razones subyacentes a la misma.

Centrándonos en el Derecho, podríamos señalar que los jueces y demás aplicadores del Derecho pueden considerar derrotada una regla, en primer término, cuando el resultado al que llevaría aplicar una regla con autonomía semántica –prohibido aparatos de radio en la biblioteca– no se compadece

bien con el compromiso entre razones de primer orden expresado en la regla –la tranquilidad de los usuarios prevalece frente al deseo de oír la radio–. Esta falta de adecuación se pondría de manifiesto, singularmente, en los casos de excepción a las reglas, en los que falta alguna consideración en el balance de razones de primer orden y en los casos que quedan fuera del alcance de las reglas.

Ahora bien, si hemos distinguido entre prescripciones contenidas en la formulación normativa de las reglas, de un lado, y justificaciones subyacentes a las mismas, de otro, tiene sentido hablar de derrotabilidad en ambos niveles. Es posible que lo que se derrote sea –como en los ejemplos anteriores– la prescripción contenida en la formulación normativa –prohibidos los aparatos de radio en la biblioteca–, pero también cabe la derrotabilidad de los compromisos (o juicios de prevalencia) entre razones subyacentes a las reglas. De manera que es posible también que, en segundo término, de forma excepcional, los jueces y demás aplicadores del Derecho consideren derrotada una regla cuando estimen que el compromiso entre razones que subyace a la formulación normativa está mal construido. Tal cosa sucede cuando, a la luz de otros compromisos o juicios de prevalencia entre razones, que se hallan implícitos o explícitos en otras partes del sistema jurídico y que son aplicables al caso en cuestión, se aprecia un error en el propio compromiso entre razones de primer orden que opera como justificación subyacente de la regla. Lo característico de esta derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas, frente a las derrotabilidad en el de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas, es que la regla fracasa, tanto en este caso como en casos sucesivos, como razón protegida. No se trata, como en los ejemplos anteriores, de problemas producidos por el carácter supraincluyente de la *prescripción contenida en la formulación normativa*, que en nada cuestionan el juicio de prevalencia entre razones de primer orden que opera como justificación subyacente de la regla; lo que se refuta por erróneo es *el propio juicio de prevalencia* que opera como razón subyacente de la regla, por lo que se asume que ésta no debe jugar ningún papel en la toma de decisiones futuras[19].

Abundando en esta idea, podríamos añadir que, mientras lo que se cuestiona en el primer tipo de supuestos es la aplicabilidad de la prescripción al caso concreto, en el segundo es su validez. De manera que, mientras en el

---

[19] En *Razonamiento judicial y reglas* hablaba de *errores de primer grado* y *errores de segundo grado* para referirme a dos tipos de errores, correlativos a las dos formas de derrotabilidad de las reglas a las que acabo de referirme, que cometerían los jueces que aplicaran estas reglas[cfr. ob. cit., págs. 77 y sig.]. Los errores de primer grado están vinculados a la derrotabilidad en el nivel de las formulaciones normativas, mientras que los errores de segundo grado van vinculados a la derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas.

primer caso decimos que la norma queda desplazada, en segundo nos referimos a su nulidad. Por cierto, en sistemas jurídicos como el nuestro, de control de constitucionalidad concentrado, no está previsto que los jueces ordinarios declaren la nulidad de una regla (de rango legal), sino que suspendan la aplicación de la regla y planteen una cuestión de inconstitucionalidad. En los sistemas de control de constitucionalidad difuso, por el contrario, es el propio órgano de aplicación el que debe desarrollar una argumentación que demuestre que el sistema jurídico contiene otro juicio de prevalencia de las razones aplicables al caso que es opuesto al que opera como razón subyacente a la regla y que es aquél el que debe prevalecer.

Ahora bien, salvo algunos supuestos a los que me referiré al final de este apartado, admitir la derrotabilidad de las formulaciones normativas, así como de las justificación subyacentes a las reglas, no supone sin más negar que el Derecho determine positivamente la conducta de los jueces. Como acabamos de ver, un juez puede dejar de lado una regla cuando considere que un supuesto está fuera de su alcance, o constituye una excepción a la misma. Pero los aplicadores del Derecho no son libres de formular cuantas excepciones o exclusiones del alcance de las normas deseen y cuando lo deseen. El aplicador del Derecho tiene que demostrar que, a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo en cuestión, el caso en discusión constituye una excepción o está excluido del alcance de la regla.

Tampoco es libre el juez a la hora de apreciar la derrotabilidad de las justificaciones subyacentes a las reglas[20]. Para empezar, un juez no puede rechazar por erróneo el compromiso entre razones contenido en una norma jurídica aplicable basándose en razones hasta el momento no reconocidas por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, no puede apelar simplemente a la consecución de los intereses de ciertos grupos sociales, a la realización de programas políticos, a la potenciación de nuevos objetivos sociales o a la promoción de nuevos valores no incorporados hasta el momento al orden jurídico. Razones como éstas sólo pueden ser alegadas por el legislador para justificar la aprobación de una regla que incorpore un nuevo compromiso entre razones de primer orden, o la derogación de un regla que contenga un compromiso que se estime inadecuado, pero nunca pueden ser esgrimidas por los órganos de aplicación.

Además, los jueces tampoco pueden componer a su arbitrio un nuevo compromiso entre las razones de primer orden contenidas en las reglas. Este es el error en el que incurre el *particularismo sensible a las reglas* cuan-

[20] Sigo de cerca las consideraciones expresadas por J. Aguiló en «Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica», *Isonomía*, México, núm. 6, pág. 75.

do estima que el operador jurídico que decide dejar de lado una regla es libre de componer, con las razones de primer orden contenidas en las mismas, el balance que estime oportuno. En contra de lo que supone el *particularismo sensible a las reglas*, los jueces sólo pueden dejar de lado las reglas oponiendo la prevalencia de otros compromisos entre las razones de primer orden aplicables al caso en cuestión que ya figuran expresa o tácitamente en el sistema.

En suma, tanto en el caso de la derrotabilidad de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas, como en el de las justificación subyacentes a las reglas, para poder dejar de lado una regla en principio aplicable el juez tiene que basarse en el sistema de principios que dotan de coherencia a la institución o sector normativo de que se trate. Por lo tanto, tiene que aludir a razones que guardan una estrecha relación con las ideas de coherencia normativa o congruencia. Ahora bien, pese a lo que llevo dicho, todavía cabe concebir algún supuesto excepcional en el que el órgano jurisdiccional quede exonerado de esta obligación de sometimiento al Derecho. De tales supuestos excepcionales paso a ocuparme en las próximas líneas, al hilo de la tercera noción de derrotabilidad que nos queda por explorar.

Hasta aquí me he ocupado de dos nociones de derrotabilidad asociada a las reglas, en tanto que razones que se integran en el razonamiento judicial, bien se trate de lo que he llamado *derrotabilidad en el nivel de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas*, bien de lo que denomino *derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas*. Aunque mi intención al diferenciar entre distintas acepciones de *derrotabilidad* no es establecer una clasificación exhaustiva y excluyente, todavía sería posible afinar algo más y distinguir, como he señalado hace unas líneas, una tercera acepción de *derrotabilidad*, según la cual hablaríamos de derrotabilidad cuando, de acuerdo con el Derecho, concurren razones para basar la respuesta a un problema de indeterminación en criterios extrajurídicos, es decir, criterios ajenos a los que el propio Derecho establece; y no basados, por lo tanto, en creencias compartidas en la comunidad jurídica. Esta tercera noción de derrotabilidad, a la que me voy a referir en lo sucesivo con la expresión *derrotabilidad radical* de las normas jurídicas, ha sido minuciosamente perfilada por Juan Carlos Bayón en un reciente trabajo[21]. Este autor sostiene la derrotabilidad de las normas mismas como un hipotético resultado al que sería posible llegar cuando se completa el proceso de identificación del Derecho que se desarrolla tomando en cuenta no sólo

[21] Juan Carlos Bayón, «Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y positivismo jurídico», *Isonomía,* núm. 13, México, octubre de 2000, págs. 87 a 117.

con las convenciones semánticas imperantes, sino también las interpretativas.[22]

Bayón, partiendo de un trabajo previo de Rodríguez y Sauca, pero separándose de la tesis mantenida por estos dos autores, defiende que la presencia en el Derecho de normas derrotables en esta tercera acepción es contingente. Dicho en forma muy sumaria, pues me resulta imposible abordar aquí con mayor profundidad la cuestión, Bayón sostiene que la derrotabilidad en esta tercera acepción dependería de dos variables[23]: La primera de estas variables sería la existencia o no en el Derecho de reglas de clausura respecto de la relevancia. Dichas reglas consistirían en una prescripción de considerar el conjunto de propiedades relevantes obtenido al final del proceso de identificación de las normas como condiciones suficientes de las calificaciones normativas correspondientes, o, lo que es lo mismo, de considerar irrelevantes cualesquiera propiedades distintas de ellas[24]. Pues bien, Bayón defiende que es una cuestión de hecho la presencia o no en el Derecho de una convención interpretativa –aplicable a una, varias o todas las normas del sistema– que establezca una regla de clausura respecto de la relevancia. De manera que puede darse el caso de que las convenciones interpretativas no incluyan –en relación con una, varias o todas las normas del sistema– una regla de clausura semejante; de ahí que podamos afirmar que una norma es derrotable cuando de hecho no existe en relación con ella una regla de clausura respecto a la relevancia. En palabras de Bayón «ello querría decir que la norma se acepta como una mera regla de la experiencia [*rule of thumb*], lo que indica que solamente a partir de ella no es posible derivar ninguna solución concreta respecto de ningún caso particular, puesto que para llegar a establecerla siempre será necesaria una evaluación, que por hipótesis no estaría guiada por criterio alguno proporcionado por el propio sistema normativo, acerca de la relevancia o irrelevancia de cualesquiera propiedades del caso concreto distintas de las que definen el supuesto de hecho de la norma derrotable. Si esta conclusión es correcta –prosigue Bayón– cabría afirmar que una norma jurídica genuinamente derrotable deja el Derecho indeterminado en lo que concierne a los casos subsumibles en su supuesto de hecho. De manera que la resolución de cualesquiera de éstos requiere siempre una decisión discrecional entre alternativas abiertas por parte del aplicador» [25].

[22] Cfr. ob. cit., pág. 103.

[23] Cfr. ob. cit., pág. 109

[24] Cfr. ob. cit., pág. 104.

[25] Cfr. Ob cit, págs. 104 a 105.

La segunda variable de la que dependería la derrotabilidad en esta tercera acepción sería la existencia o no en el Derecho de relaciones de preferencia preestablecidas para el caso de colisión entre dos normas. Nuevamente aquí sostiene Bayón que es una cuestión contingente la presencia de normas cuya relación de preferencia no esté, de acuerdo con las convenciones interpretativas existentes, preestablecida en relación con algunas de las demás normas del sistema[26]. «Podría pensarse –señala Bayón– que el producto final del proceso de identificación del Derecho sólo será un conjunto de normas inderrotables cuando el sistema contenga una ordenación completa de todas ellas; y que por el contrario, cuando tal ordenación completa no exista, el sistema contendría tanto normas inderrotables (aquellas cuya relación de preferencia en caso de colisión esté preestablecida en relación con todas las restantes) como normas derrotables (aquellas otras cuya relación de preferencia no esté preestablecida en relación con alguna o alguna de las normas del sistema)»[27].

Ahora bien, como el propio Bayón advierte, esta conclusión no es aceptada por Rodríguez y Sucar. Lo que éstos autores sostienen es, por el contrario, que tanto cuando existe una regla de clausura respecto de la relevancia, como cuando no existe, el sistema «correlaciona inderrotablemente ciertas soluciones a ciertos casos», con la diferencia de que en el segundo de los supuestos los jueces estarían habilitados para cambiar el Derecho, que, en su opinión, sería exactamente lo que estarían haciendo cada vez que decidieran considerar relevante alguna propiedad distinta de las que configuran el supuesto de hecho de las normas preexistentes.

A su vez, Bayón se opone a esta tesis señalando que afirmar que el sistema «correlaciona inderrotablemente ciertas soluciones a ciertos casos» implica decir que especifica condiciones *suficientes* para el surgimiento de las condiciones normativas establecidas. Pero, a juicio de Bayón, no hay propiedades que puedan operar como genuinas condiciones suficientes cuando no es obligado considerar como irrelevantes cualesquiera propiedades diferentes (que es exactamente lo que implica decir que no existe una regla de clausura respecto a la relevancia). «La solución de Rodríguez y Sucar, por lo tanto, –prosigue Bayón– borraría la diferencia entre una situación en la que el Derecho establece genuinas condiciones suficientes de las calificaciones normativas correspondientes (que –siendo el Derecho un sistema dinámico– obviamente pueden ser modificadas en el futuro por las autoridades normativas a las que el sistema atribuya competencia para hacerlo), y otra en la que el proceso de identificación del Derecho no pueda cerrarse con el aislamiento de un conjunto de propiedades que quepa considerar genuinas condiciones suficientes de las soluciones normativas establecidas» [Ob. cit., págs. 105 a 106]. A mi juicio este último argumento esgrimido por Bayón es decisivo. Diferenciar conceptualmente entre situaciones en las que el Derecho establece genuinas condiciones suficientes de las calificaciones normativas correspondientes y situaciones en las que tales condiciones no quedan aisladas, permite subsumir los dos primeros sentidos de derrotabilidad de los que me he ocupado –derrotabilidad de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas y derrotabilidad del balance de razones subyacente a las formulaciones– en las situaciónes del primer tipo ya que en estos casos, como acabamos de ver, el Derecho todavía proporciona criterios en los que basar la respuesta. En cambio, la noción de derrotabilidad radical quedaría reservada para el segundo tipo de situaciones.

[26] Cfr. ob. cit., pág. 109.

[27] Conviene advertir que nuevamente Rodríguez y Sucar rechazan esta segunda posibilidad de admitir que pueda haber normas jurídicas derrotables. Para estos autores, cuando no es-

En todo caso, como el propio Bayón admite, la derrotabilidad en esta tercera acepción «constituye un fenómeno con menor relevancia en nuestras prácticas jurídicas reales que la que a veces se le atribuye»[28]. De hecho creo que el objeto de su trabajo se encamina más bien a mostrar la posibilidad teórica del fenómeno que su importancia práctica. De ahí que las dos primeras acepciones de derrotabilidad de las que me he ocupado me parezcan más útiles a la hora de reconstruir no sólo el uso que del término hacen los teóricos del Derecho, sino, sobre todo, la forma en la que operan los aplicadores del Derecho cuando resuelven las disputas, así como la actividad que desarrolla la dogmática jurídica y que solemos englobar bajo el impreciso nombre de *método jurídico*.

Actividad interpretativa y creación discrecional de Derecho

Como señalaba al comienzo de este trabajo, mi intención es proyectar el análisis precedente, dedicado a las diversas acepciones de los términos *indeterminación* y *derrotabilidad*, sobre la actividad aplicativa de normas, con el fin de deslindar los supuestos de indeterminación en los que el Derecho requiere la entrada en juego de la actividad interpretativa de aquellos otros en los que no cabe sino la creación discrecional de normas. Así pues, comenzando por la actividad interpretativa, podemos afirmar que ésta estaría encaminada a la resolución de la indeterminación del Derecho asociada tanto a problemas de tipo lingüístico, como a problemas de coherencia o congruencia normativa. Ahora bien, cuando la indeterminación del contenido del Derecho se basa en problemas de coherencia o congruencia normativa, la actividad interpretativa sólo puede resolver los problemas de derrotabilidad de las normas en las dos primeras acepciones que hemos visto –derrotabilidad de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas y derrotabilidad del balance de razones subyacente– y no, como es obvio, los problemas de derrotabilidad radical. Para la resolución de los problemas de indeterminación lingüísticos y de coherencia normativa se hace necesario recurrir a las convenciones establecidas. Dichas convenciones in-

---

tán predeterminadas relaciones de preferencia entre dos normas que pueden colisionar, éstas no son «derrotables», sino simplemente contradictorias. Bayón combate esta tesis señalando –a mi juicio acertadamente– que de contradicción en sentido estricto sólo se puede hablar cuando colisionan dos normas que *previamente* hemos caracterizado como inderrotables, es decir, «cuando se verifican a la vez los antecedentes de ambas y consideramos cada uno de ellos como genuina condición suficiente de soluciones normativas incompatibles. Esta situación puede ser caracterizada también como un conflicto de deberes concluyentes. En cambio, cuando se verifican simultáneamente los antecedentes de dos normas, *ninguno* de los cuales es considerado como condición suficiente de las correspondientes soluciones normativas, lo que se produce es un conflicto de deberes *prima facie*» [Cfr. Ob. cit., págs. 107 a 108].

[28] Cfr. ob. cit., pág. 109.

cluirían no sólo pautas o reglas de tipo semántico, sino también pautas o reglas interpretativas (como puedan ser, en nuestro contexto jurídico, el llamado «instrumento teleológico», el «histórico-evolutivo», etc). Ahora bien, la mayor o menor extensión que se de a estas reglas o pautas interpretativas depende, en buena medida de la concepción del Derecho de la que se parta.

No obstante lo dicho, conviene tener presente que, en sentido lato, también se entiende interpretar como «sistematizar» el Derecho, lo que abarcaría una serie de operaciones distintas, como la integración del Derecho (en presencia de lagunas normativas) y la resolución de antinomias. Ahora bien, como advierte Guastini, aunque la doctrina tradicionalmente engloba estos supuestos como problemas de interpretación, en sentido estricto no lo serían, ya que «las lagunas [las lagunas normativas] y las antinomias son características del sistema jurídico entendido como sistema de normas» y no de las disposiciones jurídicas. Es decir, tanto las lagunas como las antinomias, se presentan –si es que se presentan– cuando ya ha tenido lugar la interpretación[29].

La discrecionalidad en la aplicación de normas, por su parte, entraría en juego en los casos de indeterminación del Derecho que tienen su origen en la derrotabilidad radical de las normas jurídicas (es decir, en la tercera de las acepciones de derrotabilidad que hemos visto). Si en el caso de la interpretación, las convenciones lingüísticas e interpretativas jugaban –como acabamos de ver– un papel decisivo para la resolución de los problemas de indeterminación, cuando de derrotabilidad radical se trata, dichas convenciones no se aplican. En estos casos podemos entender, siguiendo a Bayón, que concurren razones para apartarse del criterio que el Derecho establece (es decir, convencionalmente determinado) a la luz de criterios que no establece (o sea, no convencionales) y que, por lo tanto sería *externos* al Derecho. Para dar cuenta de una situación como ésta Bayón propone hablar de ***convenciones que se autoanulan*** [30]. Es decir, en ausencia de una regla de clausura respecto de la relevancia, o de normas que preestablecen relaciones de preferencia de acuerdo con las convenciones relevantes, la calificación normativa de una conducta se hace depender de criterios que la totalidad de las convenciones relevantes deja sin seleccionar.

Conclusiones

Al comienzo de este trabajo señalaba la importancia que tiene, a la hora de analizar los conceptos de indeterminación y de derrotabilidad, tener en

---

[29] Guastini, Riccardo, *Le fonti del Diritto e l´interpretazione,* ob. cit., págs. 330 y 356.

[30] Cfr. J. C. Bayón , «Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y positivismo jurídico», ob. cit., págs. 112 y 114.

cuenta la conexión existente entre los mismos. El primero de los conceptos que he abordado ha sido el de indeterminación, entendida ésta como una característica que se predica del Derecho. La indeterminación del Derecho puede verse como indeterminación causal de las decisiones judiciales; como defectos lógicos de los sistemas jurídicos (contradicciones y lagunas normativas); como indeterminación debida a imprecisiones lingüísticas (ambigüedad y vaguedad), y, en fin, como indeterminación debida a problemas de coherencia normativa o congruencia. Por su parte, el concepto de derrotabilidad es concebido como una característica que se predica de las normas jurídicas. Esta característica de las normas está vinculada precisamente a la indeterminación debida a problemas de coherencia normativa o congruencia. Para dar cuenta de los problemas que plantea la derrotabilidad de las normas jurídicas he traído a colación la noción de razón protegida para la acción, lo que me ha llevado a detenerme por un momento en algunas nociones procedentes de la teoría de las razones para la acción. De todo este análisis se derivaban dos nociones diferentes de derrotabilidad: la derrotabilidad de las prescripciones contenidas en las formulaciones normativas mediante las que se expresan las reglas y la derrotabilidad del balance de razones subyacente a las mismas. Pero, además, quedaría una tercera acepción de derrotabilidad, según la cual hablaríamos de derrotabilidad cuando, de acuerdo con el Derecho, concurren razones para basar la respuesta a un problema de indeterminación en criterios extrajurídicos, es decir, criterios ajenos a los que él propio Derecho establece; y no basados, por lo tanto, en creencias compartidas en la comunidad jurídica. A esta tercera acepción me he referido como derrotabilidad radical de las normas jurídicas.

Finalmente, el análisis de los conceptos de indeterminación y de derrotabilidad me ha abonado el terreno para ocuparme de dos aspectos fundamentales en la aplicación judicial del Derecho: la actividad interpretativa y la discrecionalidad. Respecto la actividad interpretativa, he señalado que el proceso interpretativo está encaminado a resolver los problemas de indeterminación del Derecho debidos a imprecisiones lingüísticas y a dificultades de coherencia normativa o congruencia. Estos últimos a excepción, claro está, de los supuestos de derrotabilidad radical de las normas jurídicas, para los que ni las convenciones lingüísticas ni las interpretativas ofrecen soluciones. Con respecto a la discrecionalidad, he señalado que entraría en juego en aquellos casos en los que la indeterminación del Derecho se debe a problemas de derrotabilidad radical de las normas jurídicas. Como ya adelantaba al comienzo de este trabajo, en mi opinión, una reconstrucción adecuada de la tarea de aplicación de normas que llevan a cabo los jueces debe tratar de dar cuenta del punto de inflexión en el que el Derecho requiere el paso de la actividad interpretativa a la creación discrecional. Confío en

haber sido capaz, a lo largo de estas páginas, de arrojar alguna luz sobre dicho punto de inflexión.

Bibliografía

AGUILÓ, Josep, «Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica», *Isonomía*, México, núm. 6, págs. 71 a 79.

– *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

– *Ilícitos atípicos*, Trotta, Madrid, 2000.

BAYÓN MOHÍNO, Juan Carlos, «Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 19, 1997, págs. 143 a 180.

– «Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y positivismo jurídico», *Isonomía,* núm. 13, México, Octubre de 2000, págs. 87 a 117.

DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985.

– *Law's Empire*, Belknap Press, Harvard, 1986.

– *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1989.

GUASTINI, Riccardo, *Le fonti del Diritto e l´interpretazione*, Giufrè, Milán, 1993.

LIFANTE VIDAL, Isabel, «Sobre el concepto de discrecionalidad jurídica», cito por el original policopiado.

RAZ, Joseph, *Razón práctica y normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

– «¿Por qué interpretar?», *Isonomía*, núm. 5, 1996, págs. 25 a 40.

REDONDO, Mª Cristina, «Teorías del Derecho e indeterminación normativa, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 20, 1997.

RÓDENAS, Angeles, *Razonamiento judicial y reglas*, Fontamara, México D.F, 2000.

RODRÍGUEZ, Jorge Luis, «La derrotabilidad de las normas jurídicas», *Isonomía*, México, núm 2, 1997, págs. 149 a 167.

RODRÍGUEZ, Jorge Luis y SUCAR, G., «Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del Derecho», *Doxa,* Alicante, núm. 21, vol II, 1998, págs. 403 a 420.

RODRÍGUEZ, Jorge Luis, «Lagunas axiológicas y relevancia normativa», *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, Alicante, 1999, núm. 22, págs. 349 a 369.

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

SOBRE EL ARGUMENTO A CONTRARIO EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO[1]

Juan Antonio García Amado
Universidad de León

Hay mucho de cierto en la afirmación que hace décadas hiciera Spendel, en el sentido de que «bajo prestigiosas palabras como «lógicamente fundado», «consecuencia necesaria», «analogía o razonamiento a contrario» se esconde a menudo no otra cosa que ideas oscuras o pseudoargumentos» (Spendel, 1957, 442). Resulta curioso en grado sumo que reine una tan grande oscuridad en un campo como el de la metodología de interpretación y aplicación del derecho, en el que han corrido y corren ríos de tinta. En este trabajo pretendo fundamentar semejante veredicto sólo en lo que tiene que ver con el llamado argumento a contrario.

Trataré de desentrañar algunos equívocos habituales o de combatir enfoques que considero erróneos, y de sustentar lo que estimo tesis más adecuadas y correctas sobre los caracteres de este argumento, su estructura y la función que cumple en el razonamiento jurídico. Pero antes de entrar en todo ello, se impone tomar conciencia de un dato crucial: de éste, como de cualquier otro asunto relativo a la teoría de la interpretación y aplicación del derecho y a los medios o instrumentos que en los correspondientes razonamientos decisorios se utilizan, apenas es posible hablar al margen de una determinada concepción del derecho y de las reglas rectoras de su práctica. Cierto es que los teóricos no suelen explicitar su postura al respecto, pero ésta siempre opera en el trasfondo, condicionando las tesis que se sostienen, con lo que se incurre en el poco recomendable defecto de presentar como verdades universales lo que no es sino dependiente de prejuicios o «aprioris» que no se justifican expresamente. De ahí que comience esta exposición trazando un muy elemental panorama de ciertas concepciones básicas del derecho y explicitando aquélla con la que teóricamente me identifico.

[1] Agradezco a Rafael Hernández Marín sus muy valiosos y atentos comentarios al borrador de este artículo. Los defectos que aún contenga se deben, por supuesto, a mi responsabilidad o, incluso, a mi empecinamiento.

I. Tres modos de concebir el derecho y la decisión jurídica correcta.

Entre quienes piensan que tiene sentido hablar de algo llamado derecho, en cuanto realidad de algún género y no mera ficción ideológica que encubre engañosamente la simple fuerza o el mero sinsentido, podemos diferenciar tres concepciones básicas acerca de esa realidad de lo jurídico, de la materia prima que de un modo u otro determina o dirige la decisión judicial o, cuando menos, aporta el elemento de contraste que nos permite sostener cosas tales como que el juez aplica correctamente el derecho, decide racionalmente en sede jurídica, respeta la legalidad establecida, acata el sistema de fuentes, etc., etc. Las denominaré concepción lingüística, concepción intencionalista y concepción material. Las tres comparten la idea de que hay algo preestablecido a la decisión judicial y que le sirve o le debe servir de pauta, y que ese algo tiene, por tanto, valor normativo. En aras de la simplificación, llamaremos a ese algo normas jurídicas, sin entrar, por no ser aquí el tema central, en ulteriores discusiones terminológicas.

La concepción **lingüística** ve el derecho como normas cuya realidad originaria es la de enunciados lingüísticos contenidos en ciertos textos[2] a los que es atribuido valor autoritativo, es decir, reconocidos como «fuentes» o receptáculos de normas que son derecho y no otra cosa (no mera moral, no mera política, no meros usos, no meras afirmaciones, etc.). El derecho, así, es primariamente lenguaje. No es algo anterior o distinto que se exprese a través del lenguaje, sino que está constituido en y por el lenguaje. Las normas jurídicas son fragmentos del lenguaje a los que se reconoce en una determinada comunidad o cultura ese especial status de ser derecho y no (meramente) otra cosa.

Para esta concepción, los problemas del tránsito de la norma jurídica, así vista, a la decisión jurídica que la aplica o en ella se basa son fundamentalmente los problemas que plantea todo lenguaje no formal, son problemas de interpretación. Al lenguaje de las normas, de los enunciados que las constituyen, ha de suponérsele necesariamente un significado, pues en otro caso no tiene sentido ni razón de ser la producción normativa como emisión lingüística. Si los enunciados legislativos fueran por definición crípticos, inasibles y carentes de toda determinación significativa, la práctica legislativa (y la práctica jurídica toda) sólo podría explicarse como el más cruel y maquiavélico camuflaje de la arbitrariedad y la manipulación, como ideología en el más negativo de los sentidos. Y, con ello, caería por la misma pen-

[2] En la teoría del derecho española, una concepción lingüística mantenida con muy coherente radicalidad es la de Hernández Marín (vid. 1998, 114ss.).

diente todo el entramado de ideas que hablan de principio de legalidad, democracia, separación de poderes, derechos, garantías, etc.

Mas decir que al lenguaje legislativo se le ha de suponer la capacidad de significación no implica en modo alguno caer en la ingenuidad de imaginarse que tal lenguaje es o puede llegar a ser perfectamente preciso, determinado e inequívoco. La semántica del lenguaje jurídico padece los mismos problemas que la semántica del lenguaje ordinario, si acaso con algunas peculiaridades y matizaciones (la existencia de terminología técnica, la presencia de definiciones legales, etc.). Ahora bien, así como en la vida diaria podemos entendernos, dentro de ciertos márgenes, a partir de nuestro lenguaje, podemos también entender, dentro de ciertos márgenes, lo que las normas nos dicen y lo que le dicen al juez que ha de aplicarlas. Pero no podemos desconocer que existen en el lenguaje de las normas términos vagos y ambiguos e incluso, a menudo, conceptos total o casi totalmente indeterminados. La teoría y la práctica del derecho han desarrollado, como respuesta a este problema, la teoría de la interpretación jurídica, que da o trata de dar pautas y reglas para concretar y precisar los enunciados de las normas jurídicas en lo que tengan de indeterminado.

Para esta concepción lingüística, la interpretación jurídica es aquella actividad que los teóricos del derecho o sus operadores prácticos llevan a cabo para aclarar y precisar el significado de los enunciados en que las normas jurídicas se contienen. El teórico suele realizar esta labor redefiniendo los términos o enunciados legales, utilizando expresiones sinónimas, etc. El práctico, por su parte, suele partir del problema que supone saber si un determinado hecho cae o no bajo la referencia del significado del enunciado normativo, si es subsumible bajo el mismo. Pero lo característico de esta concepción es que la semántica pone un límite a las interpretaciones posibles, a las concretas atribuciones de significado. Las interpretaciones posibles de un término legal son tantas como resulten compatibles con los límites de su significado en nuestro lenguaje (nuestro lenguaje ordinario y/o nuestro lenguaje técnico-jurídico) y con la lectura contextualizada de ese término, pero no más. Todo lo que traspase ese límite ya no será interpretación de esa norma, sino creación de una norma nueva. Y la decisión que se base en esta norma nueva ya no podrá presentarse como aplicación de aquella otra, como aplicación obediente de la misma o respetuosa con la vinculación a la misma.

Un ejemplo bien simple. Pongamos que la norma jurídica N dice: «se prohíbe el uso de gafas en todo tipo de embarcaciones marítimas». Sin chocar con el «sentido común lingüístico» podemos dar distintas definiciones de lo que en N se haya de entender por «gafas»; y podemos, en estrecha relación con lo anterior, establecer que bajo la referencia de ese término de N

caen solamente los lentes con montura de uso diario, o también las «gafas» que se utilizan por ejemplo para soldar, o también las «gafas» de buceo, etc. Que le demos a ese término una u otra extensión estará justificado en razón del fundamento que podamos aducir para dicha elección (el fin de la norma, la intención del legislador, etc.), pero en cualquiera de esos casos estaremos cumpliendo con el mandato legislativo, con el respeto al texto normativo. En cambio, si alguien, alegando cualesquiera razones (de justicia, de equidad, de fidelidad al propósito del legislador, de conveniencia económica, etc.) sostiene que se puede entender que N prohíbe también el uso de pistolas en las embarcaciones, estaría creando una norma nueva, y al ejecutar esa prohibición frente a quien porta una pistola en una embarcación no estaría cumpliendo N, sino la norma nueva *por él* creada.

El partidario de la concepción lingüística no tiene necesariamente que ser opuesto a esa actividad creativa, ni siquiera opuesto a la decisión *contra legem*. Puede, por ejemplo, entender que el derecho es lenguaje y no otra cosa, pero defender desde consideraciones políticas que cierto derecho (por ejemplo el de una dictadura) no debe ser obedecido. A lo que el partidario de esta concepción se opone es a que se llame aplicación de una norma jurídica a lo que, por no respetar los límites de su significado posible, es suplantación larvada de esa norma. Esta concepción, como tal, no se compromete necesariamente con ningún orden de valores ni ninguna política, y mucho menos es expresión de positivismo ideológico. Sus tesis de partida son ontológicas (el derecho es lenguaje y no ningún tipo de esencia pre o extralingüística), epistemológicas (no podemos conocer de modo fehaciente ningún tipo de realidad jurídica al margen del lenguaje) y conceptuales (se debe evitar la arbitrariedad terminológica y establecer criterios conceptuales precisos).

La concepción **intencionalista** contempla el núcleo o ser último del derecho como contenido del pensamiento y la intención de ciertos sujetos dotados de autoridad, paradigmáticamente los legisladores. Las normas jurídicas no agotan sus contenidos posibles en los enunciados lingüísticos a través de los que primariamente se manifiestan. Comprender una norma no es averiguar el significado o los significados posibles de un enunciado legislativo, sino, en última instancia, desentrañar las intenciones que su emisor ligó a dicho enunciado. Las palabras de éste y su forma sintáctica, entonces, son un puro vehículo, más o menos fiel, más o menos certero, de esa otra realidad que es la que verdaderamente cuenta, la intención de su autor. La correcta interpretación de un enunciado legislativo, por tanto, es aquella que saca a la luz lo que el legislador quiso decir con sus palabras. Éstas permanecen para siempre unidas a aquellos contenidos de conciencia y nunca pueden llegar a hablar por sí solas. Sólo dan pistas, gozan de una presun-

ción de certeza, pero tal presunción es derribable con argumentos que acrediten que para el legislador tuvieron un significado distinto del que tendrían para el hablante corriente (o el jurista corriente) aquí y ahora.

En esta concepción, la vinculación al derecho no es vinculación a la semántica de los enunciados legales, sino atadura a la intención del legislador. La autoridad de la ley es la autoridad de su autor, y el derecho no es definible como conjunto de enunciados legales, sino como contenidos de voluntad cristalizados en esos enunciados, que, repito, nunca se independizan de aquellas intenciones. El ser último del derecho no está o no se agota en las palabras y los textos, sino que está por debajo, dándoles a aquéllas y a éstos su verdadero y único sentido posible. No es que la averiguación de las intenciones del legislador sea uno de los instrumentos aptos para precisar o elegir entre los significados posibles de los enunciados legales en lo que éstos tengan de indeterminado, como podría admitir sin problemas un defensor de la concepción lingüística. Se trata de que los significados posibles, la semántica del uso, cede ante aquella intención del autor, de modo que interpretación correcta podrá ser también aquella que dé a la norma un significado que vulnere abiertamente la semántica de nuestro lenguaje compartido. En un ejemplo caricaturesco, si al emplear en N el término «gafas» el legislador quiso realmente prohibir que en las embarcaciones se portasen lupas, esto y no otra cosa sería, según esta concepción, lo que N prohíbe.

En tercer lugar, tenemos la que denomino concepción **material** del derecho. Para ésta, la materia prima del derecho, su núcleo, su componente primero, no son ni palabras con significado ni intenciones de sujetos, sino contenidos valorativos materiales. La realidad jurídica última no es ni lingüística ni psicológica, sino axiológica. La realidad del derecho no es sino una parte de la realidad del mundo, y las reglas de fondo que ordenan el mundo están prefijadas, ya sea en un orden de la creación, ya sea en una armonía cósmica, ya sea en una ontología ideal subsistente al margen de las determinaciones empíricas, y ya sea esa realidad universal e inmutable o cambiante con los tiempos y las culturas. El derecho, así, sólo se concibe como expresión de tales determinaciones objetivas que son independientes de contingencias tales como la semántica del uso lingüístico o los propósitos. Y, por tanto, las palabras de la ley (positiva) no son más, nuevamente, que (en el mejor de los casos) un intento más o menos afortunado, pero siempre inexacto e insuficiente, de reflejar esas pautas valorativas de fondo, esos valores. Interpretar rectamente la ley positiva es situarla en la mayor concordancia y armonía posibles con aquel orden de valores. Y, sobre todo, decidir con corrección jurídica un caso es otorgarle el tratamiento que desde ellos y a tenor de ellos merece. Cuando las palabras de la ley y su significado apunten en la misma dirección, será porque la ley acierta a transmi-

tir los valores que importan, con lo que la consiguiente decisión del caso será conforme con la ley y el derecho. Cuando el caso caiga bajo la referencia de los términos legales, pero la consecuencia que se siga de su aplicación vaya contra lo prescrito por los valores que cuentan, aquéllos cederán ante éstos, y podrá quizá decirse que la decisión es *contra legem*, pero no contra derecho, pues la ley escrita no es sino la pura superficie o apariencia de lo que es el auténtico derecho. Sin embargo, raramente o sólo en casos extremos las cosas se presentarán hacia el exterior con esta claridad. Es más cómodo y persuasivo mantener que se ha hecho una interpretación de la ley y que se la respeta en su verdadera esencia, aunque se la haga «decir» cualquier cosa que nadie entendería de sus términos.

Y nuevamente hay que aclarar que no nos referimos a que el intérprete, a la hora de elegir entre los significados *posibles* de una norma vaga o ambigua, eche mano de consideraciones finalistas, de equidad, de ponderación valorativa de consecuencias, etc., lo cual tampoco plantearía reparos al defensor de la concepción lingüística. No, se trata de que, para este tipo de doctrina, posibles son cualesquiera sentidos que hagan justicia al caso y sólo aquellos significados que hagan justicia al caso. Y el trato que el caso «demanda» es, para esta concepción, algo que viene determinado por la justicia y no por las palabras de la ley o las intenciones del legislador.

Creo que las tres concepciones son merecedoras de consideración y análisis, con la única condición, difícil y no muy usual, de que se mantengan coherentemente. Quien esto escribe se manifiesta (quizá se ha percibido ya) partidario de la concepción lingüística. No es lugar para entrar en más fundamentaciones y discusiones. Se pone de relieve solamente para que desde ahí se comprenda y, si es necesario, se relativice lo que a continuación expondré sobre el concreto tema del argumento a contrario.

II. Equívocos y confusiones con el argumento a contrario

En este tema reina un profundo confusionismo[3], fruto en muchas ocasiones de combinar acríticamente tesis sobre él que provienen de esas distintas concepciones del derecho y su práctica y, otras veces, de no explicitar suficiente y claramente los presupuestos iusfilosóficos desde los que cada autor razona sobre el asunto.

Intentaré pasar revista crítica a algunos de esos equívocos y de explicar su raíz en la respectiva concepción del derecho. En el capítulo siguiente ex-

[3] Una buena síntesis de todas las confusiones posibles, resultado del acrítico acopio de aportaciones heterogéneas, a menudo de segunda o tercera mano, puede comprobarse en Falcón y Tella, 1991, pp. 163ss

pondré, en términos positivos, la que me parece la forma más acertada de concebir la forma y el juego de este argumento.

1. El argumento a contrario y el silencio de la norma (o del legislador)

Es sumamente habitual sostener que el argumento a contrario entra en juego respecto de aquello de lo que la norma guarda silencio[4]. El acierto de tal afirmación depende de lo que se entienda por tal «silencio». Hay que diferenciar el silencio como falta de mención (expresa) y el silencio como falta de regulación, es decir, como laguna, para, a continuación, puntualizar lo siguiente, contrariamente a lo que la doctrina acostumbra a mantener: i) no toda falta de mención (expresa) de un supuesto significa que el mismo carece de regulación preestablecida en el ordenamiento jurídico; y ii) cuando tal regulación falta y hay una laguna, es precisamente cuando el argumento a contrario no opera. Veámoslo a la luz de unos ejemplos que representen distintas situaciones regulativas.

Ejemplo 1: *silencio como falta de mención, no de regulación*. Pongamos que la norma N dice: «En caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, *sólo* la viuda tendrá derecho a pensión de viudedad?. Supongamos que un viudo reclama tal pensión. El argumento a contrario ahí jugaría del siguiente modo: «viuda» sólo puede hacer referencia, con arreglo a las reglas y convenciones de nuestro lenguaje, a cónyuge supérstite femenino. Si la norma dice «viuda» no podemos entender que quiere decir «viudo» o «viuda» indistintamente, pues en ese caso habría dicho «viudo o viuda» o «viudo» como denominación genérica del cónyuge supérstite, o cualquier otra fórmula abarcadora.

¿Ha surgido una laguna en ese caso? Para nada, pues queda claro que el asunto que hay que resolver, el del viudo reclamente, tiene su solución en la norma: no tiene derecho a pensión de viudedad, pues claramente rige en el ordenamiento que un derecho tal sólo lo poseen las personas a las que expresamente les sea atribuido por alguna norma[5]. Decir que hay ahí una laguna es incurrir en un absurdo total, sería como decir que en la normativa

[4] Tal planteamiento se ve con suma claridad por ejemplo en Ezquiaga Ganuzas 1987, 168-169; Pawlowski 1981, 35. También Nawiasky decía que tanto analogía como argumento a contrario son posibles en los mismos casos, los casos de laguna, que tienen igual valor y que la elección de uno u otro es una cuestión valorativa (Nawiasky 1962, 206-207). Entre los pocos con un planteamiento riguroso, Canaris 1983, 44, que explica que son frecuentes los casos en que el que la ley calle sobre un caso no significa que no se siga una consecuencia jurídica para él, sino que tal silencio implica que mediatamente la ley ofrece para el caso una solución negativa.

[5] Véase Canaris 1983, 50ss, sobre la necesidad de que para que se pueda afirmar un derecho exista una norma que lo conceda. Un ejemplo similar, extrayendo similares conclusiones, maneja Ross (Ross, A. 1994, 145).

que regula los derechos de los estudiantes universitarios hay una laguna porque se concede expresamente el derecho a examen a quienes se han matriculado, pero no dice nada de los que no se han matriculado. En un caso como éste estamos jugando con candidatos positivos o negativos, no estamos moviéndonos en la zona de penumbra. Ahí el argumento a contrario es un puro argumento de respaldo de la legalidad vigente, frente a los intentos de obviarla con consideraciones o argumentos sustanciales (de justicia, etc.)[6].

Estamos ante la función más normal del argumento a contrario, que vendría a apoyarse en que las expresiones legales significan lo que significan y que en ningún caso pueden significar otra cosa, y menos aún pueden significar lo contrario[7].

En resumen, tenemos que en N no se menciona a los viudos, pero tal ausencia de mención no es falta de regulación. Esto, como veremos, se explica también entendiendo que el enunciado de N equivale a «sólo si se es viuda se tendrá derecho a pensión de viudedad», lo que es tanto como decir que si se es viudo no se tendrá derecho a pensión de viudedad. Por supuesto que es imaginable que un tribunal, por consideraciones de justicia, decida otorgar tal derecho a un viudo. Pero que tal decisión nos resulte grata con arreglo a nuestros valores no implica que deje de ser una decisión *contra legem*[8].

Ejemplo 2: silencio como falta de mención que no se traduce en laguna, sino en problema interpretativo, de opción entre interpretaciones posibles. Supongamos que los precios que los espectadores de los partidos de fútbol en los estadios han de pagar por sus entradas se hallan regulados por la norma siguiente.

---

[6] No hay que confundir eso con otra cuestión. Podemos pensar que esa norma del ejemplo es inconstitucional, porque establece una discriminación entre hombres y mujeres. Pero en ese caso no es que afirmemos una laguna, sino que decimos que ha de ser eliminada por inconstitucional la norma que atribuye el derecho sólo a las mujeres. Si el TC la elimina por inconstitucional, habrá surgido, quizá (depende de otros datos del ordenamiento), una laguna (para todos, para viudos o viudas), pero en absoluto se puede decir que esté en ese caso el TC resolviendo una laguna cuando declara la inconstitucionalidad.

[7] Desde la teoría intencionalista se diría que si el legislador dijo «viuda» fue porque sólo quiso dar ese derecho a las viudas, salvo que se demuestre que su intención era otra y cometió un error expresivo. Desde la concepción material se mantendrá que el que sean unos u otros los que posean el derecho depende de apreciaciones de justicia y equidad, siendo la referencia principal el tomar en consideración si viudos y viudas se encuentran en una situación similar, en cuyo caso con arreglo a la justicia poseerán el mismo derecho, o en una situación diferente, que justificaría el trato diverso, todo ello con independencia y al margen de la semántica y de los propósitos del legislador.

[8] Ya sabemos que para los partidarios de la concepción material el *ius* es más que la *lex*, es *lex* más justicia, equidad, prudencia, etc. y subordinada a esto, por lo que aquella decisión no sería contraria a derecho aunque sea contraria a la *lex*.

N: «Todos los espectadores de los partidos de fútbol en los estadios deberán pagar su entrada. Los que vayan hasta el estadio en moto pagarán una entrada de 1000 pesetas y todos los demás espectadores asistentes pagarán una entrada de 2000 pesetas».

N configura el conjunto de casos posibles de modo exhaustivo. Para el conjunto de casos de asistencia como espectador a un partido de fútbol establece dos subconjuntos: el subconjunto *a*, formado por los casos de quienes asistan al estadio en moto, y el subconjunto *b*, integrado por *todos* los demás casos de asistentes al fútbol como espectadores, al margen del medio en el que realicen el viaje hasta el estadio. Es decir, la norma no menciona expresamente el caso de los que vayan a pie, en coche, en autobús, etc., pero esa falta de mención, ese silencio, en modo alguno significa una laguna.

Imaginemos el siguiente caso: alguien que ha ido al estadio en ciclomotor reclama que se le cobre la entrada de 1000 pesetas, en lugar de la de 2000. Esto es, reclama el tratamiento correspondiente a los elementos del subconjunto *a*. Hemos quedado en que no hay laguna tampoco para este caso, pues el caso se integra o en el subconjunto *a* o en el subconjunto *b*, que son exhaustivos, por lo que no hay un subconjunto *c* de casos no resueltos para los que haya que crear una nueva norma, ya sea por entero o ya sea estableciendo para ella la misma consecuencia jurídica que N dispone para los supuestos de *a* o de *b*. Pero que no haya laguna no quiere decir que no se planteen problemas interpretativos para la aplicación de N a un asunto como éste. En efecto, que el ciclomotor sea o no uno de los objetos designados por el término «motos» es algo que puede discutirse. No es descabellado pensar que forma parte de la zona de penumbra de este término. «Moto» tiene en nuestro medio lingüístico un significado ordinario y un significado técnico. Según que nos atengamos al primero o al segundo, el ciclomotor podrá formar parte o no de la referencia del término. Habrá pues que argumentar, con los medios normales de la interpretación jurídica (el método sistemático, la voluntad del legislador, el fin de la norma, etc.) la opción interpretativa que se adopte, y la consiguiente resolución del caso. Pero, repito, no se habrá colmado una laguna, sino que se habrá resuelto un problema interpretativo, y ninguna de las dos soluciones posibles sería calificable como contraria al tenor de N.

¿Cuándo y cómo podría entrar en juego el argumento a contrario en este ejemplo? *Una vez que se ha interpretado N* dándole, por ejemplo, el siguiente significado: N establece que sólo si se viaja en moto al estadio se tiene derecho a pagar la entrada de 1000 pesetas; por moto se ha de entender lo que para este término establece el Código de la Circulación (determinadas características mecánicas, de cilindrada, etc.); el ciclomotor no tie-

ne esas características, por lo que, en esos términos, el ciclomotor no es una moto; luego, si sólo los que acudan en moto, así entendido el significado de «moto», tienen ese derecho, *a sensu contrario* los que van con ciclomotor no tienen ese derecho. Aquí vemos cómo el argumento a contrario es tributario de una previa y determinada interpretación, de la que se limita a extraer la consecuencia. El esquema del razonamiento podríamos representarlo así:

1. (x) Tx $\leftrightarrow$ C
2. Vx $\rightarrow$ $\neg$Tx
3. Vx

_____

4. $\neg$C

Pero como N también dispone la solución de los supuestos distintos de Tx (ir en moto al estadio), tenemos que el caso se resuelve por obra de la misma norma. Representamos por Rx «asistente al estadio por cualquier otro medio»:

1. (x) Rx $\rightarrow$ C'
2. Vx $\rightarrow$ Rx
3. Vx

_____

4. C'

Ejemplo 3: existencia de una laguna que el argumento a contrario, por sí *mismo, no colma, por lo que no compite directamente con el razonamiento analógico.* Tomemos la norma N que dice: «Todos los espectadores de los partidos de fútbol en los estadios deberán pagar la entrada. Quienes asistan en coche pagarán una entrada de 2000 pesetas y quienes asistan a pie pagarán una entrada de 1000 pesetas». Aceptemos que ninguna otra norma del sistema estipula la entrada que habrán de pagar quienes acudan por otros medios (en moto, en bicicleta, en autobús...). Es evidente, entonces, que hay una laguna respecto de todos estos otros casos. Es decir, se establece que todo el conjunto *a* de quienes acudan al fútbol como espectadores deben pagar entrada. De este conjunto *a* se regula la entrada que han de pagar los miembros del subconjunto *b* (los que acudan a pie) y del subconjunto *c* (los que acudan en coche). Si llamamos a los demás elementos del conjunto *a,* no abarcados por los subconjuntos *b* y *c,* subconjunto *d*, tenemos que para todos los elementos de este subconjunto *d* existe ausencia de concreta regulación en cuanto al precio de su entrada.

Supongamos que se plantea un caso de ese subconjunto *d*: alguien que acude al fútbol en bicicleta reclama que se le cobre el precio de 1000 pese-

tas de los que van a pie. ¿Cómo se puede resolver el caso? Habrá, ineludiblemente que crear una norma nueva, pues el hecho no encaja bajo la referencia de ninguno de los supuestos que N concretamente regula. Para justificar la norma que se cree, se podrá argumentar de modos diversos, conforme a los métodos y argumentos habituales en estos casos. Entre los más socorridos estaría la analogía, que podría fácilmente aplicarse sobre la base de una determinada interpretación del fin de N (por ejemplo, si dicho fin fuera evitar la contaminación y los atascos producidos por los vehículos de motor en día de fútbol). Con ello se legitimaría la nueva norma que aplica al caso de las bicicletas la misma consecuencia jurídica que N establece para la asistencia a pie.

¿Tiene el argumento a contrario algo que decir en contra de esa solución analógica o de cualquier otra similar? En modo alguno. Invocar aquí tal argumento sería incurrir en un defecto lógico del razonamiento que, como luego veremos, ha sido resaltado por los mejores tratadistas del tema. Veámoslo. En aras de la simplicidad, tomemos sólo N como «si se asiste a los partidos de fútbol a pie se paga una entrada de 1000 pesetas».

1. $(x)\ Tx \rightarrow C$
2. $Bx \rightarrow \neg Tx$
3. Bx

---

4. $\neg C$

Es decir, echar mano del argumento a contrario para defender que puesto que N establece la consecuencia «pagar entrada de 1000 pesetas» para el caso de ir a pie, y puesto que ir en bicicleta no es ir a pie, se debe excluir aplicar esa consecuencia al ir en bicicleta, es incurrir en el defecto lógico del razonamiento que traduce la fórmula anterior y que sería fácil de demostrar[9].

¿Qué tendría que ocurrir para que el razonamiento en cuestión fuera correcto? Que se interprete N en términos de «*si y sólo si* se acude al estadio a pie se tendrá derecho a pagar una entrada de mil pesetas?. Es decir, la premisa 1 debería tener la forma:

$(x)\ Tx \leftrightarrow C$

Y ese sentido a N no se lo da el argumento a contrario, sino la interpretación previa, más o menos admisible según el grado de razonabilidad o convicción que posean los argumentos con que la misma se sostenga. En consecuencia, no es el argumento a contrario por sí y sin más el que se opone a la analogía, sino que la posibilidad de ésta se desactiva por la previa in-

---

[9] Puede verse tal demostración, por ejemplo, en Schreiber 1992; 71-72; Klug 1998, 179-180.

terpretación de N. Expresado de otra manera, lo que el argumento a contrario vendría a hacer sería simplemente mostrar el carácter lógicamente incorrecto de la aplicación analógica una vez que la norma ha sido interpretada en términos de «si y sólo si».

Todo esto es así para la concepción lingüística, que centra la cuestión en el tema del significado y la interpretación. Para la concepción intencionalista las cosas son también así, pero la pauta interpretativa determinante la da la voluntad del legislador. En cambio, para la concepción material lo que importa son las razones de justicia y equidad que sustenten la resolución del caso, por lo que la lógica y la semántica ceden ante el peso de esas razones. Esto es, por mucho que N se interprete verosímilmente en términos de «si y sólo si», o aun cuando el enunciado mismo de N fuera «si y sólo si», al que acude en bicicleta se le debe reconocer el mismo derecho que al que acude a pie si la justicia del caso así lo impone, pues el derecho es, antes que otra cosa, justicia, justo tratamiento de los merecimientos de cada caso. Quienes ven en la semántica o las reglas formales del razonamiento lógico un obstáculo para tal decisión, son despectivamente tildados de formalistas irredentos y lacayos del abuso y la insensibilidad. Y si con ellos sucumbe también el legislador democrático, poco importa. *Fiat iustitia, pereat mundus*.

Ejemplo 4: *la existencia o no de una laguna depende de la previa interpretación y el argumento a contrario sólo opera cuando la interpretación ha establecido que no hay laguna*. Supongamos que la tenencia de animales en los domicilios particulares está legalmente regulada en el sistema por esta única norma N: «Queda prohibida bajo sanción S la tenencia en los domicilios de animales salvajes. Está permitida la tenencia de animales domésticos». Parece que la regulación legal es completa, pero se puede concebir una laguna respecto de los animales salvajes domesticados. Imaginemos que se impone la sanción S a un sujeto que tiene en su domicilio un tigre que ha sido recogido cuando era cachorro, al que se ha domesticado, que está perfectamente adaptado a la vida en el hogar y al que, además, se le han cortado las uñas y los colmillos para evitar cualquier riesgo para la integridad de las personas. ¿Es ese tigre un animal salvaje y está, por consiguiente, su tenencia prohibida bajo sanción, o encaja bajo la referencia de animal «doméstico»? Estamos planteando un interrogante interpretativo, y la respuesta interpretativa que se dé condiciona directamente la solución del caso. Las respuestas posibles son tres, y no es difícil imaginar buenos argumentos, con base en los criterios y métodos de interpretación admitidos, para mantener cualquiera de las tres. No nos paremos en la fácil invención de esos argumentos y sinteticemos meramente las tres respuestas posibles: a) ese tigre sigue siendo un animal salvaje a efectos de la norma, con lo que

rige la prohibición: hemos realizado una interpretación extensiva de «animal salvaje» que no vulnera su tenor literal; b) ese tigre es un animal doméstico a efectos de la norma, con lo que opera el permiso: hemos hecho una interpretación extensiva de «animal doméstico», que no vulnera su tenor literal; c) ese tigre es parte de un tercer género de casos que no se subsumen ni bajo «animal salvaje» ni bajo «animal doméstico»: hemos hecho una interpretación restrictiva de «animal salvaje» y de «animal doméstico», de resultas de las que ha surgido una laguna. El combate, por así decir, de cuyo resultado va a depender el que el caso del tigre domesticado se pueda resolver en el sentido de la prohibición, el permiso o una tercera solución (por ejemplo el permiso sometido a particulares medidas o precauciones) se ha librado en el terreno de la interpretación, y ahí el argumento a contrario no ha podido aún comparecer. Sólo podrá jugar una vez que una de esas tres interpretaciones se ha llevado a cabo. Veámoslo:

Si se ha sentado la interpretación a), hemos afirmado que el tigre domesticado es un animal salvaje a efectos de N, por lo que se sigue la consecuencia de la prohibición y, a sensu contrario, no puede seguirse la consecuencia del permiso o una tercera consecuencia.

Si se ha fijado la interpretación b), se mantiene que el tigre domesticado cae bajo el tipo legal de animal doméstico, por lo que se sigue la consecuencia legal del permiso y, a sensu contrario, no puede seguirse la consecuencia de la prohibición o una tercera consecuencia.

Si se ha fijado la interpretación c) y ese tigre no encaja ni bajo un supuesto ni bajo el otro, tenemos una laguna, y sobre el modo de resolverla el argumento a contrario no aporta *nada*. Por consiguiente, ahí un argumento a contrario no estaría en oposición ni a que se aplicara una norma de nueva creación que estableciera analógicamente la consecuencia de la prohibición, la del permiso o una tercera consecuencia distinta (por ejemplo, el permiso sometido a especiales controles o restricciones).

Con estos ejemplos comprobamos que el argumento a contrario no funciona cuando hay un silencio legislativo que significa falta de regulación de un caso, sino cuando por vía interpretativa se ha establecido que i) la mención de un caso asociándolo a una consecuencia supone que se le debe aplicar esa consecuencia; o ii), que la no mención de un caso no significa falta de regulación de ese caso. Por contra, cuando el silencio legal respecto de un caso significa laguna, el argumento a contrario no aporta nada al colmado de esa laguna, ni se opone por sí a la analogía.

Otras tres afirmaciones frecuentes pueden ser atacadas desde lo que acabamos de decir: que el argumento a contrario va más allá del significado posible de la norma, que es lo opuesto a la analogía y que es uno de los medios para colmar lagunas. La crítica a estas tres afirmaciones se desprende

ya de lo que he mantenido hasta aquí, pero conviene explicitarla y ampliarla más.

2. El argumento a contrario como desbordamiento del tenor literal de la norma

Se sostiene con alguna frecuencia que el argumento a contrario es creativo, es uno de los argumentos de desarrollo judicial del derecho, pues va más allá del significado posible de la ley. Ahí, más allá del significado posible, es donde, como veremos que se dice, se enfrentarían argumento a contrario y argumento analógico como medios para decidir «más allá» del texto legal[10]. Una afirmación tal sólo puede fundarse en alguna de las siguientes posturas o confusiones:

– Confusión entre lo que la ley menciona y lo que la ley «dice», es decir, la regulación que contiene. Otra forma de expresarlo es diciendo que se trata de la confusión entre términos y significados. Ya me he referido a esta necesaria diferenciación. Tomenos el siguiente enunciado de la norma N: «Para todos los casos de H se debe aplicar la consecuencia C». H es un término genérico, un tipo legal abstracto (ejemplo: H = «tenencia en domicilio de animales salvajes»). Cuando, sobre la base de que *s* es un caso de H se resuelve que «se debe aplicar a *s* la consecuencia C», estaríamos, con tal planteamiento, integrando el derecho y yendo más allá de lo que la norma «dice», pues la norma no dice *s*, sino H. Parece obvio que tal forma de hablar representa un absurdo. Si *s* forma parte de la referencia de H, lo cual se establece mediante la interpretación, que puede ser más o menos dificultosa según que *s* forme parte del núcleo de significado de H o de la zona de penumbra, aplicar a *s* la consecuencia C, como resultado de aplicar N, no es ir más allá del significado posible. Sí sería ir más allá el negarle a *s* tal consecuencia mediante consideraciones valorativas. ¿Y qué diría el argumento a contrario ahí? Simplemente que hay que estar al significado de H, el cual comprende a *s*, al menos mientras se quiera respetar la legalidad establecida y dicha legalidad se entienda basada en textos con significado. Por tanto, el argumento a contrario no va más allá de los significados posibles, sino que defiende que no se vaya más allá.

– Una parte de la teoría italiana de la interpretación, muy influyente, trabaja con la distinción conceptual entre disposición y norma. Tal distinción tiene una indudable utilidad teórica y puede clarificar bien el tránsito del enunciado legal a los enunciados interpretativos del mismo. Según esta distinción, toda interpretación sería productiva, y más si, como a veces se afirma, no existe cosa tal como los significados propios de las palabras de

[10] Véase por ejemplo, en ese sentido, Koller, P., 1992, p. 213ss.

la ley. Es decir, si los términos legales no tienen un significado propio y si la norma la crea la interpretación en cada caso, los contenidos del derecho no los da el legislador, sino el intérprete. Así las cosas, repito, toda interpretación crea una norma que va más allá de los significados posibles del enunciado legal, y más cuando el número de tales significados posibles (en cuanto propios o preestablecidos) es igual a cero. La consecuencia es que no resulta entonces viable trazar coherentemente una distinción entre interpretación de un enunciado legal y creación de una norma nueva, y esto explica que se mezclen indistintamente argumentos interpretativos y creativos, pues todos vienen a hacer lo mismo una vez que el significado posible no marca ningún límite a la actividad del intérprete y aplicador. Por eso puede Tarello mezclar en el listado de argumentos interpretativos los métodos tradicionales de interpretación en sentido estricto con cosas tales como la analogía, los argumentos a fortiori, los de equidad, naturaleza de las cosas, etc. (Tarello 1980, 341ss), incluyendo también el argumento a contrario entre los argumentos de la interpretación. Sólo cuenta la, ineludible, creación de la nueva norma y la lucha, sin límites prefijados, por el resultado. Desde esos presupuestos el argumento a contrario es «creativo[11]» y no puede asumirse que tal argumento no crea una norma nueva sino que defiende una interpretación que es opción por uno de los significados posibles.

– Hemos visto en los dos párrafos anteriores que la confusión puede provenir de sostener que los términos legales no tienen referencia o que si la tienen no importa porque el intérprete por definición es libre para atribuir cualquier sentido a esos términos. Más coherente es la tesis de quienes piensan que dichos términos sí significan, pero que el límite formal que ese significado implica cede ante las consideraciones sustanciales que reflejan la verdadera esencia valorativa del derecho. Desde un planteamiento así se justifica la afirmación de Lombardi de que tanto la analogía como el argumento a contrario suponen ir más allá del tenor literal de la norma, pues ambas hacen «decir a la ley algo que ella, por definición no ha dicho» (Lombardi, 1981, 100). En tal marco teórico, la pugna entre el argumento a contrario y la analogía ya no es entre el respeto a los términos legales, interpretados sin vulnerar sus significados posibles, y la transgresión de esos significados, sino un enfrentamiento abierto entre dos valoraciones contrapuestas de la justa decisión del caso, con base en la consideración valorativa de las semejanzas y diferencias.

[11] En el mismo sentido, Diciotti, E. 1999, 458ss.

3. El argumento a contrario como directamente opuesto a la analogía

Esta afirmación es un auténtico tópico, omnipresente en la doctrina[12]. Ya he mencionado que, con arreglo a la concepción que llamo lingüística, estos dos argumentos nunca se enfrentan directamente. Y ello por las siguientes razones: porque cuando el argumento a contrario puede entrar en juego es porque se ha establecido mediante la interpretación previa que no hay laguna para el caso que se discute[13] y que, por tanto, no ha lugar para que funcione justificadamente la analogía[14], que sería entonces la base de una decisión *contra legem*; y porque cuando la interpretación ha dado que sí hay laguna para el caso, el argumento a contrario no tiene nada que decir para colmarla, pues es un argumento que refuerza la idea de que el caso ha de resolverse según la norma bajo cuyo significado se subsume y estamos diciendo que no hay tal norma y por eso existe laguna.

El presentar ambos argumentos como enfrentados es el resultado de una concepción material del derecho. El esqueleto del razonamiento suele ser así. Tenemos una norma N que establece que el caso F debe recibir la consecuencia C. Y hemos de resolver un caso F´ que no cae bajo la referencia de «F», pero que guarda algún tipo de similitud relevante con F. ¿Cómo se resuelve dicho caso F'? Se dice, desde esta concepción, que la base de esa solución ha de ser la apreciación de si F' merece o no la misma consecuencia C que N establece para F, y ese juicio de merecimiento se basará en la valoración de si la regla de justicia o el valor que da su razón de ser a N (según la versión de la concepción material que se maneje) impone o no que a F´ se le aplique C. El argumento a contrario (según este planteamiento) diría que, a tenor de la regla de justicia o del valor jurídico correspondiente, F y F´ no son similares y, por tanto, no merecen el mismo tratamiento, por lo que C no se debe aplicar a F´; y el argumento analógico diría que sí lo son y se les ha de aplicar la misma consecuencia C. Con esta manera de ver las cosas, el problema ha dejado de ser de interpretación y es simple y llanamente de valoración de resultados materiales. La decisión de aplicar N no será expresión del respeto a la legalidad contenida en sus términos, con su significado, sino manifestación de acuerdo con el resultado que tal aplicación da para el caso; y a falta de tal acuerdo valorativo, plena admisibilidad de la decisión *contra legem*.

---

[12] Véase, Larenz/Canaris 1995, 209; Rüthers 1999, 494; Koller 1992, 215; Fikentscher 1977, 285-286; Iturralde Sesma 1989, 191; Lombardi Vallauri 1981, 97ss.

Una excepción: Villar Palasí, 1975, 221ss.

[13] Como bien apunta Schreiber, cuando el argumento a contrario tiene cabida es precisamente porque «no puede deducirse ninguna regulación jurídica faltante» (Schreiber, 1992, 73).

[14] En ese sentido apuntan con acierto Larenz/Canaris 1995, 210.

Desde el desprecio que la concepción material profesa por la semántica y la lógica, se explica también el empeño en presentar, en los casos como el que acabamos de exponer, el argumento a contrario enfrentado con la analogía. Y al llevar dicho enfrentamiento al plano axiológico de la justicia del caso se escamotea hábilmente el problema del principio de legalidad y de la decisión *contra legem*. Veámoslo brevemente. Tal como deliberadamente he presentado el caso anterior, el argumento a contrario como tal nada puede suponer contra la aplicación de la consecuencia C a F´ si es que respecto de F´existe una laguna. En tal caso, el juicio valorativo sobre la relevancia de la similitud entre F y F´ es determinante de la pertinencia o no de la aplicación analógica de C a F´, pero si tal juicio, en el que el argumento a contrario no comparece, concluye que no existe tal semejanza valorativamente relevante, la analogía no se justifica, pero porque no se da su condición esencial, no porque haya obrado en contra el argumento a contrario. Salvo, claro, que llamemos argumento a contrario al siguiente esquema de razonamiento: i) dos casos que sean similares en lo que valorativamente importa deben recibir un tratamiento igual, y dos casos que no sean similares en lo que valorativamente importa no deben recibir un tratamiento igual; ii) los casos *a* y *b* no son similares en lo que valorativamente importa; iii) la norma N establece que el caso *a* debe recibir el tratamiento C; luego, «a *contrario sensu*», el caso *b* no debe recibir el tratamiento C.

En realidad así es como se representa el papel del razonamiento a contrario en las concepciones materiales del derecho[15]. Pero del mismo hay que decir que ya no se trata de un argumento «jurídico», sino de sentido común o de razón práctica, según como se mire, pues el juicio no se realiza en términos de legalidad o ilegalidad, sino de justicia sustancial; que no es así como en la práctica jurídica suele utilizarse; y, desde luego, que así visto pierde todo el sentido la afirmación tan habitual de que el argumento a contrario es un argumento de fidelidad al texto legal, de interpretación restrictiva, de respeto al legislador[16], etc. Es, simplemente, trivial, porque lo sustancial se resuelve en la ponderación de valores que determina que el argumento, en tales términos, sea aplicable o no.

La relación que en la práctica jurídica se da entre el argumento a contrario y el principio de legalidad, esa que se escamotea con los anteriores planteamientos, sólo se capta adecuadamente si no se pierde de vista que só-

---

[15] Buenas ilustraciones de este modo de razonar pueden verse con claridad en Looschelders/Roth 1996, 100-102; Heller 1961, 135; Feteris 1999, 8; Bydlinski 1991, 476-477. Con tal idea coquetea, un tanto dubitativo, Aarnio 1991, 151-152. Del modo más radical ese enfoque está presente en Lombardi Vallauri 1981, 98ss.

[16] Tales afirmaciones en Tarello, 1980, 346ss. Lo sigue ampliamente Ezquiaga Ganuzas 1987, 165ss.

lo representa un razonamiento correcto cuando la norma tiene (o recibe mediante una interpretación que fije así uno de sus significados posibles) la estructura formal de un bicondicional, como luego consideraremos con más calma. Por eso decía que la norma N anterior debe ser reformulada así para que el argumento a contrario funcione negando la posibilidad de una analogía *contra legem*. N: «*Si y sólo si* es el caso que F debe imponerse la consecuencia C». Esa norma sí veta que al caso F', no subsumible bajo el término «F», pueda extenderse la consecuencia C mediante la creación de una norma N' que ligue dicha consecuencia a F'. Solamente si es tal la estructura de N, el aplicar a F´ la consecuencia C sobre la base de la justicia del caso en razón de la similitud valorativamente relevante de F´y F es una decisión *contra legem*. Los defensores de la concepción material tácitamente suelen asumir la admisibilidad de tal decisión *contra legem*, pero raramente lo dicen con todas las letras.

4. El argumento a contrario como instrumento para colmar lagunas

Ya he insistido suficientemente en lo desenfocado de tal aserto, también muy común[17]. Sólo es necesario poner de relieve que quienes ven en el argumento a contrario un medio para justificar decisiones en caso de laguna manejan un muy determinado concepto de laguna: no laguna como falta de regulación legal de un supuesto, sino laguna como falta de mención o como laguna axiológica. Sobre lo primero no voy a volver. Lo segundo requiere poca explicación.

Para la concepción lingüística hay una laguna cuando un caso no es subsumible bajo alguno de los significados posibles de alguna norma, *una vez interpretadas* con respeto a las reglas semánticas y sintácticas y vistas en su contexto regulativo[18] las que, en principio, pudiera pensarse que vienen a cuento, si es el caso.

La concepción material del derecho toma en cuenta el dato de que el enunciado legal abarque o no el caso a resolver, pero no es eso lo determinante. Lo determinante, para esta concepción, es que la norma contenga o no la solución justa para el caso que se enjuicia y eso ocurre, al menos en buena medida, al margen de la semántica y la sintaxis (y de la lógica). Cuando un caso no recibe en los enunciados legales la solución justa, estaríamos ante una laguna. Esto puede suceder cuando:

[17] Véase, por ejemplo, Röhl 1995, 651.

[18] Téngase en cuenta que el significado de la norma no es sólo el de los términos con que tipifica el supuesto de hecho o las consecuencias jurídicas, sino también el significado de sus conectores, pues, como hemos visto, no es lo mismo que se trate de un condicional simple, un bicondicional, etc. Insiste en el papel central de este objeto de interpretación Amato 1969, 398.

– Los enunciados legales no prevén ninguna solución para el caso: se argumentará la decisión más aceptable valorativamente, integrando el derecho. Aquí el argumento a contrario no tiene nada que decir (salvo en la versión deformada que acabamos de ver), por lo que en modo alguno concurre como alternativa para colmar esa laguna.

– Un enunciado legal establece una solución para el caso, pero tal decisión (en cualquiera de sus interpretaciones posibles y compatibles con el significado lingüístico) se estima contraria a la justicia o el valor determinante de que se trate: se subsumirá el caso bajo tal valor y se dictará la consiguiente solución por él requerida, al margen de las palabras de la ley y sus significados. Aquí el argumento a contrario aparecería para mantener que la regulación del caso es la que establece aquel enunciado, no otra. Pero *no está colmando la laguna, sino negando que exista*. El enfrentamiento ahí entre quien mantenga el argumento a contrario y quien propugne, por valorativamente mejor, la decisión *contra legem* del caso, tiene lugar en planos diferentes: no en el de la discusión de la justa decisión del caso, sino en el de la concepción de base del derecho. El argumento a contrario lo invocará quien entienda el principio de legalidad como respeto a los significados posibles de los enunciados legales y, además, tenga un punto de vista favorable a valores tales como la certeza del derecho, el principio de separación de poderes, el respeto al legislador democrático, la soberanía popular, etc. Y a él se opondrá quien por encima de todas esas consideraciones sitúe un orden axiológico que no puede ser cuestionado por obra de ningún género (tampoco el democrático) de poder y soberanía, orden cuya certeza se tiene por más patente y accesible, tanto para jueces como para ciudadanos, que la dudosa semántica de los enunciados legales o sus consecuencias lógicas. Claro, si les preguntamos a continuación para qué se supone que sirve entonces el legislador, con toda la parafernalia de elecciones, parlamentos, etc., y para qué entretenerse en sancionar, promulgar y publicar textos legales, se nos responderá (o se nos debería responder con sinceridad) que para servir a la verdad. En derecho, la fe no mueve montañas, pero puede convertir códigos enteros en «maculatura».

III. Tesis sobre el argumento a contrario

Trataré ahora de sistematizar las tesis que he venido defendiendo como base de las críticas anteriores. Cabe resumirlas en dos: i) el argumento a contrario sólo es válido como sustento de una solución cuando toma pie en una norma cuya estructura es la del bicondicional, y ii) dicho argumento es tributario de la previa interpretación, pero no interpretativo en sí mismo.

1. El argumento a contrario y las normas como bicondicionales.

Esta tesis no es en absoluto original. Klug la planteó ya con toda claridad desde la primera edición de su *Lógica jurídica*. Muchos otros la acogieron más tarde[19]

Lo que se sostiene con esta tesis es el carácter lógicamente defectuoso del razonamiento que «aplique» a contrario una norma cuya estructura sea la del condicional simple, «si...entonces».

Veámoslo con algún ejemplo de nuestra jurisprudencia constitucional. El art. 9.3 de la Constitución dice que «La Constitución garantiza...la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». ¿Se contiene, a contrario sensu, en ese artículo alguna regulación para el caso disposiciones sancionadoras favorables, determinando si deben o no ser retroactivas? El Tribunal Constitucional ha dicho que sí, que tal caso está regulado a contrario por dicho precepto constitucional[20]. ¿De qué modo se extrae tal conclusión de aquel artículo? ¿Se «impone» a contrario sensu realmente?

Podemos representar así la referida norma, siendo SNF «disposición sancionadora no favorable» y R retroactividad (por tanto, ¬R = irretroactividad):

SNF → O¬R

¿Cómo cae bajo ese *dictum* una disposición sancionadora favorable? El razonamiento que lleva a cabo el TC tendría esta estructura (usamos SF por «disposición sancionadora favorable»):

1. SNF → O¬R
2. SF

———————

3. OR

---

[19] Véase Koch/Rüßmann 1982, 260-261 (En la teoría de Koch y Rüssmann, quienes tratan de fundamentar la estructura deductiva de cualquier razonamiento jurídico correcto, el carácter de bicondicional que ha de tener la premisa primera normativa se aplica en todo caso, no sólo en este que estamos viendo. «Resulta que la premisa primera de un razonamiento jurídico decisorio, la norma condicional universal, tiene que ser concebida como *bicondicional* si ha de poder obtenerse un enunciado sobre la consecuencia jurídica tanto para el caso de que se cumpla como de que no se cumpla el supuesto de hecho -ibid. 55-. Para la justificación de este planteamiento, ibid. 48ss. Un resumen de los problemas de esta teoría y de algunas críticas que ha recibido, puede verse en Ratschow 1998, 134ss); Herberger/Simon 1980, 60ss.

[20] En su Sentencia 8/1981, de 30 de marzo, el TC manifiesta (f.j.3) que «El problema de la retroactividad e irretroactividad de la Ley penal (...) viene regulado por nuestra Constitución en su artículo 9.3, donde se garantiza la irretroactividad de las «disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales?. Interpretando «a contrario sensu» este precepto puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley penal favorable?.

En tales términos lógicos, la conclusión es lógicamente arbitraria. Pero eso no cambia si añadimos una premisa 2. con la negación del antecedente de 1.:

1. SNF → O¬R
2. ¬SNF
3. SF

_____

4. OR

La Constitución guarda silencio respecto de la retroactividad o no de las disposiciones sancionadoras favorables, y de ese silencio no se sigue nada para ellas[21]. La norma expresada en 4. es una invención del Tribunal, invención que puede considerarse avalada por buenas razones morales o políticas, pero no por argumentos de otro género. La Constitución no dispone nada sobre si deben o no ser retroactivas las disposiciones sancionadoras favorables[22].

¿Cambia algo si reformulamos la norma expresada en 1 como bicondicional? Veamos que no:

1. SNF ↔ O¬R
2. ¬SNF

_____

3. ¬O¬R

Es claro que «no obligatorio no R» equivale lógicamente a «permitido R» y «permitido no-R», pero en ningún caso a «prohibido R». O sea, que

[21] El tema no es pacífico. En su voto particular a la STC 203/1994, de 11 de julio, el Magistrado Cruz Villalón mantiene que el mandato de retroactividad de la norma penal favorable estaría contenido en el art. 25.1 CE. La cuestión es de suma relevancia práctica, pues según que tal mandato se extraiga de un precepto u otro, su vulneración será o no susceptible de amparo. Como se lee en la STC 15/1981, de 7 de mayo (f.j. 7), «La retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables tiene su fundamento, a «contrario sensu» en el artículo 9.3 de la Constitución que declara la irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. No es, pues invocable, en vía de amparo, reservada a las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución». La misma posición se puede comprobar, por ejemplo, en las SSTC 131/1986, de 29 de octubre (f.j. 2), 22/1990, de 15 de febrero (f.j. 7).

[22] Sería improcedente mantener que existe por ello una laguna. La Constitución pone límites a la actividad posible de los poderes públicos (en este caso del legislador y los jueces). En lo que no los limita, les reconoce libertad para regular los asuntos de un modo u otro, en este caso, para establecer en la ley el carácter retroactivo o no de la disposición sancionadora favorable que la ley contenga. En cambio, para la concepción material, si la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables es un mandato de justicia y la Constitución es antes que nada constitución material, expresión, tácita o explícita, de ciertos valores, de la Constitución se puede extraer contenidos que en modo alguno enuncia.

de la negación de que una norma sancionadora sea desfavorable, esto es, de la afirmación de que sea favorable, no se sigue con arreglo a 1 que sea obligatoria para ella la retroactividad. Es lógicamente inválido el siguiente razonamiento:

1. SNF $\leftrightarrow$ O¬R
2. ¬SNF Λ SF

_____

3. OR

El razonamiento sólo sería válido si a la norma recogida en 1 se le añadiese una previsión relativa a SF:

1. (SNF $\rightarrow$ O¬R) Λ (SF $\rightarrow$ R)

De ese modo sí se contendría en la norma una regulación perentoria de todos los casos posibles de normas sancionadoras en cuanto a los efectos de su favorabilidad sobre la retroactividad. Pero, repito, la segunda parte de esa fórmula no se contiene en el art. 9.3.

¿Qué consecuencia extraemos para nuestro tema? Que el argumento a contrario juega ahí en falso, que no tiene ninguno de sus sustentos posibles (la semántica más la lógica del razonamiento en que se aplica), y que es un puro subterfugio retórico para proporcionar una pseudojustificación de la creación de una nueva norma constitucional, que, si pudiera estar justificada, tendría que estarlo sobre otros argumentos o razones, y eso admitiendo que el TC pueda crear normas constitucionales.

¿Y no venimos sosteniendo, con la que estimamos mejor doctrina, que el argumento a contrario puede jugar sólo y siempre que la norma tiene la estructura del bicondicional? La respuesta es que sí, en efecto, pero no de cualquier manera. Y en este caso jugaría de la manera opuesta a la que engañosamente muestra el TC. Si el art. 9.3 se interpreta[23] en términos de «*si y sólo si* una norma sancionadora es no favorable es obligatoria la irretroactividad de esa norma», lo único que a contrario puede mantenerse válidamente es que «si una norma sancionadora es favorable no es obligatoria la irretroactividad de esa norma». Por tanto, a la única pretensión a la que dicho argumento se opondría sería a la que sostuviera que una norma sancionadora favorable es obligatoriamente irretroactiva. Es decir, sólo puede defender que puede esa norma ser retroactiva, pero no determina que deba serlo. O sea, lo contrario de lo afirmado por el TC.

Este que estamos analizando es un ejemplo de cómo una decisión que valorativamente nos resulta grata se dota de un fundamento erróneo y fal-

[23] Hay que insistir en que tal interpretación es previa y habría de hacerse con los argumentos interpretativos admisibles y oportunos. Que resulte convincente o no, no depende de ningún argumento a contrario.

samente objetivo. Se quiere presentar con la fuerza de la semántica y la lógica lo que precisamente desde ellas se desautoriza[24].

Veamos ahora un segundo ejemplo, también de nuestra jurisprudencia constitucional. El art. 25.3 CE dice que «La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad». El TC, en su Sentencia 21/1981, de 15 de junio (f.j.8), dice que «La Constitución española reconoce la singularidad del régimen disciplinario militar. *Del artículo 25.3 se deriva «a sensu contrario» que la Administración militar puede imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad*. Y el artículo 17.1 establece que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en la forma previstos en la ley. De ambos artículos se deduce la posibilidad de sanciones disciplinarias que impliquen privación de libertad y la remisión a la ley para la fijación de los supuestos».

Si el art. 25.3 significa que «si se es Administración Civil, entonces no le está permitido imponer sanciones que impliquen privación de libertad» (AC → O¬SPL), estamos ante un condicional que no impone ni excluye ninguna solución para otros supuestos, que nada «dice» ni significa para la Administración Militar. Negando el antecedente no se niega lógicamente el consecuente.

¿Qué ocurriría si interpretáramos esa norma como bicondicional (si y sólo si se es Administración Civil, entonces no le está permitido imponer sanciones que impliquen privación de libertad? AC ↔ O¬SPL. Aquí negar el antecedente implica negar el consecuente:

1. AC ↔ O¬SPL
2. AM → ¬AC
3. AM

---

4. ¬O¬SPL

---

[24] Puede ser interesante plantear el asunto también desde el prisma de la coherencia decisoria. No olvidemos que el art. 9.3 recoge también «la irretroactividad de las disposiciones... restrictivas de derechos individuales». Si el argumento a contrario que el TC usa para establecer la obligatoriedad de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables fuera válido, tendría que serlo también para fundar la obligatoria retroactividad de las disposiciones ampliatorias de derechos individuales, lo que en la práctica significaría un caos jurídico inimaginable. Pero, entonces ¿por qué en un caso sí y en el otro no? Porque en el primer caso el argumento a contrario es una pura fórmula retórica que encubre las consideraciones axiológicas que verdaderamente cuentan para el TC. Mas no es correcto querer dotar falsamente del rigor de la lógica algo que forma parte de lo opinable. El declarar la obligatoriedad constitucional de la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables o bien se basa en otros preceptos constitucionales que la sustenten (lo cual no sería, en principio, descartable) o bien deja de ser aplicación de la Constitución y pasa a ser creación de nuevas normas constitucionales. Y el problema de legitimidad política que esto plantea no debe quedarnos oculto por la simpatía que nos despierte el carácter «progresista» de la decisión.

La conclusión expresada en 4., lógicamente correcta, nos dice pues que (dado 3., Administración Militar) no es obligatorio no imponer sanciones privativas de libertad, lo que equivale a que está permitido imponer sanciones privativas de libertad.

En este caso vemos que el argumento a contrario está correctamente empleado, pero a condición de que sea admisible la interpretación previa que lo sustenta, interpretación de la norma en términos de «si y sólo si». Por el hecho de aplicar el argumento a contrario de modo lógicamente competente, el Tribunal no tiene garantizada la corrección de su decisión. Para que lo esté, repito, hay que ver si realmente da argumentos interpretativos a ese respecto o si falazmente los sustituye por la mera apariencia de interpretación que da el argumento a contrario.

Un ejemplo de decisión que hace uso del argumento a contrario sobre la base de una interpretación de la norma en términos de «si y sólo si» y que justifica dicha interpretación con argumentos interpretativos bien desarrollados, lo ofrece la STC 184/1994, de 20 de junio. La norma es el art. 894.1 de la LECrim., según el cual la incomparecencia injustificada de los defensores de las partes no será motivo de suspensión de la vista. En el caso que se examina se planteaba la cuestión de si debe ser causa de suspensión de la vista la incomparecencia *justificada* de los defensores (en el caso, el defensor tenía señalada otra vista de casación para el mismo día y hora, lo cual el propio tribunal, en la sentencia que motiva el amparo, había reconocido como causa justificada de incomparecencia). Representemos así el art. 894.1 LECrim. (II = incomparecencia injustificada de defensores; SV = suspensión de la vista):

$II \rightarrow \neg SV$

En tales términos, como condicional simple, nada se sigue para el caso de incomparecencia justificada (IJ), como ya sabemos. Pero el TC realiza un razonamiento a contrario y extrae del art. 894.1 el mandato de que debe ser motivo de suspensión la incomparecencia justificada. Para ello, está interpretando dicho artículo en términos de «si y sólo si la incomparecencia de los defensores es injustificada no será esa incomparecencia motivo de suspensión de la vista». Es decir:

$II \leftrightarrow \neg SV$

Y el razonamiento queda de la siguiente forma, lógicamente correcta:

1. $II \leftrightarrow \neg SV$
2. $IJ \rightarrow \neg II$
3. IJ

---

4. $\neg(\neg SV)$

La interpretación del art. 894.1 LECrim. en la forma reflejada en 1. la sustenta en TC en diversos argumentos atinentes a «principios como el de contradicción y de igualdad entre las partes que han de presidir el procedimiento penal en cualquier instancia» (f.j. 3). Se podrá opinar sobre el carácter convincente o no de dicha justificación de aquella interpretación, pero no se puede discutir que se ofrecen razones admisibles para la misma y que el razonamiento a contrario que sobre ella se lleva a cabo es correcto. Quien quiera desactivarlo deberá atacar aquellos argumentos interpretativos y fundar una interpretación diversa.

En suma, tenemos que el argumento a contrario se constituye en determinante de la corrección del fallo cuando o bien el propio enunciado de la norma tiene el carácter de «si y sólo si», o bien mediante la interpretación se le asigna dicho carácter en términos generales[25]. Sobre esa base, tienen razón los que dicen que el argumento posee cierto carácter trivial, pues no es sino explicitación de una consecuencia que se impone con necesidad lógica[26]. Para cualquier concepción del razonamiento jurídico decisorio que admita que éste sólo puede ser correcto (condición necesaria, aunque no su-

---

[25] La cuestión se suscita a menudo cuando el enunciado legal contiene una lista de objetos o acciones a los que se liga la consecuencia jurídica. El problema interpretativo, a falta de expresiones como «sólo», «únicamente» o similares, será determinar si esa lista constituye una enumeración meramente ejemplificativa o exhaustiva, pues sólo en este último caso cabe trabajar con el argumento a contrario (véase Herberger/Simon 1980, 61-62; Canaris 1983, 48). Un ejemplo.

La STC 102/1995, fj 30, al enjuiciar en conflicto de competencias la constitucionalidad del art. 33.1 del Real Decreto 1095/1989, de 8 de septiembre, que desarrolla en materia de caza y pesca la Ley 4/1989, relativa a la normativa básica de protección del medio ambiente, parte de que en dicho artículo 33 se dice que se considera «objeto de caza y pesca las especies que se relacionan en los anexos I y II?. Y mantiene el TC: «A *contrario sensu* las especies excluidas de ellos no pueden ser capturadas o muertas», diciendo que se trata, pues, de una «prohibición implícita». Por tanto, esa relación de especies es una lista cerrada, y la corrección de tal interpretación se acredita fácilmente tomando en cuenta que el art. 33.1 de aquella Ley 4/1989 dice que «La caza y la pesca en aguas continentales sólo podrá realizarse sobre las especies que reglamentariamente se declaren como piezas de caza y pesca». No hay, pues, ninguna laguna respecto de las especies no mencionadas: rige la prohibición de su caza y pesca.

Más claramente aún, la STC 138/1994, fj.4, dice que no se puede aplicar la analogía a una lista exhaustiva contenida en la norma (en este caso, las causas de recusación de un magistrado ex 219.10 LOPJ).

Es interesante preguntarse qué ocurre cuando la lista es o se interpreta como abierta. ¿Hay una laguna respecto de lo que no se enumera pero es similar a lo que se enumera? Sugerentemente dice Pattaro que no es que se aplique la analogía, sino que el caso se subsume bajo la norma que se construye inductivamente a partir de los ejemplos enumerados: bajo un principio (Pattaro 1988).

[26] Sin embargo, Herberger/Simon (1980, 63) sostienen que el argumento tiene su propia utilidad, pues «el razonamiento a contrario es necesario justamente para el control de la previa

ficiente) cuando es respetuoso con las reglas de la lógica, no será correcta la decisión que se base en una aplicación lógicamente defectuosa del argumento a contrario. Pero con esto de ninguna manera se quiere indicar que la lógica aporte nada más que esto. *En sí*, el argumento a contrario sólo puede ser atacado o admitido por razones de corrección lógica de su aplicación, pero tal cosa no quiere decir que toda decisión que aplique de manera lógicamente correcta dicho argumento sea ya, sin más, una decisión correcta y admisible. Pues ya sabemos que la corrección material de la decisión o su admisibilidad requerirá que se entienda correcta o admisible la interpretación de la norma de base, interpretación en términos de bicondicional que habilita el uso del argumento a contrario. Cuestionado el resultado de esa interpretación, se cuestiona la conclusión que se infiere mediante lo que se llama el razonamiento a contrario.

No es extraño que los que propugnan una concepción material del derecho nieguen que el razonamiento a contrario exija la estructura bicondicional de la norma[27]. Para ellos, las reglas de la lógica no pueden constituir un límite a la realización de la justicia. Si una norma N dice «única y exclusivamente poseerán el derecho D los sujetos que se encuentren en las situaciones *a* o *b* o *c*» y hay un sujeto que no se halla en ninguna de esas situaciones, pero se encuentra en la situación *d* que, por su similitud esencial desde un punto de vista valorativo con cualquiera de las otras situaciones, se considera que en justicia es acreedor al disfrute del mismo derecho D, se dirá desde esta concepción que el juez debe reconocer a dicho sujeto tal derecho, aunque del tenor de la norma («si y sólo si...») se siga lo contrario, es decir, aunque razonando a contrario a partir de ese tenor se imponga con contundencia lógica lo opuesto[28].

---

interpretación, pues hace ver qué consecuencias tiene la asunción de una replicación (o equivalencia)».

Horovitz, en su crítica a las tesis de Klug sobre este tema, asigna ese carácter trivial y carente de interés al argumento a contrario lógicamente correcto que, así, no sería el «argumento especial» que interesa en la argumentación jurídica. Como tal argumento especial intersa sólo en su disputa con la analogía y ahí el merecimiento de un trato y otro, y no la corrección en términos de lógica formal, sería lo relevante (vid. Horovitz 1972, 32ss, especialmente 44ss). Una buena síntesis de la polémica entre Horovitz y Klug puede verse en Atienza 1986, 101-103.

[27] Así, Lombardi Vallauri 1981, 99.

[28] Estamos ante lo que, en los términos de Engish, o bien es un ejemplo de derecho natural clásico o general-abstracto, o bien de «derecho natural individualizador», descrito por ese autor así a propósito de Stammler: «propiamente para *este* caso, y para *esta* situación específica, es justo *esto* y sólo *esto*, mientras que, en otras circunstancias o «en general» puede valer otra cosa como «derecho justo» (Engish, 1968, 403).

2. Dependencia del argumento a contrario respecto de la previa interpretación de la norma.

También esta tesis ha sido resaltada ampliamente por la mejor doctrina[29], y en particular por los cultivadores de la lógica jurídica. Así, Kalinowski plantea el tema con singular claridad, cuando dice que el argumento a contrario «es un raciocinio que explicita el sentido de la expresión cuantificadora «solamente» o de uno de sus sinónimos, tales como «únicamente», «exclusivamente», «....sólo... que», etcétera, empleados *expressis verbis* por el legislador, o que permanecen sobreentendidos» (Kalinowski 1973, 176). Y añade que «difícilmente se puede hablar aquí de interpretación del derecho. Porque la verdadera interpretación comienza solamente cuando se plantea la cuestión de saber si es necesario o no sobreentender en el texto interpretado el cuantificador «solamente», que hace posible la aplicación de la regla arriba mencionada» (ibid., 178).

Así pues, el argumento a contrario no es en realidad ni un argumento interpretativo, ya que los argumentos interpretativos deben ser usados con anterioridad a que sea posible echar mano del argumento a contrario, ni un argumento creativo, pues no produce una norma nueva, sino que saca las consecuencias de la norma preexistente interpretada. El resultado de su utilización es dependiente de esa interpretación anterior, por lo que tal resultado se verá condicionado por la doctrina o concepción de la interpretación que el intérprete maneje. Aquí nuevamente se percibirá el enfrentamiento entre las tres concepciones que hemos esquemáticamente retratado.

Para la concepción intencionalista de la interpretación jurídica, hay que estar a la voluntad del legislador, más allá de la semántica del enunciado legal, para establecer si la norma liga al supuesto una consecuencia en términos de «solo si», excluyendo dicha consecuencia para otros supuestos[30]. Es curioso que son muchos los autores que, sin adscribirse a esta concepción, sin embargo describen esa interpretación habilitante del argumento a contrario en términos de voluntad del legislador.

Para la concepción material son las razones de valor las que, también más allá de los límites semánticos, determinan que un caso deba recibir o no la consecuencia establecida en la norma. Una postura tal puede mantenerse de modo abierto y coherente o de manera más larvada y, a veces, incurriendo en contradicciones. Buen ejemplo de lo primero es de nuevo Kalinowski, para quien esa interpretación, guiada por la prudencia, tiene que tomar en cuenta «la naturaleza de las cosas, con el fin de asegurar no sola-

[29] Véase, Klug 1998, 183; Soeteman 1989, 239; Herberger/Simon 1980, 60 ss; Henket 1992, 156ss.; Amato 1969, 399-400.

[30] Con toda claridad en este sentido, Zimmermann 1954, 626-627.

mente el respeto del derecho positivo, sino también su armonía total con el derecho natural. Es esta prudencia, que se ejerce a través de las reglas que ella ha producido, la que conduce al intérprete del derecho a explicitar y en caso de necesidad a desarrollar o aun a modificar el texto de la ley. Es ella la que le inspira las suposiciones gracias a las cuales se realiza la obra fundamental y esencial de la interpretación del derecho y que permiten luego la aplicación de una regla lógica del raciocinio *a contrario* en el caso del argumento *a contrario*. Porque es obedeciendo a estas reglas extra-lógicas de la prudencia jurídica que el intérprete del derecho, antes de seguir las reglas lógicas correspondientes, sobreentiende en el texto interpretado (...) en el caso del argumento *a contrario* la cláusula restrictiva "solamente"» (Kalinowski 1973, 179). Como dice Peczenik, la decisión sobre si se debe dar prevalencia a la analogía o al argumento a contrario «depende de que en la concreta situación se dé prioridad a la seguridad jurídica o a la justicia, o, en un sentido más amplio, de cómo se vea la relación entre *descripción de las fuentes del derecho y su justificación moral*» (Peczenik, 1983, 110-111). La concepción material del derecho pasa las fuentes por el filtro de la moral –pretendidamente objetiva– del intérprete, para imponer la justicia del caso y al margen no sólo de la seguridad jurídica, sino también de cualquier teoría política de la legitimidad democrática.

Para la concepción lingüística, el tenor literal, esto es, los *límites* marcados por la semántica, traza el marco de las interpretaciones posibles. Así, por poner un ejemplo radical en que tales límites resulten bien patentes, si una norma N dice que «únicamente los X y nada más que los X tendrán derecho a D», es obvio, para esta concepción, que otorgar tal derecho a quien no forma parte de la referencia de «X» supone vulnerar palmariamente N, pues es difícilmente discutible el evidente significado de «únicamente ... y nada más». Así como para la concepción intencionalista o material el argumento a contrario, basado en los límites de significado posible de la norma, es un obstáculo, por lo que sólo admiten que su uso es correcto cuando lo querido por el legislador o lo valorativamente correcto coincide con ese significado posible, para la concepción lingüística el argumento a contrario funciona como guardián de la no vulneración del significado posible de la norma y como opuesto, por tanto, a la creación de una norma nueva para un caso subsumible bajo la norma existente. Por expresarlo de otra forma, este argumento, cuando se dan las condiciones para que opere, es un argumento de defensa del principio de legalidad[31]. Que la legalidad merezca o

[31] Muy interesantes consideraciones sobre la relación entre argumento a contrario y principio de legalidad, siendo éste la base del límite que desde aquél se plantea a la analogía, en Pattaro, E., 1988, especialmente 155ss.

no ser defendida, es cuestión que cada cual juzgará desde sus particulares concepciones del bien y de la sociedad, si bien ya se habrá percibido que quien suscribe simpatiza con el respeto a la legalidad *democrática*, respeto compatible con la generosidad ante la desobediencia civil que cumpla con sus más propios requisitos.

Por último, se ha de señalar que la concepción lingüística no excluye la presencia de argumentos y consideraciones finalistas, de justicia, intencionalistas, etc. en la interpretación de las normas jurídicas y, por supuesto, también en la interpretación que hace o no posible la invocación del argumento a contrario. La diferencia está en que tales argumentos concurren legítimamente para fundar o justificar la opción por una de las interpretaciones posibles, es decir, compatibles con la semántica del enunciado normativo leído en su contexto[32], pero no para justificar la palmaria vulneración de los límites del lenguaje en nombre de ninguna de aquellas razones.

Referencias

AARNIO, A. 1991. *Lo racional como razonable*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

AMATO, N. 1969. *Logica simbolica e diritto*, Milán, Giuffè.

ATIENZA RODRÍGUEZ, M.1986. *Sobre la analogía en el Derecho*, Madrid, Civitas.

BYDLINSKI, F. 1991. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien, New York, Springer, 2ª ed.

CANARIS, C-W. 1983. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, Duncker & Humblot, 2ª ed.

DICIOTTI, E. 1999. *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli.

ENGISCH, K. 1968. *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra.

EZQUIAGA GANUZAS, F. J., 1987. *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública.

FALCÓN Y TELLA, Mª. J. 1991. *El argumento analógico en el Derecho*, Madrid, Civitas.

FETERIS, E.T. 1999. *Fundamentals of Legal Argumentation*, Dordrecht, etc., Kluwer.

FIKENTSCHER, W. 1977. *Methoden des Rechts. Band IV. Dogmatischer Teil*, Tübingen, Mohr.

HELLER, T. 1961. *Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung*, Berlin, De Gruyter.

[32] Un buen ejemplo de cómo la interpretación sistemática y contextual de un precepto puede impedir la operatividad del argumento a contrario lo ofrece la STC 209/1993, de 28 de junio. Muestra que si bien la lectura aislada del art. 97 del anterior Código Penal podría permitir que jugará el argumento a contrario para autorizar la condena condicional en los casos en que la pena principal fuera de suspensión de derecho de sufragio y de cargo o función de carácter público, la lectura conjunta con el art. 93 impide tal conclusión, pues sólo autoriza la suspensión de pena en los casos de penas privativas de libertad (vid. f.j. 6).

HENKET, M. 1992. «On the logical analysis of judicial decisions», en *International Journal for the Semiotics of Law*, V/14, pp. 153-164.
HERBERGER, M., Simon, D.1980. *Wissenschaftstheorie für Juristen*, Frankfurt M., Alfred Metzner.
HERNÁNDEZ MARÍN, R. 1998. *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Marcial Pons.
HOROVITZ, J. 1972. *Law and Logic. A Critical Account of Legal Argument*, Wien, New York, Springer.
ITURRALDE SESMA, V. 1989. *Lenguaje legal y sistema jurídico*, Madrid, Tecnos.
KLUG, U. 1998. *Lógica jurídica*, Santa Fe de Bogotá, Temis, reimpr.
KOCH, H-J., Rüßmann, H. 1982. *Juristische Begründungslehre*, München, Beck.
KOLLER, P. 1992. *Theorie des Rechts. Eine Einführung*, Wien, etc., Böhlau.
LARENZ, K., Canaris, C-W. 1995. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, etc., Springer, 3» ed.
LOMBARDI VALLAURI, L.1981. *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, Cedam.
LOOSCHELDERS, D., Roth, W. 1996. *Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung*, Berlin, Duncker & Humblot.
NAWIASKY, H. 1962. *Teoría general del Derecho*, Madrid, Rialp.
PATTARO, E., 1988. «La completezza degli ordinamenti giuridici e i «principi generali dell«ordinamento giuridico dello Stato», en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XVIII-1, pp. 145-161.
PAWLOWSKI, H-M. 1981. *Methodenlehre für Juristen*, Heidelberg/Karlsruhe, C.F.Müller.
PECZENIK, *A. 1983.Grundlagen der juristischen Argumentation*, Wien/New York, Springer.
RATSCHOW, E. 1998. *Rechtswissenschaft und formale Logik*, Baden-Baden, Nomos.
RÖHL, K.F. 1995, *Allgemeine Rechtslehre*, Köln, etc., Heymann.
ROSS, A. 1994. *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 5ª ed.
RÜTHERS, B. 1999. *Rechtstheorie*, München, Beck.
SCHREIBER, R. 1992. *Lógica del Derecho*, México, Distribuciones Fontamara, 2ª ed.
SOETEMAN, A. 1989. *Logic in Law*, Dordrecht, Kluwer.
SPENDEL, G. 1957. «Der sogenannte Imkehrschluß aus § 59 StB nach der subjektiven Versuchstheorie», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 69.
TARELLO, G. 1980. *L´interpretazione della legge*, Milán, Giuffrè.
VILLAR PALASÍ, J.L., 1975. *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*, Madrid, Tecnos.
ZIMMERMANN, T. 1954. «Analogie oder Umkehrschluß?», en *NJW*, pp. 624-627.

LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DEL DERECHO Y LA JUSTIFICACIÓN JURÍDICA*

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero
Universidad de Alicante

Que el Derecho es una institución social es un lugar común. Que el Derecho tiene una pretensión de normatividad –esto es, que pretende generar deberes genuinos de actuar– es otro lugar común. Y también es otro lugar común que articular estos dos rasgos es uno de los problemas centrales de la filosofía del Derecho. Pero quizás sea algo más: hace ya algunos años, Francisco Laporta, en el prólogo a una recopilación de escritos suyos titulada *Entre el Derecho y la Moral* escribió que «el problema de las relaciones entre moral y Derecho no es *un* tema de la filosofía jurídica, sino que es *el* lugar en el que la filosofía del Derecho *está*» (Laporta, 1993, p. 8). Quizás otro tanto podría decirse de las relaciones entre lo que algunos gustan de llamar el «anclaje social» del Derecho, o su carácter de institución social, y su pretensión normativa.

Naturalmente, un tema a la vez tan central y tan amplio, tan lleno de meandros y vericuetos como éste, excede de las posibilidades de este trabajo. Lo que aquí nos proponemos es bastante más modesto. Trataremos, en la primera parte, de argumentar nuestro desacuerdo con una posición que podría considerarse como el atajo más tentador en este orden de cosas: aquella según la cual el propio carácter de institución social del Derecho determina el carácter genuino de los deberes que surgen de él. Dado que esta posición ha sido defendida recientemente por Cristina Redondo, a través de una argumentación compleja que recorre al menos dos artículos –*Sulla rilevanza pratica del diritto* (Redondo, 1999) y *Normativity in Legal Contexts* (Redondo, 2000)–, la primera parte se dedicará a discutir –de manera breve– esos trabajos. En una segunda parte, y partiendo de una posición según la

* El texto, con levísimas modificaciones, se corresponde con la ponencia presentada (por Juan Ruiz Manero) en el Seminario hispano-italiano de teoría del Derecho celebrado en Imperia en septiembre de 2001, con el título de «sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho».

cual la normatividad del Derecho puede fundamentarse únicamente en razones morales, exploraremos algunas implicaciones justificativas que, en este marco, tiene la dimensión institucional del Derecho. Implicaciones que han sido de ordinario, nos parece, más bien dejadas de lado en la literatura al uso sobre el tema y que, en concreto, fueron casi completamente obviadas en el tratamiento que hicimos de los principios jurídicos en *Las piezas del Derecho* (Atienza y Ruiz Manero, 1996), lo que determinó algún déficit de nuestra reconstrucción para dar cuenta de algunas instituciones jurídicas importantes y de algunas argumentaciones justificativas relativamente usuales.

1

1.1. El objetivo principal de Cristina Redondo es el de responder a la objeción según la cual el enfoque positivista es incapaz de explicar «la normatividad de las disposiciones jurídicas», esto es, «en qué modo, y en qué condiciones, el Derecho establece un 'genuino' deber de actuar, es decir, constituye una razón para hacer lo que el propio Derecho exige» (Redondo, 1999, p. 203). Pues se ha ido imponiendo la opinión de que, para lograr explicar esta «propiedad práctica fundamental», el positivismo debería «reconocer que la cualidad práctica del Derecho puede explicarse únicamente en base a la relación que el Derecho tiene con la moral» (*Id.*, p. 203-4), lo que, naturalmente, equivaldría al abandono de la posición positivista, tal como Redondo la entiende. Frente a ello, el positivismo debe mostrar que «es capaz de explicar esta propiedad en el interior de su propio esquema teórico, es decir, del esquema teórico que separa el Derecho de la moral» (*Id.,* p. 206). Tal es la empresa que Cristina Redondo se propone colmar.

El punto de partida para ello es el rechazo de lo que ella llama «la formulación habitual del llamado principio de unidad del razonamiento práctico», esto es, la tesis que sostiene que «existe un conjunto de principios últimos del razonamiento práctico», integrado por «los principios morales, que confieren homogeneidad y prevalecen sobre todos los demás discursos prácticos» (*Id*., p. 211). Si se admite esta tesis no se puede dejar de sostener que «la separación entre ser y deber ser» se proyecta, por lo que hace al Derecho, en la «distinción entre lo que el Derecho es y lo que es racional o moralmente correcto hacer». Y ello implica que el Derecho sólo logrará «constituir deberes genuinos» si es «conforme a los principios morales» o regula «situaciones que son indiferentes desde el punto de vista de tales principios» (*Id*., p. 211).

Frente a esta versión del principio de unidad del razonamiento práctico, Redondo propone una versión alternativa. Si la versión digamos dominante parte de la supremacía de la moral, la versión alternativa propuesta por Re-

dondo parte de considerar al Derecho y la moral, y eventualmente a otros órdenes normativos, como, por ejemplo, a uno religioso, como órdenes normativos situados en el mismo plano. Cada uno de ellos genera deberes genuinos, aunque se trate de deberes desde un cierto punto de vista (moral, jurídico, religioso, etc.). Esta relativización de los deberes «no comporta –enfatiza Redondo– la negación de la unidad del razonamiento práctico» (*Id*, p. 213). Y ello porque «todo individuo puede, y si es racional debe, realizar una comparación entre *todas* las razones –de todos los tipos– aplicables a un caso individual, y a partir de tal valoración, derivar un deber concluyente de actuar. Y esto es lo que significa actuar racionalmente» (*Id.*).

Esta comparación que desemboca en la determinación del curso racional de acción, de aquello que se debe hacer después de haber tomado en consideración todas las alternativas y todos los puntos de vista, «exige criterios últimos de resolución de posibles conflictos entre deberes que pertenezcan a diferentes ámbitos» (*Id*., p. 215). Y, puesto que se parte de «reconocer un auténtico carácter práctico» a esos diferentes ámbitos, «estos criterios últimos deben satisfacer necesariamente la condición de ser neutrales respecto de todos los ámbitos» (*Id*.). Y esto en un doble sentido: por una parte, «no debería postularse que ellos mismos son, siempre y necesariamente, criterios de un determinado tipo» (por ejemplo, criterios morales); por otra parte, tales criterios últimos «deben jerarquizar razones o deberes, y no sistemas normativos (por ejemplo la moral por encima del Derecho o el Derecho por encima de la moral). Esto es, no deben dar prioridad necesaria a ninguno de los ámbitos prácticos» (*Id*.).

Naturalmente, este planteamiento de Redondo suscita dos órdenes de problemas: el primero es el relativo a la justificación de reconocer como fundadas las pretensiones del Derecho de proveer de razones para actuar, de generar deberes genuinos. Aunque el problema podría plantearse asimismo respecto de cualquier otro sistema normativo a los que Redondo reconoce «auténtico carácter práctico» –como, por ejemplo, el sistema religioso al que alude–, aquí nos limitaremos al Derecho. El segundo orden de problemas se refiere a los –un tanto misteriosos– criterios últimos de resolución de conflictos prácticos a los que alude Redondo. A esos criterios neutrales respecto a los cuales principios morales y normas jurídicas se situarían en el mismo plano.

Respecto del primer problema, el del porqué hemos de considerar como fundadas las pretensiones normativas del Derecho, Redondo no es demasiado explícita en *Sulla rilevanza pratica del diritto.* Advierte que su posición no pone en cuestión la llamada ley de Hume ni incurre en ningún tipo de falacia, pues «no sostiene que de ciertos hechos sociales se siga lógicamente un deber jurídico» (*Id*., p. 213). Lo que sostiene, por el contrario, es,

en sus propias palabras, «una tesis conceptual y ontológica según la cual existe un deber jurídico de actuar en un caso individual cuando a tal caso le es aplicable una norma jurídica que así lo prescribe» y que «una norma jurídica debe ser aplicada –es aplicable– cuando otra norma así lo establece o cuando se trata de una norma sostenida por una práctica social» (*Id.).* Pues bien: lo que precisamente está en cuestión es lo que Redondo denomina su «tesis conceptual y ontológica», según la cual hay un deber genuino, si bien no concluyente, de actuar, siempre que una prescripción jurídica o una práctica social así lo establecen. Pues si no se aducen en favor de la tesis razones independientes de la prescripción o de la práctica, dicha tesis no puede evitar cierto aroma de falacia naturalista: no se ve cómo del hecho de que alguien prescriba que, en las circunstancias C, se haga X o del hecho de que en cierto grupo haya, en las circunstancias C, una convergencia de conductas en torno a X acompañada de reacciones críticas frente a quienes se desvían de ello, puede pasarse a la afirmación de que hay un deber genuino de hacer X en C. Pero todo lo que añade Redondo en dicho artículo es que «la justificación del carácter práctico del Derecho presupone la justificación de la aceptación de una autoridad» (*Id.,* pp. 217-218). Y aunque Redondo no desarrolla este tema, sino que se limita a señalar que «merecería un trabajo independiente», parece claro que los problemas se plantean, en relación con la justificación de la aceptación de una autoridad, de manera similar a la que acabamos de ver: también aquí necesitamos razones independientes del hecho de que otra (pretendida) autoridad así lo haya prescrito o del hecho de que exista una práctica social de aceptación de las pretensiones de la primera.

Redondo es más explícita en cuanto a la justificación del reconocimiento de las pretensiones normativas del Derecho en el artículo *Normativity in Legal Contexts*. En este trabajo, toma como punto de partida la obra de John Searle *The Construction of Social Reality* (Searle, 1995) y escribe que, desde el punto de vista de la teoría de la realidad social de Searle «podemos explicar la genuina normatividad jurídica como un fenómeno social irreductible que no depende necesariamente de la moralidad crítica» y añade que «al explicar el carácter práctico de las instituciones en general, la teoría de la realidad social proporciona también una explicación del carácter práctico del Derecho desde una perspectiva positivista» (Redondo, 2000, p. 51). Pues bien, a esto cabe hacer dos objeciones: la primera, de carácter general, es que no se sabe cómo se puede pasar de explicar un fenómeno social a justificar juicios prácticos genuinos; se diría que, si el plano en el que nos movemos es el de la explicación de la realidad social, los únicos juicios prácticos que en tal plano caben son juicios prácticos entrecomillados, esto es, descripciones, o, si se quiere, explicaciones, de las creencias y actitudes

normativas de cierta gente, pero no juicios prácticos genuinos, en primera persona. Parece que el paso de un nivel a otro involucra necesariamente una violación de la ley de Hume. La segunda objeción es que aquello que Redondo parece dar por supuesto –esto es, que la teoría de la realidad social de Searle pretende explicar «el carácter práctico de las instituciones en general»– ha sido explícitamente negado por Searle. En efecto, Searle, en su obra *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío* (Searle, 2000), trata de responder a diversas objeciones a su tesis según la cual del hecho de que alguien haya hecho una promesa se deriva, sin más, la obligación de cumplirla. Una posible objeción vendría a decir que «si las obligaciones fuesen realmente internas al prometer entonces la obligación de mantener una promesa tendría que derivarse de la institución de prometer». Pero, si tal fuera el caso –continuaría el hipotético crítico– tal cosa tendría consecuencias inaceptables, pues implicaría que cualquier institución, por ejemplo la esclavitud, generaría razones para actuar independientes del deseo, esto es, deberes genuinos. «Si fuese correcto –proseguiría el crítico imaginario– el punto de vista de que las promesas crean razones independientes del deseo, entonces el esclavo tendría una obligación de la misma manera que el que hace una promesa, lo cual es absurdo» (Searle, 2000, p. 225). La respuesta de Searle a esta hipotética objeción es que «*la obligación de mantener las promesas no deriva de la institución de prometer*. Cuando hago una promesa, la institución de prometer es sólo el *vehículo*, el instrumento que uso para crear una razón. La obligación de mantener una promesa deriva del hecho de que al prometer creo, de manera libre y voluntaria, una razón para mí mismo [...] Esta es la razón por la que el esclavo no tiene razón alguna para obedecer a su propietario, excepto razones de prudencia. No ha vinculado su voluntad por medio de un ejercicio de su libertad» (Searle, 2000, p. 226).

No deseamos comprometernos en absoluto con la tesis de Searle según la cual del mero hecho de formular una promesa se deriva, sin más, esto es, sin necesidad de ulteriores premisas normativas, el deber de cumplirla. Lo único que aquí se pretende es poner de relieve dos cosas. La primera es que, aun si la tesis de Searle respecto de las promesas fuera correcta, de ello se derivaría únicamente el carácter de deberes genuinos de aquellos deberes creados voluntariamente por un cierto sujeto, lo que reduce su aplicabilidad al campo del Derecho a los negocios jurídicos privados en los que un individuo decide, autónomamente, cambiar, en algún aspecto, su propio status normativo. Pero la pretensión normativa del Derecho es la pretensión de que sus prescripciones generen, heterónomamente, deberes genuinos para sus destinatarios. La segunda es que el propio Searle niega todo alcance justificativo a su teoría de las instituciones sociales. La pretensión de Redondo de

apoyar en la teoría de las instituciones de Searle la explicación del carácter genuinamente normativo del Derecho se revela, pues, como infundada.

Para finalizar con la propuesta de Redondo, tan sólo dos palabras sobre la cuestión de los criterios últimos de resolución de conflictos prácticos a los que alude. Recordemos que, en su planteamiento, tales criterios últimos deben ser neutrales respecto de lo que ella denomina «los diversos ámbitos prácticos», esto es, por lo que nos interesa, deben ser neutrales respecto al Derecho y respecto a la moral. A nuestro juicio, no deja de ser significativo que Redondo no nos de un solo ejemplo de tales criterios y ni siquiera nos proporcione una pista sobre cuál pudiera ser el contenido material de alguno de ellos. La razón , nos parece, es que el propio intento de descubrir, o de construir, tales criterios últimos, neutrales respecto al Derecho y la moral, es un intento vano. Y ello porque un criterio último es un criterio que se acepta como tal no porque haya sido prescrito por alguien, o porque constituya una práctica social, sino exclusivamente por sus propios méritos. Y ello es precisamente lo característico de los criterios, o principios, morales.

2

Todo lo anterior implica que la tesis según la cual el carácter institucional del Derecho le confiere, sin más, relevancia práctica, es una tesis infundada. Pero ello no quiere decir, sin embargo, que, una vez que consideramos que un cierto sistema jurídico sí tiene, por razones morales, relevancia práctica, la dimensión institucional del mismo carezca de implicaciones justificativas. Bien al contrario, lo que vamos a sostener aquí es que tal dimensión institucional del Derecho es un ingrediente fundamental del razonamiento jurídico justificativo que, sin embargo, no tomamos suficientemente en cuenta en una obra anterior, *Las piezas del Derecho*, en la que nos ocupamos (en parte) de ese problema. El presente texto es un primer intento de colmar esto que consideramos ahora como una laguna. Pero, para ello, es preciso, primero, recordar muy brevemente algunas tesis defendidas en el libro que se acaba de mencionar y mostrar, después, cómo estas tesis aparecen como insuficientes para enfrentar adecuadamente algunos problemas que surgen en relación con ciertas instituciones y casos.

2.1. En *Las piezas del Derecho* presentábamos la dimensión regulativa del Derecho como compuesta de dos tipos de normas: las reglas, de un lado, y los principios que las justifican, de otro. Las reglas, decíamos, operan en el razonamiento jurídico justificativo como razones operativas de carácter perentorio o protegido. Los principios, por el contrario, operan en ese mismo razonamiento como razones asimismo operativas, pero no perentorias: tienen que ser balanceados con otras razones en un ejercicio de ponderación que concluye con la elaboración de una regla. Por otro lado, decíamos

también, los principios pueden ser directrices (pautas que incorporan razones finalistas) y principios en sentido estricto (que incorporan razones de corrección). Los principios en sentido estricto ordenan la realización de ciertas acciones que guardan una relación analítica o conceptual con ciertos estados de cosas a los que se atribuye un valor último, como, por ejemplo, el respeto a la libertad de expresión o la no-discriminación. Las directrices, por el contrario, ordenan directamente la consecución en el mayor grado posible de ciertos estados de cosas que constituyen objetivos colectivos que se consideran valiosos aunque no con carácter último, como es el caso, por ejemplo, del pleno empleo. Indirectamente, las directrices vienen a ordenar la realización de aquellas acciones que sean idóneas para producir causalmente dichos estados de cosas. Por ello, sosteníamos igualmente, los principios en sentido estricto tienen prioridad frente a las directrices y no admiten (a diferencia de estas últimas) ser maximizados. Por decirlo de otra forma, utilizando la conocida expresión de Alexy (que él aplica indiscriminadamente a todos los principios), los principios en sentido estricto no son mandatos de optimización, sino que exigen cumplimiento pleno; su uso argumentativo supone ponderación, pero no discrecionalidad; no ordenan obtener un fin, un estado de cosas, en la mayor medida posible, sino realizar una cierta conducta, *prima facie* siempre que se de una oportunidad para ello y, consideradas todas las cosas, si se dan ciertas circunstancias que no pueden determinarse de antemano.

Todo ello nos permitía hablar del Derecho como de un sistema justificativo estructurado en dos niveles. El primer nivel esta integrado por las reglas del sistema y opera de tal manera que, en muchos casos (en la gran mayoría de los casos) las decisiones se justifican sin necesidad de entrar en un proceso deliberativo en el que se sopesen las razones, los principios, que pueda haber en favor y en contra de una determinada decisión. Esto, sin embargo, no es siempre suficiente. Las reglas operan como razones perentorias (o protegidas, o autoritativas), pero dentro de ciertos límites, puesto que es posible que las reglas padezcan de problemas de indeterminación en su formulación o que aparezca un caso no previsto (no regulado por las reglas) o un caso previsto, pero resuelto por las reglas en una forma que resulte inaceptable a la luz de los principios del sistema. En estos últimos supuestos, la tarea de justificación es mucho más compleja y se desarrolla en dos fases (las fases no se refieren a pasos de un proceso psicológico, sino de una reconstrucción racional): la primera consiste en elaborar, mediante la ponderación de los principios relevantes del sistema, una regla, esto es, en pasar del nivel de los principios al de las reglas; luego viene la operación (mas o menos mecánica) de aplicar la nueva regla a los hechos del caso.

2.2. Pues bien: este esquema, que encaja satisfactoriamente, a nuestro juicio, con la inmensa mayoría de los casos genéricos o individuales abordados por los juristas o a los que los tribunales han de hacer frente, se muestra impotente cuando se le confronta con instituciones jurídicas como, por ejemplo, los estados de excepción o de sitio o, en un nivel mucho más cotidiano, la prisión provisional. Veámoslo. En España, por ejemplo –pero disposiciones semejantes se encuentran en cualquier ordenamiento jurídico de los que responden al «paradigma constitucional–, de acuerdo con la Ley Orgánica 4/1981, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, el Gobierno puede solicitar del Congreso de los Diputados la declaración de los estados de excepción o de sitio, que determinan la suspensión de diversos derechos y libertades de los ciudadanos, constitucionalmente garantizados en tiempos normales. Pues bien: de acuerdo con nuestra reconstrucción, tales derechos y libertades constituyen principios a los que se atribuye un valor último –esto es, principios en sentido estricto– y tales principios en sentido estricto sólo ceden, a nuestro juicio, frente a otros principios en sentido estricto que tengan, en relación con el caso, un mayor peso. Siendo así las cosas, resulta claro que nuestra reconstrucción es inadecuada para dar cuenta de instituciones como los estados de excepción y de sitio. Recordemos que, en nuestra reconstrucción, los principios en sentido estricto ordenan acciones que guardan una relación analítica o conceptual con los estados de cosas ordenados. Y si se ven las cosas de este modo, entonces no puede presentarse la justificación de los estados de excepción y de sitio como un conflicto entre principios en sentido estricto, pues, evidentemente, la suspensión, hoy, de ciertos derechos y libertades no guarda una relación analítica o conceptual con la vigencia de estos mismos derechos y libertades en el futuro, sino, en todo caso, una relación causal: la suspensión, hoy, no es una *forma* de realización futura, sino un *medio*, necesario si se quiere en ciertas circunstancias, para asegurar la vigencia futura de esos derechos y libertades. Pero nuestra reconstrucción había afirmado que la relación causal entre ciertos estados de cosas ordenados y los cursos de acción dirigidos hacia ellos era precisamente lo propio de las directrices. ¿Será entonces que la justificación de los estados de excepción y de sitio implica que en algunos casos una directriz –tal como asegurar la efectividad del orden jurídico en su conjunto en el futuro– prevalece frente a los principios en sentido estricto que ordenan respetar ciertos derechos y libertades? Si esta fuera la única respuesta posible, es claro el fracaso de nuestra reconstrucción: pues uno de los puntos fuertes de la misma es que los principios en sentido estricto prevalecen siempre frente a las directrices, que los principios en sentido estricto constituyen límites en la selección de los medios idóneos admisibles para dar cumplimiento a las diversas directrices.

Otro tanto ocurre con la institución de la prisión provisional. Aquí, de acuerdo con nuestras categorías, todo parecería indicar que se sacrifica hoy la libertad personal de alguien (que consideramos que tiene un valor último) porque ello nos parece causalmente idóneo para conseguir el fin de que un cierto proceso penal no se frustre. Esto es, de nuevo en el caso de esta institución, un principio en sentido estricto estaría cediendo frente a una directriz, lo que mostraría, de nuevo, la inadecuación de nuestra teoría.

Pues bien, lo que vamos a sostener aquí es que puede darse cuenta satisfactoriamente de la justificación de estas instituciones (y de otras muchas) así como de numerosas decisiones de casos concretos, si a nuestro esquema inicial se le añade una nueva categoría: la de las normas (y, en especial, los principios) institucionales. Y que ello no supone una rectificación de nuestra tesis sobre la prevalencia, en todo caso, de los principios en sentido estricto sobre las directrices, sino el integrar en nuestro esquema una dimensión que habíamos ignorado indebidamente en nuestros trabajos anteriores: la de las exigencias que se derivan del carácter institucional del Derecho.

2.3. La expresión «carácter institucional del Derecho» alude, de ordinario algo confusamente, a una serie de rasgos del sistema jurídico que, si bien no son enteramente independientes entre sí, conviene, en aras de la claridad, explicitar por separado.

a) Cuando hablamos del Derecho como una «realidad institucional» podemos hacer referencia centralmente, en primer lugar, a algo así como la región ontológica a la que pertenece el Derecho. Al calificar la realidad jurídica como una realidad «institucional», aludimos a que el Derecho no pertenece a la esfera de los hechos brutos, ni tampoco a la de los estados mentales, sino a la de aquellos hechos sociales cuya existencia y persistencia depende de la aceptación colectiva de ciertas reglas constitutivas. Éste sería el sentido más básico de «institucional», el propio, por ejemplo, de la teoría de Searle y el que está en el trasfondo de la propuesta de Cristina Redondo que acabamos de examinar.

b) Un segundo sentido alude a que el Derecho es un conjunto de normas socialmente existentes, esto es, practicadas en una cierta sociedad. Esta práctica tiene, en el caso del Derecho, dos aspectos: por un lado, ciertos órganos que disponen del monopolio de la resolución autoritativa de las disputas usan esas normas para sus resoluciones y las aceptan como estándar público de la corrección de las mismas y, por otro lado, la población en general actúa en correspondencia con esas normas.

c) Otro de los sentidos que tiene la expresión «institucional», aplicada al Derecho, alude al carácter regimentado de los procedimientos jurídicos de resolución de disputas. Esto es, al hecho de que, a diferencia de lo que ocurre en el discurso moral, en el Derecho la posibilidad de planteamiento de una disputa está sujeta a límites temporales, la disputa termina mediante la adopción de una decisión obligatoria y no abierta a ulterior revisión dentro, asimismo, de ciertos márgenes temporales, y dicha decisión obligatoria no se fundamenta en el consenso unánime de todos los afectados, sino en la autoridad de ciertos órganos.

d) Un cuarto sentido de «institucional» alude a que el sistema jurídico regula su propia creación y aplicación, esto es, contiene normas que confieren poderes de cambio y de adjudicación, así como normas regulativas referidas al ejercicio de estos poderes.

e) Un quinto sentido de «institucional» alude al hecho de que el reconocimiento de las normas jurídicas como tales y su aceptación como estándares públicos de corrección de las resoluciones no se realiza, por así decirlo, «norma por norma», sino por medio de la aceptación de un sistema de fuentes que consiste centralmente en un sistema de autoridades. Las normas que provienen de una fuente se reconocen y aceptan como tales en virtud del reconocimiento de la autoridad de su fuente.

f) Un sexto sentido de «institucional», referido al Derecho, alude a que el sistema jurídico es un subsistema dentro del sistema social global, esto es, es una «institución» en sentido sociológico. Una institución de la que deben destacarse al menos estos dos rasgos: el primero de ellos es el enorme aparato de medios humanos, materiales, organizativos, etc. requerido para que en nuestras sociedades pueda funcionar la «maquinaria del Derecho»; el segundo es que la «maquinaria del Derecho» proporciona el marco en el que operan las demás instituciones sociales, esto es, que la «maquinaria del Derecho» permea todo el organismo social.

Conviene señalar que un elemento común a estos diversos sentidos de «institucional» es que, en todos ellos, «institucional» es un concepto funcionalmente orientado. En cualquiera de los sentidos en que hablamos de «institución», queda siempre implícito que entendemos una institución como un conjunto de medios orientados a la persecución de fines, o, si se prefiere decirlo así, a la realización de funciones. Nos referiremos aquí sólo a lo que hemos llamado el «sentido más básico» de «institucional» –aquél según el cual las instituciones pertenecen a la esfera de aquellos hechos sociales cuya existencia y persistencia dependen de la aceptación colectiva de

ciertas reglas constitutivas– pero un discurso semejante podría articularse respecto de los otros sentidos. Por lo que hace a este sentido más básico, tal aceptación colectiva de reglas constitutivas hace posible que a ciertos objetos se les pueda imponer funciones –o puedan realizar finalidades– que de otra forma no podrían cumplir. Así, por utilizar un ejemplo favorito de Searle, la regla constitutiva de que determinados trozos de metal, o de papel, cuentan como dinero, posibilita que aquellos puedan ser usados para realizar operaciones (como transacciones económicas) que en cuanto meros objetos físicos no podrían realizar. Otro tanto ocurre con la regla en virtud de la cual ciertos individuos cuentan como legisladores o como jueces: de este modo sus proferencias pueden contar como normas generalmente obligatorias o como resoluciones autoritativas de las disputas, lo que no ocurriría si se les viera como meros individuos, y, de este modo, pueden cumplir funciones sociales que de otro modo sería imposible que cumplieran.

2.3.1. Pues bien: en *Las Piezas del Derecho* limitamos el tratamiento expreso de lo que podríamos llamar la vertiente institucional del Derecho a la presencia en su seno de normas constitutivas –de normas que confieren poderes y de lo que llamamos normas puramente constitutivas– y no tuvimos presentes las muy diversas exigencias regulativas que surgen de la dimensión institucional del Derecho, entendida como la suma de los rasgos –todos ellos funcionalmente orientados– que se acaban de mencionar. Como esta expresión –«exigencias regulativas que surgen de la dimensión institucional del Derecho»– puede parecer, de entrada, poco clara, quizás convendría empezar por algunos ejemplos. El primero y muy obvio es la existencia de reglas sobre los plazos o sobre la distribución de competencias. De reglas que establecen cosas tales como que una cierta demanda debe presentarse dentro de cierto plazo (pongamos, de quince días) de forma que el juez competente tendría el deber de rechazarla si se presenta fuera de él o que el juez de familia del domicilio de los esposos tiene el deber de conocer de una eventual solicitud de divorcio que le sea presentada por alguno de ellos. Lo peculiar de estas reglas no se halla, obviamente, en su estructura ni en la índole de las razones para la acción que proporcionan. Su estructura es claramente reconducible al esquema de un antecedente formado por unas condiciones cerradas de aplicación y un consecuente o solución normativa. En cuanto a su carácter de razones para la acción, es también obvio que operan en el razonamiento del juez como razones perentorias: si una demanda se presenta fuera de plazo, el juez (salvo casos muy excepcionales que podemos dejar ahora de lado) la rechazará sin más, sin necesidad de entrar a ponderar otros factores, distintos de los contenidos en la regla en cuestión. La especificidad de este tipo de reglas se halla, por un lado, en la clase de sus destinatarios –se trata de pautas dirigidas centralmen-

te a los órganos y sólo de manera muy derivada a los ciudadanos– y, en segundo lugar, y sobre todo, en la clase de razones que constituyen su justificación subyacente: pues se trata de razones que aparecen centralmente como derivadas de exigencias del propio Derecho como aparato institucional y no de razones sustantivas, bien de corrección (se debe hacer, o no hacer, tal cosa porque eso es lo correcto), bien finalistas (se debe hacer tal cosa porque es un medio idóneo para lograr un cierto objetivo social). Las reglas sobre plazos, por ejemplo, responden centralmente a la exigencia de que debe haber algún plazo (aunque no, necesariamente, de quince días) para que el sistema procesal pueda funcionar adecuadamente, y lo mismo ocurre con las reglas que estipulan qué órganos judiciales deben entender de qué clase de asuntos. Naturalmente, que el sistema procesal funcione adecuadamente es, a su vez, condición necesaria para que el Derecho pueda realizar satisfactoriamente sus funciones sustantivas, esto es, externas.

2.3.2. Pero lo que importa subrayar ahora no es tanto que las exigencias derivadas de la dimensión institucional del Derecho están, globalmente consideradas, orientadas a satisfacer sus exigencias sustantivas como que, en determinados supuestos, estas mismas exigencias institucionales pueden hallarse en tensión, en conflicto, con exigencias sustantivas. Esta tensión, que en el caso de aquellas exigencias institucionales que adoptan la forma de reglas no se manifiesta sino de forma más bien excepcional, resulta ser, sin embargo, manifiestamente central en el caso de aquellas exigencias institucionales que adoptan la forma de principios. Y aquí, en el terreno de las exigencias institucionales, podemos ver reflejada asimismo la dicotomía estructural entre principios en sentido estricto y directrices: hay pautas institucionales, como por ejemplo la jerarquía normativa o la deferencia al legislador, que se asemejan estructuralmente a los principios en sentido estricto pues, no determinando las condiciones en las que prevalecen frente a otras pautas que orienten la decisión en otro sentido, exigen, en caso de prevalencia, un cumplimiento pleno; otras pautas institucionales, en cambio, como, en general, las vinculadas con la idea de eficacia del Derecho y el funcionamiento eficiente de su «maquinaria», constituyen más bien, al modo de las directrices, mandatos de optimización. Podemos convenir en llamar a las pautas institucionales del primer tipo «principios institucionales en sentido estricto», a las del segundo tipo «directrices institucionales» y «principios institucionales», en general, a unas y otras; «principios institucionales» que se contrapondrían a los «principios sustantivos», esto es, a aquellos principios en sentido estricto y directrices que se dirigen centralmente, no, como los anteriores (los institucionales), al interior del Derecho, sino al exterior del mismo, los que apuntan no al modelo de sistema jurídico, sino al modelo de convivencia entre los seres humanos que el Derecho

pretende moldear. Pues bien: resulta claro que los principios institucionales pueden, en ciertos contextos, estar en tensión o conflicto con los principios sustantivos e incluso prevalecer sobre ellos. Algunos supuestos característicos de esta tensión o conflicto y de eventual «triunfo» de los principios institucionales serían los siguientes (la lista tiene pretensión de mera enumeración y no de clasificación):

a) un primer supuesto es el de aquellas instituciones cuya justificación implica la justificación del sacrificio de principios sustantivos en aras de la preservación de la estabilidad del sistema jurídico como un todo. Los estados de excepción y de sitio proporcionan el mejor ejemplo.

b) un segundo supuesto es el de aquellas instituciones cuya justificación implica el sacrificio de principios sustantivos en aras de la efectividad de otra institución: la institución de la prisión provisional en relación con la efectividad del proceso penal es un buen ejemplo.

c) un tercer supuesto estaría integrado por aquellos casos individuales en los que se considera justificado el sacrificio de principios sustantivos porque su cumplimiento sólo sería posible invadiendo las competencias de otro órgano. Tal es el caso, nos parece, de la STC 45/1989, que declaró la inconstitucionalidad de la acumulación de rentas de los integrantes de una unidad familiar, a efectos de la determinación de la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En dicha sentencia, en efecto, el Tribunal Constitucional español anuló, por incompatible con el principio de igualdad (art. 14 CE) y con la directriz de protección de la familia (art 39.1), el sistema de acumulación de rentas entre los integrantes de la unidad familiar, pero negó que las liquidaciones efectuadas anteriormente con arreglo a ese sistema declarado inconstitucional pudieran ser revisadas. La principal razón que adujo para esto último es que «la infracción del principio constitucional de igualdad no podría ser reparada, en este caso, mediante la pura y simple extensión a los contribuyentes integrados en unidades familiares del régimen legal establecido para la tributación de quienes no lo están, pues [...] tal hipotética equiparación habría de provocar, en el actual marco normativo, resultados irracionales e incompatibles, a su vez, con la igualdad, en la medida en que otras piezas del sistema legal (destacadamente, el sistema de deducciones) no han sido afectadas por el fallo de inconstitucionalidad» (FJ 11). A este supuesto de admisión del sacrificio de principios sustantivos porque su cumplimiento sólo sería posible al precio de la invasión del ámbito de permisiones de que goza el ejercicio de la competencia legislativa también pertenecen, creemos, todos aquellos ca-

sos en los que, como es práctica relativamente frecuente en Alemania, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de preceptos legales sin anularlos sino encomendando al legislador su sustitución[1].

d) un cuarto supuesto estaría integrado por aquellos casos individuales en los que se considera justificado el sacrificio de principios sustantivos cuya vulneración se sospecha, pero no con el grado de certidumbre suficiente como para considerar destruida la presunción de regularidad de los actos de otro órgano, como es el caso, muy señaladamente, de la presunción de constitucionalidad de la ley[2].

2.4. Lo anterior no significa, naturalmente, que los principios institucionales derroten siempre a los principios sustantivos. Esta tesis vendría a ser característica de lo que podría llamarse una concepción formalista del Derecho (en uno de los sentidos de esta multívoca expresión), para la cual el elemento autoritativo del Derecho (presente sobre todo en las reglas y principios institucionales: estos últimos reflejarían algo así como la autoridad del Derecho tomado en su conjunto) debería prevalecer siempre (o en la mayor parte de las ocasiones) sobre el elemento sustantivo, sobre los valores a realizar y los objetivos a lograr en el mundo no jurídico. Lo que aquí se sostiene es más débil, esto es, que el elemento autoritativo es esencial al Derecho, que, en ocasiones, los principios institucionales tienen fuerza suficiente para derrotar a los de carácter sustantivo y que, por ello, la vertiente institucional del Derecho es un ingrediente necesario para poder dar cuenta cabal del razonamiento jurídico.

2.4.1. Esto, naturalmente, implica una rectificación o (si se quiere decirlo en términos más benévolos) un desarrollo de lo que sostuvimos en *Las piezas del Derecho.* Presentábamos en aquel texto el razonamiento jurídico como articulado en dos niveles, el de las reglas y el de los principios y distinguíamos, dentro de estos últimos, entre principios en sentido estricto y directrices. Pero nuestra consideración quedaba limitada a lo que aquí hemos llamado principios sustantivos en sentido amplio y no integraba las exigencias, los principios, derivados de la dimensión institucional del Derecho. Esta manera de presentar las cosas reflejaba, a nuestro juicio presente, solamente una parte del juego del Derecho, la que tiene que ver con el Derecho como una institución que trata de ordenar el mundo exterior a ella misma de una cierta manera, pero dejaba fuera otra parte del mismo juego, la que se refiere al Derecho en cuanto institución que mira hacia sí misma. Para integrar esta parte hay que empezar por admitir que, en el nivel de los

[1] Cfr. sobre ello Aja –ed.– (1998).

[2] Cfr. sobre ello, con un análisis muy detallado, Ferreres Comella (1997).

principios, no existe sólo un razonamiento en términos sustantivos. Después de llevada a cabo esa fase (hablamos siempre en términos de reconstrucción racional, no en términos de un proceso psicológico), el resultado a que se llegue debe ser sometido a un nuevo test: el de los principios, o las razones, institucionales. Muchas veces (digamos en la mayoría de las ocasiones) ellos no suministran razones para otra decisión, o bien las razones que ofrecen no tienen suficiente peso como para desplazar la solución a la que se ha llegado desde los principios sustantivos. Otras veces, los principios institucionales suministran argumentos que refuerzan la decisión tomada de acuerdo con los principios sustantivos. Y en algunos casos los principios institucionales pueden tener peso suficiente como para (justificadamente) modificarla.

2.4.2. La dimensión institucional del Derecho es un factor muy importante para dar cuenta de la especificidad del razonamiento jurídico frente al razonamiento moral ordinario.

De entrada, el discurso moral ordinario está abierto a todas las razones relevantes, no está sujeto a plazos y la solución de las controversias no depende en él de órgano autoritativo alguno, sino del consenso unánime, por lo demás siempre revisable, de los afectados. Pero es precisamente por estas características por lo que el discurso moral es necesariamente deficitario o insuficiente como método de resolución de los conflictos. Podríamos decir que el carácter institucional del discurso jurídico –entendiendo ahora institucional en el sentido de «regimentado»– es condición necesaria de la superación de los déficits operativos del discurso moral. Y estos déficits operativos del discurso moral –y la consiguiente necesidad de un esquema regimentado de solución de las controversias– seguirían siendo tales incluso en la sociedad de ángeles de la que habla Raz[3], pues también en ella el discurso moral, dejado a sí mismo, frustraría –aunque sólo fuera por la ausencia de límites temporales, por la revisabilidad incesante de sus resultados y por el poder de veto que la exigencia de unanimidad implica– sus propias finalidades.

Pero, con independencia de lo anterior, es innegable que el carácter institucional del Derecho implica exigencias que limitan, como hemos visto, el logro de los valores y fines sustantivos que el propio Derecho trata de realizar. Resulta claro que tal cosa no ocurre en el discurso moral ordinario, en el que no parece haber lugar para razones distintas de las sustantivas. Pero, si consideramos que la preservación de la vigencia del sistema jurídico y de cierta eficiencia de su «maquinaria» es condición de posibilidad de la implementación de tales valores y fines sustantivos, parece razonable el cuidado de la preservación del mismo como sistema normativo eficaz y el cui-

[3] Cfr., en este sentido, Raz (1991), pp. 185-7.

dado de la eficiencia de su «maquinaria». Y esto vale aun si tales cuidados implican exigencias que traen consigo una tensión con las exigencias sustantivas que el propio Derecho contiene, y esta tensión exige formas no siempre enteramente anticipables de ajuste y acomodamiento.

Por lo demás, cabría decir –y concluir con ello– que si las exigencias derivadas del carácter institucional del Derecho suponen en ocasiones un obstáculo para alcanzar soluciones sustantivamente correctas, tales exigencias también maximizan la probabilidad de alcanzar tales soluciones. Por poner un par de ejemplos: la autorrestricción judicial en favor del legislativo, por mucho que pueda implicar la renuncia a una decisión correcta en un determinado caso, supone también –si nos tomamos en serio el principio democrático– ampliar las posibilidades de que en otros muchos casos se tomen decisiones correctas. Y, en general, la renuncia a imponer la que se considera solución correcta, en aras del respeto al sistema de fuentes, implica no deteriorar la efectividad de tal sistema, efectividad que parece, al menos hasta cierto grado, condición necesaria para la efectiva protección de los derechos y para la efectiva persecución de objetivos sociales.

Referencias

AJA –ed.– (1998): Eliseo Aja (editor): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa* actual, Ariel, Barcelona.

ATIENZA y RUIZ MANERO (1996): Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.

ATIENZA y RUIZ MANERO (2000): Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid.

FERRERES COMELLA (1997): Víctor Ferreres Comella: *Justicia constitucional y* democracia, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

LAPORTA (1993): Francisco Laporta: *Entre el Derecho y la moral*, Fontamara, México.

RAZ (1991): Joseph Raz: *Razón práctica y normas*, trad. cast. de Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

REDONDO (1999): Cristina Redondo: «Sulla rilevanza pratica del diritto», en *Ragion Pratica*, nº 13.

REDONDO (2000): Cristina Redondo: «Normativity in Legal Contexts. An Institutional Analysis», en *Associations*, vol. 4, nº 1 (este trabajo se publicó también en *Analisi e Diritto,* 1999.

SEARLE (1995): John Searle: *The Construction of Social Reality*, The Free Press, New York (hay trad. cast. de A. Doménech: *La construcción de la realidad social*, Paidós, Barcelona, 1997.

SEARLE (2000). John Searle: *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, trad. cast. de L. M. Valdés Villanueva, Nobel, Oviedo.

TENDENCIAS EN LA TEORÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA

TENSIONES CONCEPTUALES EN EL POSITIVISMO JURÍDICO

Pablo E. Navarro
(CONICET, Argentina)

I. Introducción

El positivismo ha desempeñado un papel dominante en la filosofía contemporánea. En los últimos siglos, el positivismo produjo un impresionante conjunto de doctrinas acerca del lenguaje, la mente, el conocimiento y muchos otros temas filosóficos tradicionales. Mientras que el empirismo estuvo siempre asociado al desarrollo de las doctrinas positivistas, el último siglo fue testigo de un fuerte vinculo entre la consolidación del positivismo y el desarrollo de la lógica. La mejor expresión de esta alianza fue la emergencia del Positivismo Lógico en el horizonte filosófico. La influencia de este movimiento difícilmente puede ser negada, y es probable que su contribución a la filosofía perdure por largo tiempo. Desde sus comienzos, el Positivismo Lógico fue severamente criticado. Algunas veces, las críticas surgían de interpretaciones equivocadas, o de la exageración de la importancia del rechazo de algunas de sus tesis marginales. Por ejemplo, algunas veces se impugnaba al Positivismo Lógico por su supuesto compromiso con posiciones moralmente censurables. Así, el rechazo del carácter cognoscitivo del discurso práctico ha sido considerado como un síntoma de nihilismo y corrupción moral. En este sentido, Rudolf Carnap afirma[1]:

> I have often found philosophers who, in their criticism of our conception, ascribe to the problem of the logical nature of value statements an exaggerated practical significance. According to these critics, to deny to value statements the status of theoretical assertions and thereby the possibility of demonstrating their validity must necessarily lead to immorality and nihilism.

Sin embargo, otras críticas estaban dirigidas a su núcleo conceptual, y amenazaban el proyecto positivista por completo (e.g. la demarcación entre

[1] Rudolf Carnap: 'Intellectual Autobiography' en *The Philosophy of Rudolf Carnap*, The Library of Living Philosophers, Paul Schilpp, ed., p.81 (La Salle, Illinois: Open Court, 1963)

ciencia y metafísica, la distinción entre enunciados analíticos y sintéticos). Más allá de la relevancia de estas críticas, y de otras circunstancias históricas que fagocitaron la desaparición de este movimiento, hay que subrayar que la decadencia del positivismo lógico fue principalmente el resultado de refutaciones y críticas internas. En este sentido, uno de los lideres de la filosofía analítica contemporánea, Georg Henrik von Wright, ha señalado[2]:

> It is nowadays commonplace to declare logical positivism dead and gone. It should be remembered, however, that the movement was conquered and superseded largely thanks to self-criticism generated in its own circle. This combination of self-destruction with self-development is perhaps unique in the history of thought. At least I know no comparable case.

Sin embargo, en contra de lo que concluye von Wright, el último siglo también ha sido testigo de la consolidación y crisis de otra importante doctrina positivista: *el positivismo jurídico*. Al igual que el positivismo lógico, el positivismo jurídico contemporáneo fue modelado y defendido por filósofos brillantes, y su contribución a nuestra comprensión de la naturaleza del derecho ha sido significativa. Aunque algunos positivistas jurídicos, por ejemplo Alf Ross, han sido positivistas lógicos, ésta es sólo una conexión contingente, y es necesario distinguir cuidadosamente entre ambos tipos de positivismos[3]. Pero, aun cuando ellos son claramente diferentes, es interesante destacar que en ambos casos, el cambio y evolución de sus tesis ha sido, en gran medida, el resultado de discusiones internas al proyecto positivista. Estas discusiones muestran claramente que las tesis centrales enunciadas por algún positivista son, con cierta frecuencia, rechazadas o consideradas incoherentes por otros positivistas. Por ejemplo, Alf Ross rechazó el concepto de validez como fuerza vinculante de las normas defendido por Kelsen, y acusó a este último de ser un 'cuasi-positivista', que era una versión degenerada del iusnaturalismo. Otro ejemplo es la queja de Hart contra Raz, cuando este último rechaza la tesis semántica del positivismo. Esta tesis afirma que ciertas expresiones del vocabulario normativo, e.g. 'derechos', 'obligaciones' etc, tienen distinto significado en contextos jurídicos y morales. Según Hart, el rechazo de la tesis semántica conduce a Raz a 'ofrecer una rama de olivo a aquellos que sostienen que hay una importante conexión conceptual entre derecho y moral'[4].

---

[2] Georg Henrik von Wright: 'Logic and Philosophy in the 20th Century' en *The Tree of Knowledge and Other Essays*, p. 16 (Leiden-New York-Köln: E.J. Brill, 1993)

[3] Frederick Schauer, 'Positivism as Pariah' en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Robert P. Georg, editor, nota 6. p.p. 48-49 (Oxford: Oxford University Press, 1996)

[4] H.L.A. Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Moral' en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, pp. 9-10 (Oxford: Oxford University Press, 1983)

Estas discusiones entre los lideres de las concepciones positivistas son consideradas, a menudo, como un síntoma de que el positivismo jurídico colapsa necesariamente en posiciones antipositivistas. Por ejemplo, Roger Shiner comienza su libro *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*[5] con el estudio de una versión mínima del positivismo clásico[6]. Luego, Shiner considera si una versión sofisticada del positivismo –que él atribuye principalmente a H.L.A. Hart– puede mitigar algunas deficiencias del positivismo simple, y concluye que el resultado inevitable de tomar seriamente las intuiciones del positivismo sofisticado ha conducido a la teoría jurídica a una posición antipositivista[7]. La transición desde el positivismo simple hacia el positivismo sofisticado parece necesario para superar importantes problemas de las formulaciones clásicas del positivismo, e.g. la naturaleza de las obligaciones jurídicas. Sin embargo, no es claro que el positivismo sofisticado pueda proporcionar una respuesta satisfactoria a estos problemas. Por esta razón, Beyleveld and Browsword señalan que[8]

> … modern legal positivists, in keeping with the spirit of Austinian jurisprudence, maintain that there is no necessary connection between either legal validity, and moral validity, or between legal obligation and moral obligation. In short, law is to be understood as normative but not morally prescriptive. The central contention of our paper is that this modern version of Legal Positivism… is incoherent.

En resumen: existiría una tensión interna al programa positivista, que puede resumirse de la siguiente manera. Las tesis centrales del positivismo jurídico clásico, e.g. Austin, Bentham, son inadecuadas para dar cuenta de la complejidad de nuestras prácticas jurídicas, pero el intento de superar estas dificultades conduce a adoptar tesis incompatibles con la doctrina positivista.

Al igual que el positivismo lógico, la dinámica interna del positivismo jurídico parece conducir a posiciones antipositivistas. En otras palabras, el positivismo jurídico se habría autodestruido. Por razones de simplicidad, esta conclusión será denominada 'la tesis de la autodestrucción'. En este trabajo, me interesa analizar si de las premisas que definen al positivismo jurídico se puede extraer un vinculo necesario entre derecho y moral. Aun

---

[5] Roger Shiner, *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought* (Oxford: Oxford University Press, 1992)

[6] Shiner caracteriza este tipo de positivismo como 'positivismo simple', y considera a John Austin como su principal representante. See, Roger Shiner, *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*, op. cit., pp. 19-40.

[7] Roger Shiner, *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*, op. cit., p. 324

[8] Deryck Beyleveld and Roger Brownsword, 'Normative Positivism: The Mirage of the Middle Way' en *Oxford Journal of Legal Studies*, 9 (1989), p.463.

cuando no sea posible defender esta conclusión, es importante destacar que los argumentos necesarios para rechazarla nos permiten comprender mejor la naturaleza del derecho y la teoría jurídica. En particular, consideraré sólo tres argumentos que intentan señalar que el núcleo del positivismo jurídico encierra tesis que inevitablemente conducen a posiciones antipositivistas. En primer lugar, examinaré si los positivistas deben admitir que las normas jurídicas poseen alguna fuerza moral. En segundo lugar, analizaré si la relación entre identificación de las normas jurídicas y el proceso de interpretación del derecho compromete a aceptar la unión entre derecho y moral. Finalmente, también abordaré el problema de la relación entre justificación jurídica y actitudes morales[9].

La pregunta central de este trabajo puede ser resumida de la siguiente manera: ¿es verdad que el positivismo jurídico contemporáneo se ha autodestruido?. Para responder esta pregunta son necesarias algunas clarificaciones y distinciones preliminares.

II. Tesis centrales e incidentales

El debate entre diferentes concepciones del positivismo jurídico es tan antiguo como las reflexiones teóricas acerca de sus rasgos centrales. En parte, las diferentes maneras de caracterizar al positivismo se refleja en la 'inflación' de distinciones que se han multiplicado en los últimos años. Así, por ejemplo, es frecuente distinguir entre positivismo positivo y negativo, positivismo presuntivo y formalismo; positivismo simple y sofisticado; positivismo 'blando' (*soft positivism*) y positivismo duro, positivismo incluyente y positivismo excluyente. Todas estas distinciones intentan articular de la mejor manera las tesis centrales que caracterizan al positivismo jurídico. Sin embargo, no estoy convencido de que esta multiplicación de distinciones muestre refinamiento antes que confusión conceptual. Creo, sin embargo, que en entre estas distinciones, a menudo, se esconden algunas tesis que son extrañas al positivismo jurídico (e.g, la fuerza moral del derecho o la dimensión normativa de la validez jurídica) y por ello sus conclusiones pueden generar aun más confusión. La falta de una adecuada discusión sobre estos presupuestos tiene como consecuencia que el positivismo parece ofrecer una reconstrucción incoherente de nuestras prácticas jurídicas. Por ello, mi propósito se limita a abordar la cuestión acerca de si el positivismo jurídico es un proyecto auto-destructivo, antes que avanzar sobre las diferencias entre diferentes versiones del positivismo jurídico.

[9] En general, me concentraré principalmente en algunas tesis defendidas por H.L.A. Hart, pero debe quedar claro que no me interesa una exégesis de su pensamiento o un comentario sobre la abundante bibliografía disponible sobre esta versión del positivismo jurídico.

Algunas veces la tesis de la autodestrucción parece inevitable sólo porque no se distingue claramente entre las tesis centrales que definen al positivismo jurídico y algunas tesis incidentales que han sido defendidas en ciertas ocasiones por algunos teóricos positivistas. Este tipo de confusión ha sido puesta de manifiesto por Hart hace ya más de cuarenta años[10]. Según Hart, la tesis de la separación entre derecho y moral es parte del núcleo conceptual del positivismo jurídico. Sin embargo, no siempre es claro qué alcance tiene esta tesis en las diferentes doctrinas positivistas. Algunas veces, por ejemplo, se sostiene que la separación conceptual entre derecho y moral implica que la definición del concepto de derecho tienen que ser valorativamente neutral, o bien que el derecho no tiene necesariamente valor moral positivo[11]. Aunque interesantes, estas versiones de la tesis de la separación no capturan el contenido de las formulaciones clásicas proporcionadas por Austin y Bentham. Para ellos, la falta de una clara separación entre derecho y moral otorgaba plausibilidad a las posiciones reaccionarias o anarquistas, diluyendo de esta manera la autoridad del derecho en juicios individuales acerca de lo que se debe hacer o no hacer. El anarquista señala las discrepancias entre lo que las autoridades exigen y sus convicciones como prueba de que el derecho, en realidad, no impone las obligaciones que establecen las autoridades. El reaccionario, por el contrario, señala a la coincidencia entre sus convicciones y lo que disponen las autoridades como prueba de la inutilidad o ilegitimidad de los cambios sociales. Parece claro, entonces, que la posibilidad de discrepancia entre aquello que disponen las normas jurídicas y las convicciones morales de los individuos se encuentra en la base del reconocimiento de la autoridad del derecho.

El significado central de la tesis de la separación ha sido resumido por Hart de la siguiente manera[12]:

> …in the absence of an expressed constitutional or legal provision, it could not follow from the mere fact that a rule violated standards of morality that it was not a rule of law; and conversely, it could not follow from the mere fact that a rule was morality desirable that it was a rule of law.

---

[10] H.L.A. Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Moral', en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, op. cit., pp. 56-62.

[11] Véase, Klaus Fusser, ''Farewell to Legal Positivism. The Separation Thesis Unravelling' en *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, op. cit. pp. 119-162. También, David Lyons, 'Moral Aspects of Legal Theory' en *Moral Aspects of Legal Theory*, pp. 64-101. En este trabajo, Lyons atribuye a Raz una extraña justificación de la tesis de la separación (p. 92). Raz ha replicado en 'Authority, Law and Morality' en *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, p. 219 (Oxford: Oxford University Press, 1994).

[12] H.L.A. Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Moral', en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, op. cit., p. 55.

Esta tesis, que algunas veces es condensada en el slogan 'no hay que confundir el derecho que es y el que debe ser', ha sido con frecuencia malinterpretada o confundida con otras tesis incidentales. Por ejemplo, John Austin, que claramente adhería a la tesis de la separación, también sostenía que el derecho era esencialmente el mandato (órdenes) de un soberano. Esta tesis imperativista, sin embargo, no define al positivismo jurídico, y por esta razón puede ser considerada como una tesis incidental. Según Hart, una fuente de confusión al momento de criticar la tesis de la separación es la creencia de que la falsedad de la tesis incidental implica que las tesis centrales del positivismo también son falsas. Por ejemplo, Salmond rechaza el imperativismo de la teoría de Austin ya que en esta última concepción la noción de derechos (*rights*) queda sin analizar. Los derechos no pueden ser identificados con órdenes, y por esta razón, Salmond parece creer que la única alternativa disponible es identificar a los derechos jurídicos con expectativas morales de los miembros de una comunidad. Así, Salmond concluye que las normas jurídicas –en tanto que atribuyen derechos a los individuos– tienen que estar necesariamente conectadas con la moral. De esta manera, el rechazo de la tesis incidental del imperativismo conduce a negar la tesis central de la separación entre derecho y moral. Sin embargo, una vez que se detecta la confusión entre aquello que define al positivismo jurídico y otras doctrinas marginales, la ilusión de la autodestrucción puede ser evitada con facilidad.

No intentaré defender el imperativismo de Austin. Tampoco pondré en duda que la tesis de la autodestrucción, como Hart señaló acerca de otras doctrinas paradójicas acerca de la naturaleza del derecho[13], puede resultar esclarecedora. Únicamente intento rechazar una cierta interpretación de la tesis de la autodestrucción, i.e. algunas tesis incidentales pueden producir incoherencias en las doctrinas positivistas y tienen que ser rechazadas. Si la tesis de la autodestrucción se limitase a señalar este dato, entonces no hay dudas de que ella debería ser aceptada sin mayor discusión. Esta tesis sería verdadera, pero más bien trivial y no aporta nada relevante a la discusión sobre los méritos o defectos del positivismo jurídico. Esta interpretación torna inofensiva a la tesis de la autodestrucción. El mensaje intuitivo de esta tesis es el siguiente: si fuese verdadero que el positivismo se autodestruye, entonces deberíamos rechazar no sólo ciertas doctrinas marginales defendidas por los positivistas sino al positivismo jurídico por completo. Pero, para defender esta conclusión, es necesario proporcionar algún argumento general que conecte algunas de las tesis centrales del positivismo con algunas

[13] H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, segunda edición, Joseph Raz and Penélope Bulloch, editores, p. 2 (Oxford: Oxford University Press, 1994)

conclusiones inaceptables. Por consiguiente, es necesario considerar otras posibles versiones de la tesis de la autodestrucción.

III. Positivismo conceptual y positivismo ideológico

Como es bien conocido, la *tesis de la separación* conceptual entre derecho y moral es esencial para el positivismo jurídico. Otra tesis central es la *tesis de las fuentes sociales*, que afirma que la existencia del derecho depende exclusivamente de hechos sociales complejos[14]. Ambas tesis definen al *positivismo conceptual* (también conocido como positivismo metodológico o positivismo como *approach*), que sostiene que el derecho se identifica únicamente a partir de circunstancias fácticas. En otras palabras: para describir las normas jurídicas, un teórico del derecho no necesita evaluar la coincidencia entre normas jurídicas y principios de moralidad y justicia.

Los problemas para el positivismo jurídico parecen surgir de la influencia de una doctrina recurrente que atribuye fuerza moral a las normas jurídicas. Según esta doctrina, que Norberto Bobbio ha denominado *Positivismo Ideológico*[15], las normas jurídicas válidas proveen razones morales para justificar acciones o decisiones. El positivista ideológico no se limita a la descripción de las normas jurídicas, sino que también *adhiere* a lo que ellas disponen. El positivismo conceptual no niega que las normas jurídicas puedan ser siempre justas o moralmente correctas, pero señala que su status jurídico, i.e. su validez no depende de la satisfacción previa de un criterio moral. Al respecto, Jules L. Coleman afirma[16]:

> Suppose that, in every possible legal system, the community's law completely coincide with what was morally correct. This would show only that law and morality are everywhere coextensive, not that they are cointensional…It is the intensional (conceptual) relationship between law and morality that counts. Even if law and morality coincide, what *makes* something a moral principle is the fact that it is so in the correct theory of morality; and what *makes* something law is the fact that it satisfies the conditions of legality in the rule of recognition.

Por el contrario, la conexión que señala el positivismo ideológico significa que el derecho siempre tiene fuerza moral, incluso si la aplicación de las normas jurídicas parece conducir a un resultado injusto. En otras palabras, la no aplicación de las normas válidas siempre involucraría una falta moral. Según el positivismo ideológico, las normas válidas merecen respe-

---

[14] Una versión refinada de esta tesis puede encontrarse en Joseph Raz, *The Authority of Law*, pp. 41-43 (Oxford: Oxford University Press, 1979).

[15] Norberto Bobbio, *El Problema del Positivismo Jurídico* (Buenos Aires: Eudeba, 1965)

[16] Jules L. Coleman, 'Rules and Social Facts' en *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 14 (1991), p. 723.

to moral por el mero hecho de emanar de autoridades eficaces. Como señala Carlos Nino[17],

> Ideological positivism holds that a legal system identified, as conceptual positivism recommends by factual features, such as having been enacted by those who possess a monopoly of coercion has an inherent moral appeal and should be applied and endorsed whatever its content.

Es ciertamente lamentable que la misma palabra, i.e. 'positivismo' sea aplicada a doctrinas tan diferentes. Sin embargo, ¿esta ambigüedad es solo producto de un accidente del lenguaje?. Por el contrario; ¿sería posible mostrar una conexión más fuerte entre ambos positivismos? Una respuesta afirmativa a este ultimo interrogante se encuentra en la base de la tesis de la autodestrucción. Cuando advertimos que uno de los principales exponentes del positivismo jurídico, Jeremy Bentham, señalaba que el lema de un buen ciudadano en un Estado de Derecho es 'Obedecer puntualmente, censurar libremente', podemos concluir que la tesis de la autodestrucción merece un cuidadoso análisis. Después de todo, como señalamos anteriormente, parte de los objetivos de Bentham era dar cuenta de la autoridad del derecho, y distinguir sus exigencias de los juicios individuales acerca de la corrección o incorrección de las normas jurídicas. En otras palabras: si el derecho no tuviese relevancia práctica, entonces carecería de sentido la insistencia en distinguir lo que disponen las normas jurídicas de aquello que exige la moral. La razón es simple: si el derecho no imponen obligaciones, entonces no es necesario recurrir a razones últimas (i.e. razones morales) a efectos de mostrar que no se debe hacer lo que las autoridades exigen.

Asumir la relevancia práctica del derecho es lo que otorga plausibilidad a la tesis de la autodestrucción. Esta relevancia práctica significa que el derecho ofrece razones específicas para la acción. Mientras que para los positivistas clásicos, estas razones surgen principalmente de la amenaza y probabilidad de castigos, los positivistas contemporáneos han rechazado esta caracterización. Según Kelsen, Hart, Raz, MacCormick etc. es necesario explicar la normatividad del derecho mediante otra estrategia conceptual. Pero, estas estrategias –se argumenta desde posiciones antipositivistas– conducen a revelar una conexión conceptual entre derecho y moral. En este sentido, la tesis de la autodestrucción señala que el positivismo afirma y niega al mismo tiempo conexiones conceptuales entre las exigencias del derecho y nuestros compromisos morales. La tesis de la autodestrucción, entonces, señala que el positivismo jurídico no puede rechazar la fuerza moral de las normas jurídicas. En general, el argumento es que, para los positivistas, el

[17] Carlos Nino, *The Ethics of Human Rights*, p. 11 (Oxford: Oxford University Press, 1991)

derecho es el resultado de decisiones sociales específicas. Nada conecta conceptualmente a estas decisiones con lo que se debe hacer, ya que las decisiones de los legisladores pueden resultar (y de hecho a menudo resultan) erróneas. Por consiguiente, si además el positivista sostiene que el derecho debe ser obedecido puntualmente, o que las normas jurídicas tienen relevancia práctica, entonces debe existir alguna premisa moral que confiere fuerza vinculante a las exigencias de las autoridades jurídicas.

IV. Validez y pertenencia a un sistema jurídico

Según hemos visto, el positivismo ideológico es una versión del positivismo que asume que las normas jurídicas imponen exigencias morales. Por consiguiente, a primera vista, la tesis de la autodestrucción destacaría un nexo entre el positivismo conceptual y el positivismo ideológico. Sin embargo, como veremos a continuación, tal nexo parece ser sólo una confusión. Las diferencias entre ambos tipos de positivismo pueden ser claramente comprendidas cuando se recuerda la crítica de Gustav Radbruch y la réplica de Hart. Según Radbruch, el slogan '*Gesetz ist Gesetz*', que él atribuye al positivismo jurídico, contribuyó a los horrores del Nazismo. Por su parte, Hart responde[18]:

> For everything he says is really dependent upon an enormous overvaluation of the importance of the bare fact that a rule may be said to be a valid rule of law, as if this, once declared, was conclusive of the final moral question: 'Ought this rule to be obeyed?'. Surely the truly liberal answer to any sinister use of the slogan 'law is law' or of the distinction between law and morals is 'Very well, but that does not conclude the question. Law is not morality; do not let it supplant morality'.

Según parece desprenderse de esta afirmación, Hart considera que los enunciados de validez carecen de relevancia práctica. Conforme a esta conclusión, del enunciado acerca de la validez de una cierta norma jurídica sólo se sigue que esa norma forma parte del sistema jurídico.

Un sistema normativo es un conjunto con una relación especifica entre sus elementos. Las relaciones entre los elementos del conjunto definen la estructura del sistema normativo (i.e. sistemas estáticos o dinámicos), y suministran sus criterios de pertenencia. En general, los juristas elaboran estos criterios de pertenencia a partir de dos relaciones entre normas: legalidad y deducibilidad. Al mismo tiempo, estos criterios son también reconocidos como criterios de validez de las normas jurídicas. En este sentido, la validez de una norma se identifica con la pertenencia a un sistema normativo. Conforme al criterio de legalidad, una norma es válida si y sólo ha sido

[18] H.L.A. Hart, 'Positivism and the Separation of Law and Moral', op. cit., p. 75.

promulgada por una autoridad competente, mientras que según el criterio de deducibilidad, una norma es válida en un sistema cuando se deriva lógicamente de otras normas del sistema.

A efectos de evitar circularidad o regreso al infinito, es preciso admitir que al menos una norma del conjunto normativo no satisface las relaciones sistemáticas. Estas normas cuya pertenencia al conjunto no puede establecerse a partir de la satisfacción de esas relaciones son las *normas independientes* del sistema. Las restantes normas, i.e. las *normas dependientes* sólo forman parte del conjunto en tanto que satisfacen ciertas relaciones con otras normas (independientes o dependientes) del sistema.

Las normas que satisfacen el criterio de deducibilidad son normas derivadas en el sistema jurídico, y –salvo casos de redundancia– no han sido expresamente formuladas por la autoridad normativa. En este sentido se diferencian claramente de otras normas, cuya pertenencia al sistema está intrínsecamente relacionada con los actos expresos de las autoridades. Una doctrina positivista consistente con la tesis de las fuentes sociales no puede admitir que todas las normas de un sistema jurídico carezcan de formulación expresa. Como ha demostrado Hart, los casos paradigmáticos de sistema jurídico presentan una unión de distintas reglas, i.e. reglas primarias y secundarias. Sin esta compleja estructura social, careceríamos de instancias centrales de aplicación de la expresión 'sistema jurídico'. Entre las reglas secundarias del sistema encontramos a las *reglas de cambio*, que permiten modificar deliberadamente el status normativo de ciertas acciones. De esta manera, alguna forma de legislación, (i.e. regulación expresa de situaciones genéricas) es necesaria para la existencia de un sistema jurídico.

La moraleja de este enfoque sería que, mientras que el criterio de legalidad está conceptualmente relacionado con nuestra noción de sistema jurídico, no es claro que exista un argumento similar para defender, dentro de las doctrinas positivistas, a la necesariedad del criterio de deducibilidad. Sin ese argumento, la existencia de normas derivadas en un sistema jurídico dependería exclusivamente de las prácticas contingentes de reconocimiento de validez en una cierta comunidad[19]. De esta manera, las normas derivadas serían más 'dependientes' que otras normas, por dos razones. Por una parte, su pertenencia al sistema sería contingente, mientras que la existencia de las normas expresamente formuladas por las autoridades está conceptualmente conectadas a la noción de sistema jurídico. Por otra parte, mientras que las

[19] Esto no significa que las normas formuladas sean 'normas necesarias' o algo por el estilo. Sólo intento señalar que la existencia de un sistema jurídico está ligada a las actitudes crítico-reflexivas de aceptación de que ciertas personas o instituciones pueden modificar deliberadamente las normas del sistema jurídico.

normas expresamente formuladas pueden ser independientes o dependientes en el sistema jurídico, las normas derivadas son siempre normas dependientes.

De este enfoque se siguen tres consecuencias importantes:

a) El carácter descriptivo de los enunciados de validez. Un enunciado de validez describe la existencia de ciertas relaciones entre normas de un determinado sistema jurídico.

b) La relatividad de los enunciados de validez. La verdad de los enunciado de validez son relativos a determinados conjuntos de normas, y por consiguiente, el enunciado que afirma que la norma Nj es válida puede ser verdadero cuando se toma como referencia a un sistema Sj, pero puede ser falso si se tomase como referencia a otro sistema Sk.

c) El trasfondo empírico de los enunciados de validez. Los enunciados de validez pueden ser analizados, en última instancia, como afirmaciones acerca de ciertos hechos sociales complejos, e.g. la promulgación de ciertas normas.

Conforme a esta reconstrucción sistemática de la validez de las normas jurídicas es fácil comprender que la afirmación de que una norma es válida no implica a ningún juicio práctico. Afirmar que una norma pertenece a un sistema jurídico sólo establece que un determinado objeto forma parte de un cierto conjunto. Este es un enunciado de hecho, y no un enunciado normativo. Si se admite que existe un abismo lógico entre enunciados de hecho y enunciados normativos, entonces ninguna conclusión normativa puede seguirse del 'hecho de que pueda señalarse que una norma es una norma jurídica válida'. El positivismo, tal como es definido a partir de la tesis de la separación y la tesis de las fuentes sociales, no se compromete a reconocer relevancia práctica a las normas jurídicas. Esto significa que podemos describir el hecho de que una norma sea válida e informar acerca del status jurídico de ciertas acciones o estados de cosas sin adherir al contenido de sus prescripciones.

Sin embargo, la reconstrucción de Hart no extrae todas estas consecuencias. Así, pueden señalarse, al menos, dos dificultades.

En primer lugar, en *The Concept of Law*, Hart distingue entre los enunciados internos y las afirmaciones acerca de que una norma satisface los criterios de validez establecidos por la regla de reconocimiento. Luego, a pesar de que en su réplica a Radbruch insinúa que los enunciados de validez no expresan compromisos prácticos, sostiene que los enunciados de validez no se pueden reducir a afirmaciones acerca de la pertenencia de una norma al sistema. Esta 'reducción' de los enunciados de validez ocultaría el carácter interno de los juicios de validez. Más adelante analizaré con algún detalle el problema de los enunciados internos (sección V). Ahora sólo es pre-

ciso indicar que la característica principal de estos enunciados es que expresan una actitud crítica-reflexiva por parte del aceptante de una norma. De esta manera, aunque en su réplica a Radbruch, Hart parece negar relevancia práctica a los enunciados de validez, su estrategia conceptual se ve empañada por la falta de una clara distinción entre un uso normativo y un uso descriptivo de 'validez'. Este defecto ha sido posteriormente advertido por Hart. De esta manera, él señala[20]:

> I drew a distinction between internal statements which manifest their author's acceptance of a rule and external statements which simply state or predict certain regularities of behaviour whether it is rule-governed or not. But I wrongly wrote as if the normative vocabulary of 'ought', 'must', 'obligation', 'duty' were only properly used in such internal statements. This is a mistake, because, of course, such terms are quite properly used in other forms of statements, and particularly in lawyers' statements of legal obligations or duties describing the contents of a legal system (whether it be their own or an alien system) whose rules they themselves in no way endorse or accept as standards of behaviour.

En segundo lugar, en su argumento contra Radbruch, Hart sólo niega explícitamente que las normas jurídicas sean respuestas finales a preguntas morales, pero su afirmación deja abierta la posibilidad de adscribir alguna relevancia moral no-concluyente a las normas jurídicamente válidas. Por consiguiente, ¿podríamos decir que las normas válidas son moralmente vinculantes, aun si ellas no proporcionan una respuesta moral concluyente?

Finalmente, en *The Concept of Law*, Hart sostiene que en la noción de aplicar una regla general encontramos el germen, al menos, de la justicia[21]. Por ello señala que en la misma noción de regular el comportamiento mediante normas generales, se encuentra un valor formal que nos impide considerar al derecho de una manera neutral. Esto sugiere una concesión a las tesis antipositivistas ya que, por la misma razón, Hart debe admitir que en la no-aplicación de las normas jurídicas válidas encontramos, al menos, el germen de la injusticia. Esta conclusión, que surge de ciertas propiedades de las normas y rasgos formales de la noción de justicia, parece incompatible con el positivismo jurídico. No abordaré en este trabajo la cuestión de si la noción formal de justicia y la regla que exige tratar a casos iguales de igual manera es compatible con el positivismo jurídico. Sólo deseo recordar que, como Kenneth I. Winston ha señalado[22],

> … Hart's argument yields the following rather curious result: If it is part of the meaning of a legal system that it consists of general rules, and if the notion

[20] H.L.A. Hart, 'Introduction' en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, op. cit., p. 14.

[21] H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., p. 206.

[22] Kenneth I. Winston, 'On Treating Like Cases Alike' en *California Law Review* 62 (1974), p. 3.

> of law consisting of general rules embodies a certain moral principle (a principle of justice), then any system of governance that does not embody this moral principle is not a legal system… Thus in drawing out the implications of Hart's argument, I appear to have confirmed a suspicion that legal positivists neglect the consequences of their occasional avowals that legal and moral standards intersect. There is a strain in Hart's argument, it seems, pulling him toward a form of natural law theory, or at least, pulling him away from legal positivism…

En la sección siguiente, analizaré las consecuencias que tiene para el programa positivista el abandono de una nítida separación entre descripción y prescripción, o entre conocimiento y adhesión a las normas jurídicas.

V. Validez y fuerza vinculante

A diferencia de la reconstrucción del concepto de validez ofrecida en la sección anterior, un enfoque tradicional de la validez de las normas jurídicas insiste en que los enunciados de validez no describen que una norma pertenece a un sistema normativo sino que ellos indican que la norma en cuestión debe ser obedecida y aplicada. Según este punto de vista, las normas válidas tienen fuerza vinculante[23]. Éste es un concepto normativo de validez. Por esta razón, aun si todas las normas que pertenecen al sistema jurídico (y sólo ellas) fuesen vinculantes, ello no significaría que la pertenencia al sistema y la fuerza vinculante son la misma propiedad. No es claro, sin embargo, a que se refiere la expresión 'fuerza vinculante' y no pocas veces se ha sugerido que esta característica de las normas jurídicas es indistinguible de su fuerza moral. Otras veces se afirma que el derecho posee una 'fuerza específica', es decir, una dimensión normativa peculiar, que no puede ser reducida a su eventual valor moral. En esta sección, abordaré principalmente la relación entre validez y fuerza moral. Por consiguiente, se impone responder claramente a la siguiente cuestión: ¿puede un positivista aceptar que las normas jurídicas válidas tienen fuerza moral?

Las normas jurídicas válidas, a diferencia de aquellas que son inválidas, siempre ofrecerían razones para actuar, aun cuando ellas nunca fuesen razones morales concluyentes. Esta reconstrucción de la noción de validez jurídica es una forma de positivismo ideológico ya que atribuye relevancia moral a las normas válidas por el mero echo de formar parte de un sistema jurídico vigente en una cierta comunidad. Este tipo de ideología es algunas veces disimulada por complejas doctrinas acerca de la autoridad del derecho o de las creencias morales de las autoridades normativas. Por ejemplo, John Finnis considera que incluso las normas promulgadas por un dictador

---

[23] Joseph Raz, 'Legal Validity' en *The Authority of Law*, p. 150 (Oxford: Oxford University Press, 1979).

o un conquistador son moralmente vinculantes[24]. Esta ideología también está presente en, por ejemplo, la reconstrucción de Philp Soper de los deberes morales *prima facie* de los esclavos hacia sus propietarios siempre que estos últimos crean sinceramente que sus acciones están moralmente justificadas. Es claro que ni Finnis ni Soper son partidarios del positivismo jurídico, pero sus argumentos son útiles para comprender qué se sigue de un concepto normativo de validez.

Es destacable el hecho de que muchos positivistas contemporáneos aceptan que las normas jurídicas poseen (algún grado de) valor moral, y sólo debaten acerca de la naturaleza concluyente o *prima facie* de las obligaciones que imponen estas normas. Este punto de vista es usualmente asociado a la explicación de la normatividad del derecho. En los debates de las últimas décadas, esta propiedad parece constituir un límite conceptual, que cualquier teoría adecuada del derecho debe satisfacer, es decir, una teoría del derecho que no explique la *normatividad* sería, por ese sólo motivo, una propuesta conceptual inadecuada. Sin embargo, cuarenta años atrás, las cosas eran diferentes, y las razones para este cambio en la agenda teórica aun no han sido satisfactoriamente explicadas. Así, en 1961, Alf Ross sostuvo enfáticamente que un concepto normativo de validez era ajeno al positivismo jurídico. Su principal argumento, dirigido contra la *Teoría Pura del Derecho* de Hans Kelsen, era el siguiente[25]: cuando admitimos que las normas jurídicas válidas deben ser obedecidas, también debemos aceptar que existe una obligación de obedecer estas normas. Una obligación *jurídica* de obedecer otra norma jurídica es completamente redundante. Una norma prescribe que es lo que debe o no debe hacerse, y no parece tener sentido suponer que existe otra obligación adicional de hacer lo que las normas señalan que debemos hacer. Por consiguiente, la diferencia entre la obligación que surge de una norma particular y la obligación de obedecer esta norma jurídica no puede consistir en *aquello* que estamos obligados a hacer sino en el *modo* en que estamos vinculados por el derecho. Así, Ross sostiene[26]:

> … the idea of a duty to obey the law (to fulfill legal obligations) only makes sense on the supposition that the duty spoken of is a true moral duty corresponding to the 'binding force' inherent in the law.

---

[24] John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, p. 251 (Oxford: Oxford University Press, 1980.

[25] Alf Ross, 'Validity and the Conflict between Positivism and Natural Law' reimpreso en *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, pp. 147-163, Stanley L. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson, editores (Oxford: Oxford University Press, 1998).

[26] Alf Ross, 'Validity and the Conflict between Positivism and Natural Law', op. cit., p. 160.

Por esta razón, Ross concluye que la teoría de Kelsen era una forma degenerada de derecho natural, y la explicación de la existencia del derecho no debía hacer referencia a la fuerza vinculante de las normas jurídicas. Finalmente, él concluye[27]:

> It is possible, and highly probable in both the field of law and that of morality, that the usual way of 'thinking' is saturated with ideological concepts that reflect emotional experience but have no function in describing reality, which is the task of legal science. In that case, the job of the analyst is to reject, not to accept, the idea of validity.

La conclusión de Ross es importante: una noción normativa de validez amenaza la separación entre derecho y moral, y por esa razón, no puede ser adoptada por un positivismo coherente. Más aún, atribuir fuerza vinculante a las normas jurídicas también amenaza a la tesis de las fuentes sociales. Dejando de lado el problema de la redundancia señalado anteriormente, hay que advertir que una norma es jurídicamente vinculante cuando los jueces tienen una *obligación jurídica* de aplicarla a ciertos casos. Esta obligación puede ser concluyente o *prima facie*. Aún cuando la exigencia normativa fuese sólo *prima facie*, debemos recordar que, para el positivismo jurídico, las obligaciones jurídicas siempre están determinadas por hechos sociales (i.e. normas positivas). Dado que las obligaciones jurídicas surgen de normas positivas, la existencia de una norma jurídica que impone el deber de obedecer y aplicar otras normas, es un dato contingente. Así, la fuerza vinculante de las normas jurídicas estaría restringida sólo a aquellos sistemas jurídicos que incluya a estas normas positivas. Por esta razón, un positivista que pretenda mantener que *siempre* existe una obligación jurídica de aplicar las normas jurídicas también necesita socavar la tesis de las fuentes sociales. Esta conclusión es admitida por Neil MacCormick cuando reconoce que 'todo sistema de derecho positivo contienen necesariamente algunas normas no-positivas', y añade que un ejemplo de estas normas es que si una regla es válida y aplicable a un cierto caso, entonces ella debe ser aplicada, a menos que se presenten excepciones implícitas[28].

Finalmente, algunas veces se señala que el positivista –una vez que ha admitido la fuerza vinculante de las normas– no puede negar que al menos algunas de ellas imponen soluciones concluyentes. En otras palabras, atribuir fuerza vinculante a las normas jurídicas no sólo tendría el inconveniente de socavar la tesis de las fuentes sociales sino también que parece

---

[27] Alf Ross, 'Validity and the Conflict between Positivism and Natural Law', op. cit., p. 161.

[28] Neil MacCormick, 'Natural Law and The Separation of Law and Morals' en *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, p. 121, Robert Georg, editor (Oxford: Oxford University Press, 1992).

conducir al positivismo a un dilema: o bien las normas jurídicas tienen fuerza moral, o bien las normas jurídicas compiten con la moral, ofreciendo justificaciones concluyentes y diferentes a lo que establece la moral. En este sentido, Michael Stokes ha señalado que el positivista debe admitir que mediante la inspección del comportamiento de los miembros del grupo social podemos descubrir cuáles son las normas jurídicas de ese grupo. En caso contrario, existirían normas jurídicas que no tienen su fuente en hechos sociales, y eso llevaría a abandonar una de las tesis centrales del positivismo. Una vez que se concede este punto, según Stoke, hay que admitir también que las normas jurídicas imponen soluciones concluyentes. La razón es que[29]:

> If these laws never provide conclusive answers but must always be supplemented by other standards, we cannot claim that they are the whole of the law. Instead, we must concede that whatever standards and values are used to supplement these laws are also law or we must accept that these laws are not law but are merely, along with the standards used to supplement them, a source of law. Either alternative is inconsistent with the thesis that law has its source in social behaviour.

En resumen: la atribución de fuerza vinculante a las normas parece ser responsable de una crisis en el proyecto positivista. En particular, hay que destacar que una vez que se ha admitido que incluso normas injustas son moralmente vinculantes, se necesitan razones morales para justificar la desobediencia. Sin embargo, ¿por qué debemos aceptar que incluso normas abominables son moralmente vinculantes?. Creo que la única manera de resolver esta dificultad es rechazar la premisa que genera la paradoja, es decir, hay que abandonar la idea de validez como fuerza moral vinculante.

VI. La aplicabilidad de las normas jurídicas

En esta sección consideraré otro argumento acerca de la conexión entre derecho y moral. Como es bien conocido, algunos antipositivistas, e.g. Lon Fuller, sostienen que no sería posible determinar si una norma se aplica a un cierto caso sin considerar previamente los fines o propósitos que se esperan lograr mediante esa norma, y ello significaría que no es posible trazar una nítida demarcación entre lo que una norma debe regular y lo que ella regula. La identificación de las normas siempre estaría abierta a la discusión acerca de la relevancia de posibles excepciones implícitas que pueden desplazar a la calificación normativa prevista por las autoridades normativas.

---

[29] Michael Stokes, 'Formalism, Realism, and the Concept of Law' en *Law and Philosophy* 13 (1994), p. 115.

Según este argumento, como dice Jeffrey Goldsworthy[30], el texto de una ley es sólo una evidencia derrotable de lo que la ley 'realmente' exige, y por esta razón, los tribunales no cambian la ley cuando van más allá de lo que dispone el texto normativo. En este sentido, la tesis de la autodestrucción sería una afirmación acerca de las consecuencias de la interpretación del derecho en el contexto de la aplicación de las normas jurídicas. Las tesis paradójicas serían las siguientes: por una parte, el positivismo afirma que es posible identificar lo que disponen las normas jurídicas sin recurrir a argumentos valorativos, pero el positivismo también admitiría que la interpretación es una etapa inevitable al momento de establecer lo que dispone el derecho en un caso particular. De esta manera, si la interpretación jurídica fuese un proceso inseparable de actividades evaluativas, se seguiría que no es posible identificar lo que las normas jurídicas exigen en un caso individual sin involucrarse en argumentos morales. En otras palabras, habría buenas razones para aceptar que la identificación del derecho depende de consideraciones morales.

Es necesario advertir que esta versión de la tesis de la autodestrucción se basa en dos afirmaciones diferentes. Por una parte, la interpretación del derecho requiere siempre el desarrollo de un argumento moral, y, por otra parte, la interpretación de las normas jurídicas es inevitable para determinar lo que el derecho dispone casos particulares. Es bien conocido que Hart rechaza la primera tesis[31], y, sin embargo, su posición acerca de la inevitabilidad de la interpretación no es siempre clara. Veamos este último punto con algún detalle.

Las autoridades jurídicas usualmente formulan sus normas en el lenguaje ordinario de una cierta comunidad. La comunicación entre autoridades y ciudadanos sería imposible si las palabras empleadas por las autoridades no tuviesen instancias claras de aplicación. La regulación del comportamiento mediante normas generales presupone que el significado de las palabras no está indeterminado y, como Hart ha enfatizado, 'es, en verdad, una condición necesaria para la existencia de un sistema jurídico que no toda regla esté abierta siempre a dudas en todos los puntos'[32]. De otra manera, las normas no servirían como guías de la conducta humana. Sin embargo, Hart recuerda que un margen de indeterminación está ligado a la regulación del comportamiento mediante normas generales. Así, él protesta con-

---

[30] Jeffrey Goldsworthy, 'The Self-Destruction of Legal Positivism', *Oxford Journal of Legal Studies* 10 (1990), p. 471.

[31] See, H.L.A. Hart, 'Positivism and The Separation of Law and Morals', op. cit., pp. 69-72.

[32] H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., p. 152.

tra la 'aplicación mecánica de las normas'[33], y concede que la textura abierta del derecho es responsable de la necesidad de la interpretación en, al menos, casos difíciles.

La textura abierta de los conceptos, según Hart, es una consecuencia de dos incapacidades de los seres humanos: el relativo desconocimiento del futuro y la relativa indeterminación de propósitos. Un ser omnisciente no enfrentaría, entonces, problemas de textura abierta. Sin embargo, es conveniente distinguir con claridad entre nuestras capacidades epistémicas y la precisión de nuestro lenguaje. En primer lugar, los límites de nuestro horizonte epistémico no son las únicas fuentes de vaguedad. En algunos casos, *decidimos* usar conceptos vagos a efectos de otorgar discreción a los interpretes del derecho. Segundo, y más importante, es claro que no toda situación inesperada es una instancia de textura abierta. Las reglas semánticas que fijan el significado de las palabras rara vez son construidas de tal manera de que sólo sirvan para clasificar situaciones sociales que han sido previamente anticipadas. Por supuesto, ello no quiere decir que no existan problemas de vaguedad o que nuestros defectos epistémicos no puedan resultar en problemas de textura abierta, sino más bien intento señalar que no existe una conexión necesaria entre vaguedad y conocimiento. Hart no distingue adecuadamente entre ambas situaciones, y por esa razón señala[34]:

> When the unenvisaged case does arise, we confront the issues at stake and can then settle the question by choosing between the competing interests in the way which best satisfies us. In doing so we shall have rendered more determinate our initial aim, and shall incidentally have settled a question as to the meaning, for the purpose of this rule, of a general word.

Sin embargo, no necesitamos decir que la solución de un nuevo caso siempre hace más preciso el significado de una palabra general. Consideremos un ejemplo famoso. Un grupo de patriotas desea introducir un tanque en un parque con el objetivo de construir un monumento. Supongamos que existe una norma que dispone que no se puede ingresar con vehículos al parque. Finalmente, asumamos que el legislador no ha tenido en cuenta esta situación. Según Hart, al resolver situaciones inesperadas, hacemos dos cosas: decidimos acerca de la calificación normativa de un cierto comportamiento y fijamos el significado de una palabra general. La solución de Hart se apoya en diversas razones, como por ejemplo, la dependencia del lenguaje de nuestras prácticas comunicativas, o la variabilidad del significado asociado a una misma palabra. En este último caso, parece sensato aceptar

---

[33] H.L.A. Hart, 'Problems of the Philosophy of Law' en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, op. cit., p. 106.

[34] H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., p. 129.

que la misma palabra 'vehículo' puede tener diferentes significados en una ley sobre seguros y en la norma que intenta preservar la tranquilidad en un parque. El pecado del formalismo consistiría, entonces, en suponer que la misma palabra siempre tiene el mismo significado con independencia del contexto en que ella es introducida. Por consiguiente, parece tentador sostener que las palabras que aparecen en una norma pueden variar de significado según sean los casos que deben ser decididos. Así, parece que nos enfrentamos con un argumento que nos invita a aceptar la siguiente conclusión: dado que una misma palabra puede tener diferentes significados en diferentes formulaciones normativas, también puede suceder que la misma palabra pueda tener diferentes significados en distintos casos que tengamos que resolver. De esta manera, podríamos concluir que el tanque no es un vehículo en el caso anteriormente considerado, pero que si la situación fuese diferente –y nada impide suponer que las cosas pueden ser diferentes– un tanque sería un vehículo.

Sin embargo, ¿debemos sostener que el tanque no es un vehículo en virtud de que hemos decidido que la norma no se aplica a este caso? Creo que la respuesta debe ser negativa. Como ha señalado Gerald MacCallum[35]:

> In judicial practice, it is very often true that to ask whether the rule applies is to ask whether to apply the rule. (Not surprisingly, applying a rule is like applying a word; considering whether a word applies is very often considering whether to apply the word.) But consider the distinction between the questions (a) Does the rule apply? And (b) Shall I apply the rule? Asking whether the rule applies is asking whether the circumstances of the case fall within the scope of the rule; a judge may know this and yet ask- shall I apply the rule?

Aunque la norma se aplica a ese caso en particular, todavía permanece abierta la cuestión acerca de si las autoridades deben aplicarla. Esta distinción no significa que la misma palabra no pueda tener diferentes significados en distintos contextos, sino más bien que una decisión acerca de su relevancia institucional para resolver un caso no es al mismo tiempo una decisión acerca de su *alcance*. ¿Por qué deberíamos sostener que, en casos difíciles, una vez que hemos tomado una decisión acerca de la solución del caso, también hemos resuelto la cuestión acerca del significado de una palabra? La explicación más plausible parece ser que los juristas usualmente asumen una conexión normativa entre normas y deberes judiciales. Así, normalmente se presupone que los jueces tienen que aplicar sólo normas aplicables para justificar sus decisiones. De esta manera, se sigue que cuando los jueces no deben aplicar una cierta norma, entonces no puede ser que ella

---

[35] Gerald MacCallum, 'On Applying Rules' en *Legislative Intent and Other essays on Law, Politics, and Morality*, p. 72, Marcus G. singer and Rex Martin, editors (Madison: The University of Winsconsin Press, 1993).

regule el caso en cuestión. En otras palabras, si la norma fuese aplicable, entonces ella debería ser aplicada.

Este presupuesto de que los jueces deben aplicar todas y únicamente a las normas aplicables está firmemente arraigado en el pensamiento jurídico, pero nos compromete con una extraña teoría del lenguaje, en la que preferimos decir que las palabras pueden tener un significado episódico (i.e. relativo a casos) antes que reconocer que no hemos aplicado una norma aplicable. Esta conclusión es sólo una versión más débil de la tesis antipositivista que vincula el alcance de una norma a su dimensión justificatoria. En este sentido, Goldsworthy afirma[36]:

> There are cases in which the application of a statutory provision, in strict accordance with the clear meaning of its terms, will produce an absurd or very unjust result, which the legislature can be assumed not to have intended; in such cases, the courts will usually refuse to give that meaning to the provision, holding that the law does not require this.

Como este párrafo pone de manifiesto, la justicia o injusticia del resultado parece ser el criterio final para determinar tanto el significado de una expresión así como también el alcance de una norma jurídica. Un positivista debe resistir esta conclusión , y ello significa que es necesario distinguir entre lo que una norma prescribe y lo que los jueces deben hacer. En el mismo sentido en que hemos distinguido a la validez de la fuerza vinculante, debemos separar la *identificación* de las normas de su *aplicabilidad*.

Sin embargo, ¿qué conexiones hay entre normas y casos? No es clara la respuesta que Hart proporciona a esta pregunta. Algunas veces, él concede que 'al aplicar normas jurídicas, alguien debe tomar la responsabilidad de decidir si las palabras cubren el caso en cuestión, con todas sus consecuencias prácticas'[37]. Hart también señala que 'las normas requieren interpretación para ser aplicadas a casos particulares'[38]. Su estrategia es mostrar que las palabras generales a menudo no ofrecen más guía que la que suministra un ejemplo. De esta manera, él trata de refutar al formalismo. Sin embargo, esta actividad interpretativa no se limita a la solución de casos difíciles, sino que juega un papel más importante. Así, Hart señala[39]:

> Rules cannot claim their own instances, and fact situations do not await the judge neatly labelled with the rule applicable to them. Rules cannot provide for

---

[36] Jeffrey Goldsworthy, 'The Self-Destruction of Legal Positivism', op. cit., p. 471.

[37] H.L.A. Hart, 'Positivism and the Separation between Law and Morals', op. cit., pp. 63-64.

[38] H.L.A., *The Concept of Law*, op. cit., p. 204.

[39] H.L.A. Hart, 'Problems of the Philosophy of Law' en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, op. cit., p. 106.

their own application, and even in the clearest case a human being must apply them.

Esta última cita sugiere que entre normas generales y casos individuales hay una 'abismo conceptual', que sólo la interpretación puede salvar. La razón es clara: si la necesidad de interpretar los textos jurídicos es una consecuencia de que los hechos no nos aguardan etiquetados al momento de la aplicación de las normas, entonces es necesario señalar que tanto en casos fáciles así como también en casos difíciles los hechos no ofrecen etiquetas que puedan servir para evitar el proceso interpretativo. No es necesario repetir los argumentos que los escépticos han formulado para mostrar que el derecho está radicalmente indeterminado, es decir, que la aplicación de normas sería –utilizando una conocida expresión de Kripke– un 'salto a ciegas'[40]. En particular, sólo es pertinente recordar que el objetivo de esta versión contemporánea del escepticismo se dirige a mostrar que el proceso interpretativo no puede eliminar la indeterminación del derecho. Dado que la interpretación sería básicamente la sustitución de una regla por otra, entonces nada garantiza que los problemas que surgen al conectar la primera regla con los hechos particulares no reaparezcan al analizar el alcance de la segunda regla. Por tanto, si la interpretación fuese el proceso que nos permite resolver la indeterminación que las normas generales padecen al momento de ser aplicadas a situaciones particulares, entonces no es fácil evitar las objeciones de los escépticos. En otras palabras, si hubiese una brecha conceptual entre normas y hechos, la interpretación no es el puente que nos permita resolver esta situación de indeterminación.

No analizaré, sin embargo, las objeciones del escepticismo radical ya que Hart no sugiere que la interpretación es un proceso necesario a efectos de precisar el alcance de una norma[41]. Una lectura más plausible de sus textos sugiere que Hart enfatiza que la aplicación de normas a casos particulares, al igual que otras acciones, está siempre abierta a evaluación moral. El hecho de que una norma válida regule un caso particular no debe ocultar la responsabilidad moral de decidir este caso. De esta manera, cuando Hart señala que en todo caso –fácil o difícil– es necesario tomar una decisión respecto a si una norma cubre un caso particular no debe entenderse una referencia al proceso de establecer el alcance de una norma. Más bien, lo que se enfatiza es que no es una exigencia de la moral la aplicación mecánica de una regla que puede producir un resultado injusto. Después de todo, si Hart

[40] Saul Kripke, *Wittgenstein on Rules and Private Language*, p. 55 (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1982).

[41] Sobre indeterminación lingüística y escepticismo radical, véase: Timothy Endicott, 'Linguistic Indeterminacy' in *Oxford Journal of Legal Studies* 16 (1996), pp. 667-697.

ha replicado a Radbruch afirmando que la pertenencia de una norma a un sistema jurídico no genera consecuencias prácticas, sería incoherente admitir que el hecho de que una norma válida regule un caso genera compromisos morales.

Consideremos, entonces, nuevamente la pregunta: ¿qué conexión hay entre normas y casos? Las normas correlacionan circunstancias abstractas o propiedades con soluciones normativas. Estas propiedades son, a menudo, denominados 'casos', pero ellos son *casos genéricos*, que no deben confundirse con los *casos individuales*[42]. Un caso individual es un evento particular que pertenece a un cierto universo del discurso. La diferencia entre ambos tipos de casos es paralela a la distinción entre 'el caso de asesinato político' y el asesinato de John Kennedy. Cuando proyectamos un conjunto de propiedades sobre un cierto universo del discurso, el resultado es una división de ese universo, i.e. unas clases de casos conjuntamente exhaustivas y mutuamente excluyentes. Por esta razón, podemos decir que un caso individual pertenece a uno y sólo uno de los casos genéricos. La solución normativa de todos los casos genéricos también resuelve todos los casos individuales. Por consiguiente, la relación entre normas y casos es *interna* o *conceptual* y esto significa que, al igual que la verdad de una proposición, ella no depende de creencias, actitudes o decisiones de los jueces. Aun cuando los jueces deben declarar si un caso individual pertenece a un cierto caso genérico, la relación entre ambos casos no depende de lo que dicen los jueces. El valor de verdad de la proposición 'Bruto mató a Cesar' no depende de la decisión de un juez. El hecho de que una sentencia sea necesaria para dar una solución institucional a un cierto caso individual no significa que ese pronunciamiento del juez también sea una decisión acerca del significado de las palabras.

La conclusión de mi argumento es que necesitamos separar el problema de la identificación del problema de la aplicabilidad de las normas jurídicas. La relación entre normas y sus instancias de aplicación es interna o conceptual, mientras que la relación entre las normas y su relevancia para justificar una decisión institucional es externa o normativa. La relevancia institucional de una norma depende de una serie de factores tales como su relación con otras normas superiores, principios jurídicos, la posición jerárquica del tribunal que resuelve el conflicto, etc. La confusión entre ambos conceptos es bastante frecuente ya que estas distinciones se encuentran enmascaradas por la ambigüedad de la expresión 'norma aplicable'. Así, esta expresión se usa tanto para referirse a los casos que ella regula como tam-

[42] Estas distinciones han sido tomadas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Normative System*, p. 28 (Wein-New York: Springer Verlag, 1971).

bién a la norma que debe ser aplicada para justificar una decisión institucional. De esta manera, es natural concluir que las normas que deben ser aplicadas son únicamente aquellas que regulan el caso en cuestión. Sólo cuando ambas nociones de norma aplicable son confundidas surge el problema que señalan los antipositivstas, es decir, la imposibilidad de separar la identificación de una norma de la evaluación de la conveniencia de aplicar la norma en un caso en particular. Pero, si se distingue claramente entre el alcance de una norma y su relevancia, podemos sostener sin incoherencias que una norma jurídica se aplica a un cierto caso y al mismo tiempo que ella no es aplicable. De igual manera, del hecho de que los jueces tengan que aplicar una norma a un cierto caso, no se sigue que ella realmente lo regule.

VII. Punto de vista interno y punto de vista externo

En mi análisis he procurado evitar la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo. Sin embargo, dado que algunos teóricos pretenden que esta distinción conduce a posiciones antipositivstas, consideraré brevemente otra versión de la tesis de la autodestrucción, que asume que la teoría del derecho es una teoría del derecho que da cuenta de las actitudes de los observadores y los participantes. Jeffrey Goldsworthy defiende esta posición en su interesante trabajo '*The Self-Destruction of Legal Positivism*'[43].

La conclusión de Goldsworthy es[44]:

> ...the intrinsically normative character of the internal point of view… cannot be reconciled with the primacy which both [Hart and Raz] attribute to law's factual aspect. This ultimately entails the self-destruction of positivism as a participant theory.

Lamentablemente, esta conclusión está infectada por algunas confusiones. En este trabajo sólo me concentraré en algunas distinciones que son necesarias para defender el programa positivista.

En la base del ataque de Goldsworthy encontramos la siguiente tesis: el positivismo jurídico sostiene que, tanto desde el punto de vista interno como del punto de vista externo, el derecho es una cuestión de hechos sociales. Desde un punto de vista externo, decir que una norma jurídica es válida es sostener que ella satisface la regla de reconocimiento de un sistema jurídico. Los observadores (i.e. aquellos situados en el punto de vista externo) describen mediante enunciados externos ciertos hechos sociales com-

---

[43] Jeffry Goldsworthy, 'The Self-Destruction of Legal Positivism' en *Oxford Journal of Legal Studies* 10 (1990).

[44] Jeffrey Goldsworthy, 'The Self-Destruction of Legal Positivism', op. cit., p. 452.

plejos, por ejemplo, que una norma ha sido promulgada por una autoridad competente. Pero, ¿qué hacen los participantes –i.e., aquellos que adoptan el punto de vista interno– mediante sus enunciados?, '¿Qué dicen ellos mediante los enunciados que afirman que las normas son válidas, y qué es considerado como fundamento de la verdad o falsedad de estos enunciados?' [45]. Su respuesta es que los participantes demandan obediencia a las normas del sistema, y que estas exigencies son de carácter moral. Así, él escribe[46]:

> A legal official or other person who accepts the legal system from the internal point of view, *demands* the obedience of all to whom its law apply, whether or not they have agreed to do so, either expressly or tacitly. From the internal point of view the law possesses an authority not claimed by the rules of any game or club, an authority not dependent on its being acknowledged by all concerned. It is doubtful that this kind of authority, and the demands and criticisms which issue from it, can be anything other than *moral* in nature. (Las cursivas son añadidas)

Parece claro, según esta cita, que los participantes no describen hechos sino que ellos demandan conformidad a ciertos estándares y critican conductas que no satisfacen esas exigencias. Los enunciados internos expresan estas exigencias y críticas, y –según Goldsworthy– éstas son actitudes morales. Antes de considerar la naturaleza moral de estos enunciados, quisiera destacar que no tiene sentido sostener que las *exigencias* o *demandas* son verdaderas o falsas. Ellas pueden ser justas, razonables, o eficaces, pero dado que no describen nada, ellas no son verdaderas ni falsas. Por el contrario, los enunciados externos son verdaderos o falsos, y no tiene sentido predicar de ellos obediencia o desobediencia.

La fuente de la confusión de Goldsworthy es la afirmación de que los participantes y los observadores describen los mismos hechos mediante enunciados internos y enunciados externos, respectivamente. Un enunciado externo, por ejemplo, dice que una cierta norma satisface la regla de reconocimiento. Un enunciado interno exige obediencia y expresa actitudes críticas. Por consiguiente no es verdad que ambos enunciados den cuenta de la existencia de los mismos hechos.

Tal vez, Goldsworthy sólo afirma que la diferencia entre participantes y observadores es que ambos manifiestan diferentes actitudes no-cognoscitivas hacia las normas jurídicas. Por ejemplo, según esta interpretación de las afirmaciones de Goldsworthy, cuando los participantes afirman que una norma es válida, ellos no sólo dan cuenta de un cierto hecho contingente, e.g. la relación entre la norma y la regla de reconocimiento sino también ex-

[45] Jeffrey Goldsworthy, 'The Self-Destruction of Legal Positivism', op. cit., p. 453.

[46] Jeffrey Goldsworthy, 'The Self-Destruction of Legal Positivism', op. cit., p. 456.

presan su aceptación de las normas válidas. En este sentido, Hart parece estar de acuerdo con esta estrategia de análisis ya que sostiene[47]:

> I fail to allow for the important distinction between the relatively constant meaning or sense of a sentence fixed by the conventions of language and the varying 'force' or way in which it is put forward by the writer or speaker on different occasions. 'There is a bull in the field' has the same meaning or content whether it is intended by the author as an answer to requests for information or as a warning or hypothesis.

Según esta reconstrucción, el *mismo enunciado* (e.g. hay una norma válida en el sistema jurídico) puede ser usado descriptivamente o prescriptivamente. Aunque esta estrategia parece atractiva, la solución que ofrece no es convincente. En primer lugar, borra la distinción entre *enunciados* internos y externos. Dado que la fuerza normativa sólo se expresa mediante factores pragmáticos, no hay diferencia en el nivel de los enunciados. En segundo lugar, y más importante, las actitudes normativas, como demandas y exigencias, muestran compromisos morales solamente cuando las razones que se invocan en apoyo de ellas son de índole moral. Por consiguiente, a efectos de constatar la naturaleza moral de estos enunciados, hay que analizar las actitudes de quienes se encuentran en el punto de vista interno. Sólo en un sistema jurídico patológico el punto de vista interno es adoptado únicamente por sus funcionarios. En sistemas normales, los participantes pueden ser todas aquellas personas que aceptan a las normas jurídicas como pautas de comportamiento. Por ejemplo, supongamos que un abogado aconseja a su cliente para la ejecución de un cierto acto jurídico, e.g. un contrato de leasing. Ella puede decir: 'Hay una norma válida concerniente a las formalidades de este tipo de contratos que no podemos ignorar'. ¿Expresa este enunciado un compromiso moral? Al igual que Hart, creo que la respuesta tiene que ser negativa. Es difícil comprender en qué entido la verdad del enunciado 'existe una norma válida en el sistema jurídico' puede expresar por sí mismo una razón moral. Obviamente, *otra razón moral* puede otorgar alguna relevancia al hecho de que una norma pertenece a un sistema jurídico. Así, Hart sostiene que 'ningún positivista ... negaría que derechos y obligaciones jurídicas que surgen de principios morales adecuados pueden proporcionar al menos razones morales *prima facie* para la acción y su aplicación'[48]. Sin embargo, esta es sólo una situación contingente, y este hecho no puede probar que los enunciados internos siempre involucra un compromiso moral.

---

[47] H.L.A. Hart, 'Introduction' en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, op. cit., pp. 4-5.

[48] H.L.A. Hart, 'Comment to Ronald Dworkin' in *Issues in Contemporary Legal Contemporary Legal Philosophy*, p. 42 (Oxford: Oxford University Press, 1987).

VIII. La justificación de las decisiones judiciales

Goldsworthy parece creer que los jueces siempre precisan invocar razones morales para justificar sus decisiones institucionales. De esta manera, al menos los enunciados internos de los jueces serían necesariamente de índole moral. Su afirmación está basada parcialmente en su manera de ver la función del razonamiento jurídico. Así, él afirma[49]:

> The function of legal reasoning is to determine when these actions [judicial decisions] are *justified*, and so the ultimate norms upon which that reasoning is based must somehow be self-justifying.

Desafortunadamente, dado que Goldsworthy no distingue la justificación moral de la justificación jurídica, su conclusión presupone lo que es objeto de debate. Este error de Goldsworthy es bastante frecuente en la filosofía jurídica contemporánea. Dado que se asume que la única justificación posible de las acciones es la que proporcionan las normas morales, se concluye que las normas jurídicas no pueden proporcionar, por ellas mismas, justificación alguna a las decisiones institucionales. En otras palabras, la justificación jurídica sería sólo una 'pseudo-justificación'. De esta manera, lo que tradicionalmente se entiende como 'justificación en derecho' de una decisión institucional sería imposible de analizar para un positivista. Aceptar que la única justificación de acciones y decisiones es la justificación moral conduce a un positivista al siguiente dilema: O bien, la justificación jurídica sería imposible, o bien se adoptan implícitamente posiciones ideológicas incompatibles con el positivismo conceptual. En el primer caso, la justificación mediante normas jurídicas sería sólo una confusa manera de hablar ya que estas normas carecen de capacidad para otorgar una cualidad moral a las acciones que ellas regulan. En el segundo caso, si se admite que las normas jurídicas justifican decisiones institucionales entonces previamente se ha asumido que esas normas, por el mero hecho de ser jurídicas, tienen un valor moral.

Creo que es necesario rechazar el presupuesto que genera esos problemas, es decir, no se debe admitir sin discusión que la única justificación posible de una acción es la justificación moral. Por supuesto, esto no significa negar que las razones morales son razones últimas o que el razonamiento práctico tiene eventualmente una unidad peculiar. Ésta es una discusión diferente. Aquí sólo interesa señalar que esta subordinación conceptual de las diversas nociones de justificación a la justificación moral sería tan extraña como la propuesta que sostuviese que la noción de bondad moral es la única noción verdadera o correcta de 'bueno'. De esta manera, se debería

[49] Jeffrey Goldsworthy, 'The Self-Destruction of Legal Positivism', op. cit., p. 456.

concluir que otras formas de la bondad como técnica o instrumental serían sólo maneras confusas de expresarse, o bien que estas otras nociones de bondad serían sólo 'pseudo-bondades'.

Por supuesto, no existe pecado alguno en reformular los conceptos de la manera que consideramos que tiene mayor utilidad en nuestras reconstrucciones, y no habría inconveniente conceptual en adoptar la propuesta de reducir las diferentes nociones de justificación a la justificación moral. Creo, sin embargo, que es sensato rechazar esta invitación. En primer lugar, la tarea del filósofo no es reformar el lenguaje sino ayudarnos a comprender algunas perplejidades que se generan por una deficiente articulación de intuiciones relevantes. En segundo lugar, el hecho de que reservemos la expresión 'justificación' para la aplicación de normas morales no modificaría la práctica de invocar normas jurídicas como fundamento de las decisiones institucionales. En tercer lugar, la justificación moral de una decisión exige identificar a las normas morales apropiadas, es decir, no basta con la *creencia* de los jueces en la corrección moral de una norma, sino que, a efectos de justificar su decisión, sus creencias en esa corrección tiene que ser verdadera. Así, a menos que se proporcione un método de decisión para establecer el valor de verdad de las creencias morales, la tesis de la justificación moral sería vacua.

Los antipositivistas suelen responder a estas críticas de la siguiente manera: la naturaleza moral de una norma se identifica por ciertas propiedades que se le atribuyen en el razonamiento práctico, e.g. superviniencia, generalidad, abstracción, etc. De esta manera, continua el argumento, es necesario indagar en la estructura del razonamiento práctico de los jueces si estas normas morales son premisas conceptualmente necesarias para su conclusión. En otro trabajo, he abordado con cierto detalle este argumento y no es necesario repetir aquí los argumentos[50]. Sólo me limitaré a recordar que esta tesis de conexión necesaria entre derecho y moral enfrenta al menos tres dificultades:

En primer lugar, es usual señalar que las premisas de un razonamiento práctico son razones para la acción. Entre estas premisas, es preciso distinguir entre razones operativas y razones auxiliares. Las razones operativas son aquellas que (i) permiten otorgar relevancia práctica a la conclusión y (ii) no son superfluas en un argumento lógicamente concluyente. Una premisa es superflua en un argumento lógicamente concluyente cuando ella no es condición necesaria, suficiente o contribuyente para la conclusión. Una vez que se despliega el razonamiento justificatorio que sugieren los antipo-

[50] José Juan Moreso, Pablo E. Navarro y Cristina Redondo, «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial», en Doxa, 11 (1993), pp. 247-262.

sitivistas se advierte que la norma jurídica y las descripciones de ciertos hechos son condiciones necesarias y suficientes para garantizar la conclusión. Es decir, las 'normas morales', i.e. estas normas últimas, cuya naturaleza moral está asociada a ciertos rasgos formales, son irrelevantes o superfluas desde el punto de vista de un argumento lógicamente concluyente.

La confusión del antipositivista surge de una falta de adecuada distinción entre los elementos conceptuales asociados a los argumentos justificatorios y los aspectos psicológicos inherentes a la aceptación de las normas jurídicas y el proceso de decisión de aplicación de normas. De esta manera, los antipositivstas argumentan que las normas son entidades proposicionales, que sólo pueden ser introducidos en un razonamiento práctico por razones morales. Sin embargo, esto es una confusión entre las razones (i.e. las normas jurídicas) que justifican la conclusión de un argumento y las razones para involucrarse en ese argumento justificatorio (i.e., las razones morales o prudenciales para justificar la aplicación del derecho).

En segundo lugar, estas normas últimas no son necesariamente aquellas normas que una moral crítica identificaría como pautas correctas de comportamiento. Hay que recordar que la principal razón para reducir el concepto de justificación a la noción de justificación moral era la exigencia de no admitir como justificadas ciertas decisiones que podrían ser aberrantes desde el punto de vista moral. Sin embargo, esta conexión entre derecho y moral no puede garantizar esta exigencia. Por el contrario, parece comprometer con la conclusión exactamente opuesta. Dado que la justificación jurídica sería sólo un caso especial de justificación moral, entonces cualquier decisión institucional tendría alguna fuerza moral. Por consiguiente, ahora sería necesario distinguir entre las decisiones justificadas según la *moral crítica* y aquellas decisiones que están justificadas moralmente *simpliciter*..

Finalmente, aunque fuese posible dar cuenta de las objeciones señaladas anteriormente, todavía habría que seguir insistiendo en la distinción entre 'justificación jurídica' y 'justificación moral'. Esta distinción es necesaria para distinguir aquellas decisiones judiciales equivocadas por una aplicación deficiente del derecho, e.g. el juez aplica una norma que se encuentra derogada, de aquellos casos en que los jueces aplican correctamente el derecho. En ambos casos, según la tesis antipositivista, el juez basaría sus decisiones en normas últimas, i.e. 'de naturaleza moral'. Sin embargo, como muestra el ejemplo, todavía sería necesario usar otro criterio que permita distinguir entre decisiones jurídicamente correctas y decisiones arbitrarias.

La noción de justificación jurídica intenta recoger el conjunto de criterios necesarios para dar cuenta de la última objeción que hemos señalado. Por esta razón, es conveniente desde el punto de vista teórico y adecuado con la práctica que se intenta reconstruir, distinguir entre justificación jurí-

dica y justificación moral. Un positivista rechaza una conexión conceptual entre ambas justificaciones, y es posible sostener que una de las principales funciones del razonamiento jurídico es determinar cuando las acciones institucionales, como las decisiones judiciales, están *legalmente justificadas*. Para proporcionar una justificación jurídica es completamente irrelevante que se invoque una norma fundamental, que tenga un contenido moralmente evidente. Pero, sin embargo, es preciso invocar una *norma jurídica*. De igual manera, cuando Goldsworthy afirma que 'más allá de si esas normas fundamentales son consideradas jurídicas, ellas seguramente deben ser normas morales'[51], un positivista puede responder: 'más allá de si estas normas fundamentales son consideradas morales, ellas seguramente deben ser *jurídicas*'. Finalmente, mientras Goldsworthy sostiene que 'las normas que son únicamente jurídicas, y no tienen una fuerza extra-jurídica (e.g. fuerza moral), también fracasarían para justificar una acción judicial'[52], la respuesta del positivista podría ser: 'Las normas que tuviesen únicamente cualidad moral, y no tuviesen otra propiedad como por ejemplo, ser jurídicamente válidas, fracasarían para justificar jurídicamente una decisión judicial'.

No intento negar que las normas morales son algunas veces importantes para determinar la validez de las normas jurídicas. Sólo deseo mostrar que la invocación de normas morales por parte de los jueces no juega un papel necesario en la justificación de las decisiones judiciales. Si la justificación jurídica está estrechamente conectada a la validez de las decisiones judiciales, entonces, una reconstrucción positivista parece estar en mejor posición para explicar esta conexión. Las creencias morales de los jueces (y la calidad moral de las normas que ellos invocan) son irrelevantes en una discusión de la validez de una sentencia. Los sistemas jurídicos no permiten revisar una decisión judicial por el *mero hecho* de que la sentencia sea moralmente injustificable o porque el juez no comparta la cualidad moral de la norma que ha aplicado. Más aún, esta irrelevancia de las normas morales y las opiniones morales de los jueces contrasta claramente con el hecho de que la principal razón para cuestionar la validez de una sentencia es que carece de un apropiado fundamento jurídico, e.g. no se ha aplicado una norma válida y aplicable que claramente regulaba el caso.

Esta conclusión está lejos de ser una refutación completa de los argumentos de Goldsworthy, pero espero que nos ayude a comprender que la auto-destrucción del positivismo jurídico no se sigue inevitablemente de la distinción entre punto de vista interno y punto de vista externo.

---

[51] Jeffrey Goldsworthy, 'The Self-Destruction of Legal Positivism', op. cit., p. 456.

[52] Jeffrey Goldsworthy, 'The Self-Destruction of Legal Positivism', op. cit., p. 457.

IX. Conclusiones

En este trabajo he considerado hasta que punto la tesis de la auto-destrucción amenaza al positivismo jurídico. En particular, he sostenido que los problemas para el positivismo jurídico surgen principalmente de una doctrina que pretende que las normas válidas son moralmente vinculantes. Un enfoque descriptivo del fenómeno jurídico debe resistir la influencia de esta doctrina. Es interesante señalar que algunos antipositivistas consideran inútil esta concepción del positivismo jurídico. Por ejemplo, Dyzenhaus dice[53]:

> … it follows that legal positivism…has no role to play in political debates about the role of judges in society. Thus it seems that legal philosophy, at least as conceived by legal positivism, is an even more esoteric pursuit than its critics suppose it to be. It would have, for example, next to nothing to say about debates that rage in England and North America about the appropriate role of judicial review in public law.

No creo que desde las premisas positivistas sea imposible extraer conclusiones interesantes acerca de debates importantes como los que menciona Dyzenhaus[54]. Sin embargo, concederé este punto a los fines de la argumentación. ¿Sería realmente desalentadora esa conclusión? Una buena respuesta a esta pregunta debe advertir que el positivismo jurídico está firmemente anclado en dos tradiciones filosóficas diferentes. Por una parte, el positivismo está ligado a una tradición racionalista y empirista, que conecta la ciencia jurídica a un programa descriptivo y valorativamente neutral. Por otra parte, el positivismo jurídico está vinculado a una tradición política, que enfatiza que el derecho está siempre abierto a cuestionamientos morales. Según la primera tradición, es necesario preservar una estricta separación entre descripción y prescripción, conocimiento y evaluación, ciencia y política. Según la segunda tradición, es necesario resistir que las prescripciones promulgadas por una autoridad eficaz siempre ofrecen una razón moral para la acción. Aun si la filosofía jurídica contemporánea algunas veces parece estar únicamente interesada en esta segunda tradición, es importante remarcar que la primera tradición también merece un cuidadoso análisis. Problemas filosóficos importantes como la estructura jerárquica de los sistemas jurídicos, el carácter dinámico del derecho, o la naturaleza de los sistemas jurídicos son centrales para el esquema conceptual de la ciencia ju-

---

[53] David Dyzenhaus, 'The Legitimacy of Law: A Response to Critics' en *Ratio Iuris* 7 (1994), p. 81.

[54] Véase, por ejemplo, Joseph Raz, 'On the Authority and Interpretation of Constitutions' en *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, pp. 152-193, Larry Alexander, editor (Cambridge, Cambridge University Press, 1998).

rídica. La contribución del positivismo jurídico al análisis y solución de estos problemas es difícil de negar. Por consiguiente, aun si fuese verdad que el positivismo jurídico no tuviese nada interesante que decir acerca de problemas como la revisión de la constitucionalidad de las leyes, sería una grosera equivocación concluir que el positivismo no tiene nada interesante que decir acerca de ningún problema de filosofía jurídica.

Mi conclusión es modesta. Principalmente nos recuerda que el conocimiento del derecho es diferente de una respuesta moral a la pregunta sobre la fuerza moral de las normas. La tesis de la auto-destrucción no se sigue de la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral o la tesis de las fuentes sociales. Sin embargo, como Hart señaló acerca de otros errores en teoría del derecho[55], la tesis de la auto-destrucción es a la vez iluminadora y una fuente de perplejidades.. En particular, esta tesis muestra que la tentación de decir 'algo más sustantivo' acerca de la validez jurídica y la existencia de las normas debe ser firmemente resistida por un positivista conceptual. En este sentido, podemos concluir con una afirmación de Michael Hartney acerca de la naturaleza del positivismo jurídico[56]:

> Legal positivism is simply a theory about what counts as law and nothing else: only rules with social sources count as legal rules. It is not a linguistic theory, a moral theory or a theory about judge's moral duties. Some theorists may be legal positivists because they are moral skeptics or utilitarians or political authoritarians or because they believe that all laws are commands, but none of these theories are part of legal positivism.

[55] H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, op. cit., p. 2

[56] Michael Hartney: 'Dyzenhaus on Positivism and Judicial Obligation' en *Ratio Iuris* 7 (1994), p. 49

REHABILITACIÓN DEL NO-SABER EN LA ACTUAL TEORÍA DEL DERECHO. EL *BLUFF* DWORKIN*

(Retorno al realismo ingenuo y apogeo del efecto-Vicente, lanzados por una reencarnación más del Prof. Beale)

Enrique P. Haba
Universidad de Costa Rica

> *... the fairy tale of a pot of golden law which is already in existence and which the good lawyer* [Hércules] *can find, if only he is sufficiently diligent; the phantasy of an æsthetically* [p. ej., como en una novela] *satisfactory system and harmony, consistent and uniform, which will spring up when we find the magic wand of a rationalizing principle.*
>
> J. FRANK
> (*Law and the Modern Mind*, 1930)

Síntesis.* —** El presente trabajo se ocupa del caso-Dworkin, visto el sorprendente eco obtenido por ese autor. Son examinadas sus tesis *metodológicas*, pero el objetivo central no es abocarse a «refutarlas» (cosa más bien superflua, dado el carácter bastante trivial de ellas mismas y el superficial nivel de los razonamientos con que él las apoya), sino que aquí se trata principalmente de hacer ver cuatro cosas. ***a) Dworkin no agrega prácticamente nada al *corpus* mismo de conocimientos que han ido conformando la Teoría del Derecho, antes bien se queda muy por debajo de estos; en particular, ignora casi todos los planteamientos fundamentales presentados en numerosos estudios (incluso los de autores muy citados internacionalmente) respecto a las cuestiones epistemológicas esenciales implicadas en las cuestiones básicas del método jurídico. ***b)*** Sus ideas están fundamentalmente centradas en torno a una reiteración más del habitual *Basic Legal Myth*, «*one* right answer»; pa-

* Este estudio es una versión *muy* abreviada de un pequeño libro que tengo escrito desde 1998. He golpeado varias puertas en mi afán de darlo a conocer precisamente en España, pero en vano. Han resultado ser demasiado poderosas las resistencias que la franqueza del texto levanta en quienes, de una u otra manera, se sienten «tocados» por él o prefieren no indisponerse con estos mismos. Sin embargo, no me resigno a claudicar de desenmascarar lo de Dworkin justamente en España, el principal centro de la Teoría del Derecho en lengua castellana. Ante la imposibilidad de publicar el libro, he preparado la presentación actual, donde encojo sensiblemente las argumentaciones y pruebas reunidos en aquel, para que así pueda salir a luz, a través de *DOXA*, al menos esta versión mínima.

ra ello recurre a un típico ensueño racionalista («constructive model»), montado sobre el espejismo corriente de que las respuestas jurídicas se obtendrían de un *sistema* perfectamente unitario proporcionado por el derecho nacional («the principle of unity in law»). ***c)*** Su argumentación propugna un *realismo ingenuo* (especialmente bajo modos del naturalismo lingüístico), combinado con la fe en un «cielo» normativista, como forma de conocer «en serio» el derecho. ***d)*** No se ve cómo la celebridad internacional de que goza Dworkin pudiera ser consecuencia del contenido mismo de sus escritos; semejante éxito obedece esencialmente, al menos fuera del mundo académico anglosajón, al *efecto-Vicente* (sumisión a la moda). — No es cuestión de agregar aún tales o cuales observaciones sobre estas «nuevas» vestimentas, que han provocado tantos y tan meticulosos comentarios en el Imperio Vicente, sino romper el silencio sobre el hecho de que su Emperador se pasea desnudo.

1. Apreciación global

Tant de bruit pour une omelette (au lard)*!*

Desde que, aguijoneado por tanta publicidad en torno al jurista usamericano Ronald Dworkin, también yo caí en leer su *Taking Rights Seriously* (1977/78, 1984), no he logrado salir de mi asombro. ¡Y no es de admiración! Lo que me tiene estupefacto, es que una obra como *esa* haya obtenido consideración en amplios círculos académicos. Es cierto que luego Dworkin publicó además algunos otros desarrollos, pero el pecado original de la inusitada acogida dispensada a los escritos de ese autor reside, justamente, en la cándida recepción acordada a la «seriedad» de las tesis centrales que él lanzó al mercado en aquel primer libro. Por eso el presente examen se centra en esa obra precisamente, pues es ella, ni más ni menos, la piedra angular de donde resultó que los escritos de su autor –dijera lo que dijera, de allí en adelante– sean tomados «en serio», como si semejante crédito fuera la cosa más obvia del mundo.

No dejo de sentirme incómodo, y hasta un tanto avergonzado, por venir a contribuir yo también, mediante el presente examen, a llevar y traer el nombre de dicho autor (*¡mea culpa!*). Reconozco que ponerse a contraargumentar frente a sus puntos de vista es llover sobre mojado, las objeciones fundamentales se conocen desde mucho antes de aparecer él en escena[1]. Y

[1] Sin embargo, Calsamiglia ha enumerado una lista de razones que él subraya para contestar afirmativamente a la pregunta: «¿Por qué es importante Dworkin?» (1984, 25-26; 1985, 164). Pero lo que más llama la atención en tal lista, que según Calsamiglia proporciona un repertorio de tesis plenas de «novedad» y «radicalismo» (1984: 25), es que todo cuanto ella contiene son puntos de vista muy conocidos desde tiempo atrás. La «originalidad» de Dworkin

ni siquiera sus errores son muy especiales, a diferencia de, por ejemplo, las divagaciones de Rawls. En cuanto a las afirmaciones donde acierta, resulta que, cuando no son triviales, suelen quedarse muy por debajo en perspicacia de lo que al respecto había sido advertido por otros autores desde tiempo atrás[2]. (Si comparamos, por ejemplo, un curso universitario como el que Llewellyn diera en Alemania en 1930/1931 [publ. 1977] con el libro de Dworkin, es como saltar de los estudios de Max Weber sobre la religión a la enseñanza del catecismo por el señor cura de la aldea[3].)

Lo inusitado del caso no son las tesis mismas sostenidas por ese autor, lo sustancial de ellas es demasiado conocido desde mucho tiempo atrás, sino la superficialidad con que él resuelve la cuestión de justificar tales opiniones. Resulta asombroso que en la actualidad, en plena época del «giro lingüístico» en las ciencias sociales, puedan estimarse como de alto valor unos estudios que, si por algo se caracterizan, es ante todo por DESconsiderar los rasgos *lingüísticos* más elementales que tienen los discursos normativos formulados en lenguajes naturales: ambigüedades y vaguedades, usos persuasivos, empleos contradictorios y opciones de comprensión, funciones extracientíficas en general y dinámica social real de esos discursos, desfases entre semántica y pragmática lingüística, etcétera.

Dadas las candideces que sin vacilación son acogidas por Dworkin, resulta patente que él, no menos que el jurista común (abogados, jueces, doctrina jurídica, etc.), no está al tanto de unos conocimientos elementales sobre la naturaleza del lenguaje humano en general[4], a pesar de haber sido subrayados inclusive en estudios muy conocidos acerca del derecho[5]; así como olímpicamente desatiende unos saberes no menos elementales del pensamiento sociológico, la ciencia política, etc. Tal orfandad de su horizonte

---

consiste, si se quiere, en atreverse a retomarlos sin tener en cuenta los principales conocimientos ya alcanzados sobre esos temas en toda clase de estudios publicados previamente (ni siquiera considera los de autores muy conocidos).

[2] Cf., entre otros, trabajos tan conocidos –no digo que para Dworkin– como los dedicados a esos asuntos por gente como Jhering, Gény, Kantorowicz, Radbruch, H. Heller, C. Schmitt, Frank, Llewellyn, Del Vecchio, Betti, G. Williams, A. Ross, Coing, Engisch, Perelman, Bobbio, Gadamer, Esser, Villey, Carrió, etc., etc. (Claro que estos autores no se dedicaron a reformular unas banalidades.)

[3] O bien, para mencionar estudios menos lejanos a los del propio Dworkin: véase qué simplistas son sus consideraciones frente a lo que supieron calar unos análisis como los de Esser (1956, 1970; y cf. Haba 1999) y compárese la «seriedad» de Dworkin con, por ejemplo, un verdadero *estudio* sobre lo «concreto» y lo «abstracto» en el pensamiento jurídico (Engisch 1968).

[4] Esto cambia un poco, pero no substancialmente (ya lo veremos), en Dworkin 1985a y 1985b.

[5] Cf., p. ej.: Williams (1945/46), Ross (1958: cap. IV), Carrió (1965). Estos rasgos fundamentales del lenguaje, explicados en infinidad de publicaciones, son alegremente pasados por alto, una y otra vez, en razonamientos como los de Dworkin.

teorético se manifiesta no sólo por cuanto hace a toda investigación presentada en otro idioma que no sea el inglés, por más internacionalmente renombrados que sean sus autores, sino que ni siquiera parece estar enterado, o lo disimula muy bien, de cuanto se señala en fundamentales estudios al respecto publicados hasta en dicha lengua. (Si Galileo había pensado que el alfabeto usado por Dios para escribir el mundo está hecho de cifras matemáticas, hoy tiende a imponerse una convicción diferente: muchos dan por descontado, como seguramente Dworkin, que Él debe de haber formulado Sus Claves en inglés.)

Leyendo sus planteamientos sorprende, en especial, topar ahí con un desconocimiento tan abrumador respecto a los estudios analíticos de metodología jurídica y sobre las investigaciones empíricas de sociología del derecho. Las vías argumentativas de que se vale Dworkin consisten primordialmente en recursos típicos de los abogados litigantes:

– utilización de conceptos jurídicos indeterminados, entre los cuales desempeñan rol principal unas fórmulas vacías (*Leerformeln*) persuasivas –principio de «unidad», etc.–;

– fundamentación mediante peticiones de principios y aceptación simplemente dogmática de las ideas básicas;

– platonicismo normativista como principal técnica general de examen, con omisión de todo *test* propiamente empírico para ver cómo los criterios postulados funcionan en la realidad práctica;

– énfasis principal reservado a unas controversias terminológicas, con base en la tendencia general a pasar por alto la diferencia clave entre cuestiones de hechos y cuestiones de palabras;

– falta de distinción entre «es» y «debe»;

– recepción espontánea de universos simbólicos propios del pensamiento social vulgar («justicia» y «equidad», «comunidad» de «todos» los ciudadanos, etc.), a los cuales sin ninguna precaución analítica él recurre como asiento de las tesis propugnadas (pasando por encima de precisiones decisivas que la sociología, la psicología, la lingüística, etc., han aportado para desmistificar el uso de esos términos);

– etcétera, etc....

Así, el tipo de exámenes ofrecido por nuestro autor queda confinado, en general, a no salirse del cielo en que se mueve la propia dogmática jurídica. De lo que en ellos se trata, al fin de cuentas, es de encapsular el pensamiento de modo tal que conserve incuestionado el horizonte de los hábitos de razonamiento aceptados para alegar o sentenciar en los tribunales de justicia.

Sin embargo... ¿hay de qué extrañarse tanto? ¡Quién sabe! Después de todo, no deja de ser cierto que «en la filosofía y en disciplinas emparentadas con esta, un pensamiento flojo promete a menudo éxito más grande que

una práctica racional del conocimiento expuesta al examen crítico» (Albert 1994: 32, trad. E.P.H.). No sé qué ejemplo más demostrativo que la «seriedad» de Dworkin pueda señalarse para comprobar tal cosa, por lo que hace en particular a la Teoría del Derecho.

* * *

Estimado lector, no piense que le invito a creer simplemente bajo mi palabra lo que vengo diciendo. Me atrevo a sugerirle, es cierto, que no avale así como así lo del Sr. Dworkin. Pero desconfíe igualmente –y todavía mucho más, si le parece– de mí mismo. No apuesto a otra esperanza que la siguiente: que usted no será insensible a una presentación de *pruebas* (si es que puede haberlas en esta materia) y en general a argumentos *no* dogmáticos, a pesar de que tanto las unas como los otros tendrán que luchar por salir a flote contra un maremoto de credenciales Vicente.

2. El efecto-Vicente

(Cuando el no-estar-enterado es carta de triunfo –si lo publicitan en inglés–)

Es verdad que lo de Dworkin es objeto no sólo de entusiastas recepciones; ha recibido también considerable cantidad de críticas, no poco justificadas. Empero debiera llamar la atención que incluso estas, por lo general, se montan de antemano en la cáscara de banana decisiva: presuponen, sin más, que lo expuesto por un *best seller* no puede menos –*¿Adónde vas Vicente?/¡Adonde va la gente!*– que constituir un estudio bien «serio» sobre los temas considerados, sea o no que uno concuerde con cuanto el personaje afamado tenga a gusto hacer publicar. Estamos, pues, ante lo que bien cabe llamar un *efecto-Vicente* alrededor de Dworkin[6]. El credo Vicente hace *a priori* objeto de especial consideración a cuanto venga promocionado (libros, revistas especializadas, congresos, etc.) a escala internacional. A ello no son menos sensibles los intelectuales, en su propio campo, que cualquier hijo de vecino, en otros, cada quien respecto a su propio ambiente. Actualmente basta con que un escritor sea mencionado bastante por publicaciones difundidas en lengua inglesa. Esto alcanza y sobra para asegurar que tam-

[6] Por ejemplo, la mayoría de los estudios reunidos en el *Homenaje* publicado en Chile (AA.VV. 1993) supieron inclinarse *a priori* ante esa fe Vicente: reconocieron, por lo menos implícitamente (y, casi todos ellos, hasta explícitamente), la «seriedad» de los exámenes ofrecidos por Dworkin. Es verdad que algunos entre los autores de esos estudios no pudieron dejar de advertir, a pesar de todo, la notoria endeblez teorética que tiene el pensamiento de su homenajeado: cf. esp. las críticas de Roberto J. Vernengo, Luis Prieto Sanchís, Antonio E. Pérez Luño, Oscar L. Sarlo y Agustín Squella. Pero aun estos críticos rinden su homenaje al «bluff» mismo, en cuanto que ninguno de ellos se atrevió a decir que, al fin de cuentas, lo que merece atención no son especialmente los errores mismos de Dworkin, sino el hecho de aceptar que unos desarrollos como esos puedan ofrecer, a pesar de todo, un valor teorético realmente destacable (aunque fuere, digamos, como intento fallido).

bién en otros medios sea tomado «en serio» con gran preferencia, y automáticamente, lo que reciba esa bendición por parte del *marketing* editorial.

El motivo principal de molestarme, y molestar a otros, en escribir el presente trabajo, es abogar por la irreverencia propia del *sapere aude*, en este caso por lo que hace a la Teoría del Derecho. Esto implica ubicarse, justamente, en el polo opuesto de la actitud-Vicente ante la putativa seriedad de *Taking Rights Seriously*. Pues lo fundamental no es simplemente acertar a «rebatir» las perspectivas metodológicas ofrecidas por Dworkin (hacerlo es poco menos que redescubrir el agua tibia), sino percatarse, antes que nada y por encima de todo, de que estamos esencialmente ante un lanzamiento sin otra credencial de «seriedad» que su poder de convocatoria vicentiano[7]. Por eso mi crítica irá enfocada sobre todo, como ya señalé, hacia las tesis centrales presentadas en *ese* libro justamente, pues ni más ni menos que de *ahí* mismo emana la injustificada nombradía de su autor.

Nota: *¿Un «nuevo» Dworkin?.–*

No ignoro que en 1986 dicho autor dio a conocer un nuevo libro, bastante comentado también, y hasta otro más en 1996; posiblemente hay bastante más. Pero considero que suficiente homenaje he rendido ya al clamor Vicente con haberme leído de punta a punta la obra inicial; pido perdón por no malgastar mi tiempo en examinar aún si, por azar, en otros sitios nuestro autor llega a decir cosas menos repetitivas. Por lo demás, ni en algunos comentarios sobre el libro de 1986 (con los cuales me ha ocurrido tropezar a pesar de todo), ni en un capítulo que él había adelantado (1985a) y que sí llegué a leer, he hallado motivos para cambiar de opinión (ni tampoco por la referencia o lo de 1997: *infra*, nota 19). Si bien, a juzgar por dicho capítulo, tengo la impresión de que el segundo libro tal vez sea, al fin de cuentas, algo más interesante que el anterior, o en todo caso menos desinformado, no veo por qué, si no es en virtud del efecto Vicente consolidado antes, quepa prestarle atención especial. Por ejemplo, ahora Dworkin ha conseguido descubrir (¡felicitaciones!) la existencia de lo que denomina «la picadura del dardo semántico» (1985a, 73; 1985b, 86). Incluso llega a introducir ciertos matices atenuantes a su tesis *one right answer* (1985a: 68-69), esta se transforma ahora en «la *mejor* interpretación» (*ibíd.*: 51, 68 y *passim*). Mas esta otra presentación no es, en el fondo, menos engañadora que la anterior, dado que asimismo la nueva versión está edificada, también ella, esencialmente sobre unas típicas *Leerformeln* retóricas, que cómodamente sirven en toda ocasión a tirios y troyanos: «justicia» o «equidad», principio

[7] «Aunque no se atrevan a proclamarlo, la divisa del rebaño académico actualmente parecería ser la siguiente: "¡No piense! El pensamiento podría hacerlo impopular en el próximo encuentro anual de su Sociedad Seudológica"...» (Andreski 1973: 88).

de «unidad», la «mejor» interpretación, «comunidad», etc. Significa que Dworkin nos brinda, en esa segunda etapa de su pensamiento, el sensacional mérito de haber descubierto ciertas cosas que todo el mundo –salvo la profesión de jurista– sabía ya; sin perjuicio de que, aun ahí, él no deja de combinarlas con la mayor parte de aquellos simplismos que le hicieron célebre previamente.

No obstante, si por azar fuera cierto que en otros capítulos del segundo libro o en el de 1996, o en cualquier otro sitio, él hubiera llegado a exponer algo verdaderamente importante para desarrollar la Teoría del Derecho, desde luego que las observaciones aquí presentadas *NO se refieren a ESO*. No entiendo ocuparme de la vida y obra del Sr. Dworkin *in toto*, sino de sus simplismos teoréticos *básicos*: ESPECÍFICAMENTE, de aquellos que *originan* el efecto-Vicente en torno de cuanto él tenga a bien publicar. [No sé si habrá quien, aun estando dispuesto a reconocer que lo de *Taking Rights Seriously* es muy desinformado y simplista como examen del pensamiento jurídico, quiera argüir que, no obstante, es SÓLO *ulteriormente* cuando dicho autor vino a presentar –por alguna formidable transformación en su nivel de conocimientos y de perspicacia– lo que son sus estudios verdaderamente importantes, unas inéditas genialidades que antes no le habían pasado por las mientes... En tal caso estaríamos ante algo así como un sorprendente Dworkin II, cuyas tesis son contrarias a las del Dworkin I (aquellas de que me ocupo aquí), de manera tal que a las ideas del segundo no se le aplican para nada las objeciones que caben contra el primero. Pero yo no tengo necesidad de pronunciarme acerca de *tal* posibilidad, ni la suscribo ni la niego: ¡no es a ese asombroso Dworkin (II), si es que lo hay, que se refieren los señalamientos del presente trabajo!]

Para explicar las verdaderas razones del éxito de audiencia que en círculos académicos tiene cuanto se le ocurra publicar a nuestro autor, sería necesario, en vez de detenerse mayormente en discutir las ideas mismas que él defiende, estudiar mejor otros aspectos del asunto. Pienso que podría arrojar no poca luz efectuar al respecto alguna investigación sobre el poder de ciertas *public relations* en el medio académico: poner de relieve las que haya conseguido entretejer ese autor para su propia persona, pero asimismo otras, especialmente las que pueden interesar sobremanera a muchos de sus comentaristas en el medio universitario para anudar vínculos personales provechosos (designaciones, viajes, distinciones, etc.)[8]. Por otro lado, habría que tener muy en cuenta los resultados que arrojen unos estudios de

[8] «Las copiosas menciones y citas de muchos académicos contemporáneos se deben a sus posiciones en los pasillos del poder y especialmente a su influencia en la distribución de dinero, puestos de trabajo e invitaciones. Alguien podría realizar un interesante estudio estadístico del modo en que las reseñas laudatorias escritas por los académicos parecen ir precedidas o

psicología social sobre el decisivo papel que también en dicho medio ejercen las modas, aun para quienes no tengan la mira puesta en eventuales entrelazamientos con lo de las *public relations*.

Al credo Vicente mismo, esa fuerza mimética tan imantadora de por sí, probablemente han venido a agregarse, para hacer correr el *bluff*[9] Dworkin en la Europa continental, dos refuerzos no despreciables: a) La carencia, o por lo menos la falta de buena difusión (¡siempre el asunto de las *public relations*!), de pensadores actuales de alto calibre en la Teoría del Derecho. El último sobreviviente suficientemente conocido de esta especie en extinción, Norberto Bobbio, desde hace años se dedica a la Teoría Política. b) El hecho de que Dworkin consiguió que le fuera tomada en serio, para hacer girar el debate en torno a ella, la tesis central *one right answer*. Tesis que, por tratarse de una suposición no menos simplista que importante para la buena conciencia de los juristas, permite que a cualquier colega no le haga falta aguzar mucho la inteligencia para decir algo al respecto, ya sea acogiendo esa misma idea –y algunas otras («principios», etc.), no menos inocentes, ligadas a ella– o para formularle críticas (¡es tan fácil en este caso!). Cuesta encontrarse con asunto más cómodamente utilizable para escribir unos comentarios. De tal manera, sin necesidad de habérselas con algún teórico menos elemental, uno se inserta en un debate académico prestigioso, quedando así en condiciones de pronunciarse sobre planteamientos considerados no menos «serios» que trascendentes... ¡y ahí voy, yo también!

3. Las tesis principales

> *Law, by definition, must apparently have a noble aspect, a breath-taking sweep. Law must be, Beale asserts,* UNIFORM, GENERAL, CONTINUOUS, EQUAL, CERTAIN, PURE... *Beale presumably would say: the law never was in doubt, only the decision was in doubt.*
>
> J. Frank (1970: 53 y 55)

El éxito publicitario de Dworkin se debe, por lo menos en parte (fuera del decisivo hecho de haber conseguido ser promocionadas en inglés), a que él retoma, si bien rebajándolas a superficialidades, ciertas asunciones básicas de Rawls (cf. esp. Dworkin 1977/78: cap. 6): lo del «equilibrio reflexi-

---

continuadas por la rentable designación de sus autores como profesores visitantes en las instituciones [us]americanas donde residen los destinatarios de su adulación» (Andreski 1973: 233-244). Véase además, en el mismo libro, observaciones contenidas en las pp. 232, 236-237 y 247-248. [No me consta, personalmente, en qué medida algo tan extraño como la celebridad adquirida por Dworkin pueda hallarse apuntalado por la cuota parte correspondiente a ese fenómeno general señalado por Andreski; pero valdría la pena investigar también por ese lado.]

[9] Lamento no recordar dónde leí esta calificación, tan justa, proporcionada por alguien que, evidentemente, sabe guardar sus distancias frente a las mareas-Vicente.

vo», sobre todo combinándolo con la imaginería de que el locutor jurídico trata de imitar a una especie de sabio platónico (Hércules), obsesionado por «construir» (*constructive model*) las soluciones más racionales y esencialmente sistemáticas. Así el jurista desembocaría, según nuestro autor, en la respuesta exacta para cada problema planteado, *descubriéndola* mediante unos procedimientos intelectuales capaces de acreditar que esta es, sin lugar a dudas, la propiamente «correcta»/«verdadera»/«la mejor» para el caso planteado. El milagro ocurre, según Dworkin, porque todas esas respuestas se encuentran *pre*-establecidas en un *topos uranos* jurídico formado en el país respectivo, donde la estirpe de sabios detectadores, los discípulos de Hércules, está conformada por el gremio de los juristas profesionales (*ibíd.*: esp. puntos 5 y 6 del cap. 4)[10].

Es cierto que el modelo-Hércules se ve menos extraño que la «posición original» propuesta por Rawls, pues aquello no representa otra cosa, a fin de cuentas, que el sempiterno *Basic Legal Myth* (Frank 1970). De todos modos, ese modelo constituye un paradigma no menos «construido», ni menos ilusionista, que lo de Rawls, solo que menos inusitado (excepto el nombre olímpico). Asumiendo sin más el normativismo propio de la dogmática jurídica en general, Dworkin parte de la precomprensión de que el derecho nacional constituye un edificio intelectual plenamente unitario. Entiende que es dable alcanzar, o por lo menos acercarse muchísimo a, una *sistematización* propiamente dicha –vale decir, del todo unívoca y consistente (Hércules), y por añadidura «verdadera»– de los proteicos contenidos que se dan cita en la múltiple ensambladura de criterios que conforman el Derecho positivo en cada país. En ese sistema, sean cuales fueren sus elementos componentes (no solo normas, sino también «principios», etc.), se encontrarían en perfecta armonía la totalidad de los contenidos que presenta, en un momento dado, el derecho nacional. Ese conjunto teorético unívoco y lógica-

[10] En la segunda etapa, Dworkin se tornó un poco más prudente en sus afirmaciones al respecto. Ahora reconoce que hay cierto grado de «creación» (1985a: 54) y de posibles divergencias (*ibíd.*: 64, 68 s.) en la interpretación jurídica, sin perjuicio de que, aun así, considera muy significativa la «diferencia entre interpretación y creación» (*ibíd.*: 73), etc. Mantiene en pie, de todos modos, el modelo-Hércules (*ibíd.*: 59), aunque con dichas atenuaciones. No puede negarse que ahí (1985a) Dworkin efectúa ciertas observaciones sensatas, esto es, llega a advertir algunas cosas ampliamente conocidas desde mucho antes (si bien, aun en esto, sus comentarios se quedan siempre en niveles bastante superficiales y están señaladamente por debajo de lo sacado a luz en los principales estudios publicados sobre esos temas). De cualquier manera, sean cuales fueren las precisiones ulteriores a su primer libro, importa no olvidar que el efecto Vicente proviene de este mismo. La importancia asignada a cualquier cosa que Dworkin pueda venir a decir después, banal o no, no es más que una consecuencia automática del prejuicio de «seriedad» ya firmemente consolidado.

mente consistente permitiría, a los discípulos de Hércules, desprender aquellas soluciones que son las únicas respuestas «verdaderas» para cada caso jurídico.

La falla clave de una visión como esa acerca del derecho, su creencia en la celestialidad de las «construcciones» jurídicas, responde a un tipo general de pensamiento que caracteriza no solamente a la dogmática jurídica. Al fin y al cabo, semejantes ilusionismos reposan siempre en la misma *FE* básica, el racionalismo como Credo *a priori*. Y su hijo dilecto es precisamente la idea de *sistema*. Esta gran clase general de aproximaciones a los fenómenos del pensamiento humano se halla no menos difundida en las ciencias sociales, donde constituye (bajo distintas formas) la tendencia netamente dominante, que en la mayoría de las investigaciones epistemológicas sobre lo que se llama la Razón práctica. La misma inocencia obra como precomprensión básica para que, sea bajo tales o cuales vestimentas teoréticas, tomen lugar unas u otras «construcciones» también en los estudios metadogmáticos de Teoría del Derecho[11]. Desde luego, esas presuposiciones no son sometidas a unas verdaderas pruebas empíricas que permitan comprobar si semejantes ideas concuerdan *o no* con la PRÁCTICA de los juristas. En suma:

> «The products of thought are hypostasized and actual reality despised...» (Hans Vaihinger, cit. Frank 1970 : 343).

Pero veámoslo más de cerca, pasando a examinar una por una las principales tesis de orden *metodológico* defendidas por ese autor.

Nota.– Voy a ocuparme únicamente de lo que Dworkin señala sobre ciertas cuestiones fundamentales concernientes a la METODOLOGÍA del discurso jurídico. Significa que no entiendo referirme a los puntos de vista que él sostiene en cuestiones de política jurídica (derecho constitucional, etc.); y hasta sería posible que yo esté de acuerdo con él en defender tales o cuales principios en ese terreno. [Si bien, a decir verdad, incluso las cosas que dice sobre estos otros asuntos me parece que son, en general, bastante triviales. Compárese, p. ej., con unos verdaderos *análisis* como los que trae Hospers (1961): cap. 8.]

4. Una sola respuesta jurídica «correcta»[12]

Tesis 1) Para cada caso planteado ante los tribunales no cabe sino *una* sola respuesta jurídica «correcta», que corresponda *verdaderamente* al sistema de derecho del país considerado.–

Esta presuposición constituye el eje central de los razonamientos que ofrece la doctrina jurídica en general. Igualmente, eso se asume como pre-

[11] Para la crítica de esa ilusión, el apriorista prejuicio de que el derecho *tiene que* responder a algún «sistema», véase Haba (2000): esp. Parte II. Véase también Haba: 1996a, 1996b, 1997 y 2000.

[12] Dworkin (1984): esp. cap. 13, junto con los apartados 3 et 7 del Apéndice.

supuesto ineludible en las argumentaciones que presentan los abogados y los jueces en la práctica de los tribunales, obra ahí como un dogma básico que está fuera de toda discusión. El jurista conseguiría aprehender dicha respuesta en cierto «cielo» (Jhering) de conceptos, globalmente armónicos, por donde su razonamiento profesional ha aprendido a navegar como experto. Solo que este sistema, según Dworkin, no se encuentra establecido por las «normas» jurídicas exclusivamente, sino también por unos «principios» (en sentido estricto) y «directrices políticas» [*infra* § 7]. Quiere decir que además de textos oficiales como las leyes, son también algunas otras fuentes de ideas, pero *no menos netas* (!!) que aquellos, cuanto permitiría cumplir a cabalidad –Dworkin se halla plenamente convencido de ello– con la exigencia del mito jurídico básico: no las leyes solas, pero sí cierto conjunto más amplio de pautas contendría siempre, o casi siempre, una solución completamente *segura* respecto al problema jurídico presentado.

Tal concepción se basa, ante todo, en la prenoción vulgar que las gentes tienen sobre el lenguaje en general, la apriorista creencia en el *naturalismo* lingüístico. Esta convicción, que reina todopoderosa en sus mentes, consiste en suponer que cada palabra o conjunto de palabras, p. ej. A, no puede tener más que *un solo* significado, digamos B, que sería el *único* verdaderamente correcto para esa formulación –así como un perro es siempre un perro y un gato es siempre un gato, en el mundo de la naturaleza–. Tal creencia, de la cual son víctimas casi todas las personas, da lugar a innumerables disputas terminológicas, no solo entre los juristas, sino también en la filosofía, en las ciencias sociales, etc.[13].

Dicha convicción armoniza en un todo con la ingenua suposición de que cada texto del derecho lleva, como *prendido* en sus palabras mismas, nada más que *un solo* significado «verdadero», el *único* capaz de constituir su interpretación propiamente «correcta» en el derecho vigente, o en todo caso una que es *la* «mejor» de todas. Partiendo de semejante idea se presupone que ese significado, en sí mismo, no es afectado por la circunstancia de que distintos intérpretes lleguen, sea por las razones que fuere, a discrepar acerca de su contenido. Solo una de las interpretaciones puede ser –se supone– la verdaderamente acertada. (¡Y es claro que esta, la *única* «correcta», resulta ser, digan lo que digan otros intérpretes, la descubierta por uno mismo...!.) Es verdad que Dworkin señala que ese significado puede, en su caso, ser descubierto con ayuda de unos principios generales del cielo jurídico, los cuales pueden ser también de orden jurídico-moral o jurídico-político, etc. Pero esto último no altera mayormente la presuposición fundamen-

[13] Se trata de eso que F. Kainz ha llamado *Wortrealismus* (realismo de palabras), lo cual se halla estrechamente ligado al pensamiento mágico (cf. Topitsch 1985: esp. 60 ss.).

tal: siempre se da por descontado que, sean cuales sean los medios empleados para des-cubrirlo, ahí se trata de un ÚNICO sentido «correcto» para las formulaciones examinadas, al menos en el contexto considerado.

El naturalismo lingüístico, si bien se corresponde muy bien con los hábitos mentales cotidianos, es lo primero que cualquier estudio *científico* sobre funcionamientos del lenguaje descarta como base de su investigación. No menos cierto es que también en la Teoría del Derecho ha sido denunciado, desde mucho tiempo atrás, como una pura ilusión (retórica) del discurso jurídico corriente. Cabría suponer, pues, que Dworkin ha hecho entrar en juego razones muy sólidas e inéditas para sostener lo contrario de cuanto afirman las ciencias lingüísticas y los principales estudios publicados en dicha Teoría sobre esos temas. Dworkin debería poner en evidencia, pues, que en cuanto al derecho están equivocadas las tesis siguientes, por más que sean unánimemente reconocidas como ciertas entre los lingüistas: a) que el sentido de las expresiones lingüísticas es oscilante, dependiendo de quiénes sean los locutores, hasta en el seno de un mismo auditorio; b) que su uso resulta de variadas convenciones, las cuales también pueden, en su caso, contradecirse unas con otras; c) que, de esa manera, complejos entrecruzamientos de franjas de sentidos heterogéneos pueden conformar un mismo discurso; d) y que, como consecuencia de todo ello, se producen maneras *distintas* de entender tal o cual parte de un discurso dado, de modo que entre las diversas interpretaciones presentes no es una más «verdadera» que las demás, sino que simplemente algunas son más o menos *habituales* para el lenguaje considerado, o eventualmente más o menos *convenientes* en vista de una finalidad que se elija[14]. En síntesis: policonvencionalidades en el uso del lenguaje, multifuncionalidad de este, anchos grados de indeterminaciones debidas a entrelazamientos de sentidos en cada discurso, antinomias entre los juegos lingüísticos utilizados para interpretar, etcétera.

Esas cuatro tesis resultan difícilmente compatibles con los principales puntos de vista defendidos por Dworkin. Ahora bien, la única razón que él esgrime para descartar toda la investigación científica sobre la dinámica de los discursos en la comunicación social, o en todo caso para sostener que los del derecho constituyen una singular excepción al respecto, es remitirse a lo que *creen* los juristas mismos sobre su propia manera de pensar[15].

---

[14] Conveniencia que, por lo demás, solo podría ser comprobada (o falsada) si ese fin es descrito de manera suficientemente precisa. Tal posibilidad no existe, en cambio, cuando uno se da por satisfecho con indicarlo mediante unos conceptos indeterminados, como ciertas fórmulas vacías que dominan la retórica del discurso político, moral, etc.: «justicia», «equidad», «comunidad», etc...

[15] A tal enfoque, la aproximación por excelencia a que Dworkin recurre para dilucidar toda cuestión metodológica, no renuncia tampoco en su segunda etapa. Para él, de lo que siem-

A Dworkin le parece el argumento más contundente hacernos ver –¡vaya descubrimiento!– el hecho de que cada jurista, cuando presenta sus razonamientos y conclusiones sobre un caso, se halla muy convencido *él mismo* –o cuando menos eso afirmará al alegar– que así nos proporciona la «única respuesta correcta» admitida por el discurso jurídico para ese caso: *one right answer*. (Lo que para cada locutor quiere decir, en la práctica: «...*mi* propia «right» answer, of course!») Argumento bien «serio», a todas luces. No menos que este otro: el planeta tierra es llano e inmóvil, sin duda... ¿o ignora usted que sus habitantes no lo ven esférico o elipsoide, ni lo sienten moverse bajo sus pies? A menos que Dworkin haya querido decirnos, al fin de cuentas, que una cosa son los *discursos* jurídicos y otra el derecho *mismo*; no sería sino este, en sí mismo, quien establece de modo neto *una* respuesta «correcta», independientemente de que los prácticos del derecho puedan llegar a equivocarse, unos u otros (¿o hasta todos ellos?), sobre cuál sea esa única respuesta *verdadera*. Platonicismo juridicista como «novedad»... ¡cien años después de lo advertido por Jhering sobre el «cielo» jurídico!

5. Sistema jurídico como «narración»[16]

(*Visión del derecho como una especie de «novela»*)

Tesis 2) La respuesta a cada cuestión jurídica se obtiene mediante un procedimiento intelectual análogo a eso que el lector hace para comprender *unitariamente* lo narrado en una novela; en consideración a tal sentido global es como también, a su vez, se interpreta cada pasaje en particular.–

Esa constituye la única idea algo inusitada que Dworkin ha introducido en la teoría jurídica. Y a título de metáfora, tal caracterización podría hasta ser relativamente aceptable. Claro que, en cuanto al *fondo* mismo del asunto, ella no apunta a nada que no sea muy conocido, por lo menos desde el siglo pasado, sobre la conformación del pensamiento jurídico. Ya en 1840 Savigny escribió que corresponde recurrir también al «elemento *sistemático*» para interpretar las leyes. Esto constituye, por lo menos desde entonces, algo que todo jurista ha visto subrayado, una y otra vez, en sus estudios universitarios[17]. Dworkin, por su parte, lo dice así:

---

pre se trata, antes que nada y por encima de todo, es de no poner en duda lo que supongan, consciente o inconscientemente, los propios juristas.

[16] Dworkin (1984), Apéndice: apartado 3.A.

[17] Cf. Savigny (1840): §§ 5 et 33. Este jurista célebre no dejó de vincular dicho «elemento sistemático» con el propio pensamiento del legislador; luego muchos autores, especialmente en nuestro siglo, hicieron ver que la sistematicidad del derecho depende asimismo de múltiples otros elementos de juicio que entran a jugar igualmente en los «métodos» usados para interpretar el derecho. Hoy en día más de un profesor de derecho, empezando por el propio Dworkin, entiende que hacía falta esperar, si ha de merecer felicitaciones tal «descubrimiento», que Hércules aprendiera el inglés para venir a avisarnos que el agua moja.

> «El principio de unidad en el derecho ... prescribe que las normas sean leídas y comprendidas, en toda la medida de lo posible, como si fuesen obra de un solo autor, la comunidad personificada, expresando una concepción coherente de la justicia y la equidad... [entendiendo por ello una concepción que sea] la mejor interpretación del procedimiento jurídico como un todo *(en son entier).* [...] La tesis del derecho como unidad pretende que la interpretación es lo ordinario en el trabajo de los jueces...» (1985a: 51 y 52, trad. E.P.H.).

He ahí una ficción que a menudo la doctrina jurídica corriente imputa al *topos* «la voluntad del legislador». Solo que, al recoger este lugar común bajo la etiqueta «principio de unidad», junto con unas cuantas fórmulas vacías más («comunidad» personificada, «justicia» y «equidad», un «todo»), Dworkin pone en el lugar de dicha ficción algo que es todavía mucho más indeterminado y aún más fantasioso, tal *unidad*. Para ello se sirve de una comparación con la crítica literaria:

> «La exigencia de unidad inscrita en la empresa de (interpretar) la novela en cadena, presenta suficientes similitudes con el principio de unidad en el derecho, como para invitarnos a establecer un paralelo con la resolución de los casos difíciles por parte de los jueces quienes aceptan este principio» (1985a: 55, trad. E.P.H.). [Y téngase presente que tal principio no se refiere únicamente a los « casos difíciles », sino que es determinante asimismo para cuanto constituye «lo ordinario en el trabajo de los jueces»: v. la cita anterior.]

Ahora bien, a pesar de todas las vueltas y revueltas que Dworkin le da a tal comparación[18], y por cierto que otros no han dejado de seguirlo por ese camino, la verdad es que de ello no se sigue prácticamente nada en cuanto a suministrar pistas nuevas para llegar a un manejo menos contingente de los «métodos» de razonamiento en la *práctica* del derecho. Y si se coteja ese tratamiento metafórico de la cuestión clave del razonamiento jurídico, la interpretación del derecho, con estudios en profundidad sobre el tema, la indigencia de unas observaciones como las de Dworkin salta abruptamente a la vista[19].

---

[18] Por Cárcova (2000) me entero de que Dworkin no ha dejado de insistir al respecto («Cómo el derecho se parece a la literatura» en *La decisión judicial*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1997), reiterando básicamente lo mismo de antes (a juzgar por los pasajes que Cárcova transcribe de dicho estudio). Cárcova, quien se muestra entusiasmado por tal perspectiva metodológica, ahí menciona también unos cuantos autores más. Sin embargo, tampoco en ese informe de Cárcova he logrado descubrir cuáles puedan ser ahí unos conocimientos nuevos (importantes) acerca *específicamente* del derecho; no veo que nada de eso venga a agregar nada sustancial a lo archiconocido desde mucho tiempo atrás, si bien, eso sí, no se escatiman hazañas terminológicas en bautizar o rebautizar trivialidades o desviar la atención hacia unas analogías «relatistas» *pour épater la galérie !*

[19] Para no salirnos del idioma inglés, compárese p. ej. con un verdadero *análisis* de la cuestión, como el efectuado años antes por Gottlieb (1968: esp. caps. II-VII).

Lo interesante no es venir a subrayar tales o cuales similitudes entre A (discursos jurídicos) y B (novelas, etc.), sino ver *qué* nos enseña B sobre A, siempre y cuando se trate de algo que resulte verdaderamente IMPORTANTE para entender y manejar el funcionamiento de A *mismo*. Quienquiera puede entretenerse en comparar A con otras cosas, sean las que fueren (también, por ejemplo, con la digestión de las ratas, los mensajes de los sueños, el béisbol, la astrología «científica», etc., etc.), si tal comparación se considera interesante *por sí misma.* Desde luego, las similitudes que se detecten no tienen por qué ser falsas y hasta pueden ser novedosas. Basta con que a un autor se le ocurra entretenerse con nuevas comparaciones, cualesquiera sean, para así conseguir material capaz de dar para toneladas de literatura sobre parecidos y no-parecidos.

La comparación entre el discurso jurídico y los relatos es esencialmente un simple juego de artificios, más allá de que señale ciertas analogías aceptables, pues no ayuda a ver nada SUSTANCIAL que previamente hubiera pasado desapercibido a los principales estudios sobre el lenguaje jurídico; al contrario, Dworkin se queda notoriamente debajo de estos no solo en información, sino en perspicacia (p, ej., sin ir más lejos, compárese con el elemental librito de Carrió: 1965). Repito, la pregunta es: ¿qué sabemos ahora sobre el derecho MISMO, que no sepamos si no conocemos unas similitudes entre derecho y novelas, derecho y viajes interplanetarios, derecho y rock n' roll, derecho y técnicas culinarias, etc., etc....? A juzgar por los «descubrimientos» de Dworkin en tal sentido, dicho orden de comparaciones muestra muy poca o ninguna fertilidad para conocer mejor los fenómenos jurídicos y más bien introduce nuevos elementos de ilusionismo al respecto.

En fin, sea o no que el «tejido» del derecho se encare como un relato, la elección de las «técnicas» para hacerle decir algo a tal «tejido» dependen de las *preferencias* específicas, muy a menudo contradictorias, de los locutores concretos llamados a interpretarlo. Por lo demás, aquella es una comparación que, si no se tiene buen cuidado de tomarla «con pinzas», es apta para reforzar el «cielo» normativista en que suele moverse el pensamiento jurídico profesional. Dicha metáfora apuntala, mal que bien, la idea de que el derecho sería algo así como un edificio de ideas tan relativamente independiente de lo que *sucede* (¡hechos!) en la realidad misma, cuanto puede serlo el contenido de cualquier historia narrada por un literato con buena imaginación. Así, la ceguera que a menudo unos tecnicismos jurídicos, y consecuentemente los discursos apoyados en ellos, muestran frente a la realidad, puede hallar también un punto de apoyo en semejante «técnica» discursiva. Esta es idónea para «construir» unos discursos jurídicos que, en aras de poner en juego la fantasía de hallar un sistema de «unidad» en el derecho («la semiótica dworkiniana ... es *ferozmente* sistémica», apunta Jack-

son: *infra*), disimulan las contradicciones *reales* que, como conjunto teorético y por las interpretaciones opuestas que cultivan sus protagonistas, conlleva *inevitablemente* el maremágnum de cosas a las que se denomina «derecho» [*infra* nota 22].

Es verdad que Dworkin llega a decir lo siguiente:

> «Al rechazar la idea de que el derecho es un sistema de normas, no era mi intención reemplazar esa idea por la teoría de que el derecho es un sistema de normas y principios. No hay nada a lo que se pueda llamar «el derecho» en cuanto colección de proposiciones discretas, cada una de ellas con su propia forma canónica» (1984: 470).

No obstante, en la discusión donde aparecen esas líneas, Dworkin no entiende renunciar a la idea de *sistema* en general para el pensamiento jurídico, sino solamente a la de un sistema *fijo* y *completo* de las proposiciones aplicables como derecho. Esto no le impide imaginarse que para contestar a cualquier cuestión jurídica que se presente en un momento dado, en *ese* momento será dable hallar, de todas maneras, una UNIDAD *pre*-establecida, ya sea de normas (*rules*) o de principios o de lo que fuere. Y justamente tal unidad conforma aquello que, según él, todo jurista tiene la obligación de empeñarse en *re*-conocer[20]. De ahí que un autor tan meticuloso como Jackson, quien por cierto no ha vacilado en tomarse muy en serio los escritos de Dworkin, caracteriza así la posición de este:

> «If the judge is to deploy interpretative techniques such as will allow him to decide hard cases by selecting that proposition which fits best into the overall structure of the legal system, that *overall* structure must be conceived as a *rational, consistent whole.* [...] The job of Hercules is thus one of *rational* reconstructions... Dworkinian semiotics ... is FIERCELY systemic» (1985: 222 y 223, énfasis E.P.H.).

Tanto da que a tal «unidad» quiera o no llamársele «sistema», eso no cambia mayormente las cosas. Siempre se trata de la FANTASÍA RACIONALISTA señalada, esto es: una presentación que VELA las *contradicciones* y en general los *des*órdenes REALES que contiene el pensamiento jurídico.

6. Contra «el» positivismo jurídico: moral y derecho, teorías políticas, etc.[21]

Tesis 3) Contrariamente al modelo de comprensión propugnado por *el* «positivismo jurídico», no hay una barrera o límite propiamente dichos en-

---

[20] Aun en esto, Dworkin no hace otra cosa que introducir unos cambios minúsculos, esencialmente secundarios y que sobre todo son de orden terminológico, a lo que decía el viejo profesor Beale: «This all-embracing body of homogeneous scientific principle constitutes [según Beale] a "philosophical system." Such systems are "truly law" even "though no court has lent its sanction to many of their principles [escribe Beale]."» (Frank 1970: 57, curs. E.P.H.). Sobre el mito del «sistema» volveremos más abajo: § 9.

[21] Dworkin (1984) : caps. 2, 3, Apéndice (apartado 5) y *passim* (p. ej., pp. 51 y 230-233).

tre el derecho y campos de pensamiento como la moral o las ideas políticas.–

Para examinar con seriedad (sin comillas) lo relativo a este punto, habría que empezar por precisar, aunque sea aproximadamente, los términos básicos involucrados en la discusión. Por lo menos, sería necesario aclarar bien qué quieren decir ahí «derecho» («jurídico» es su forma adjetival) y «positivismo». Cada una de estas dos palabras presenta sentidos variados, corrientes en la literatura jurídica, sobre lo cual desde hace mucho tiempo ha sabido llamar la atención más de un autor[22]. Tanto en el lenguaje común como en textos jurídicos, el uso de todos esos términos: derecho, positivismo, moral, política, etc., exhibe múltiples variantes. Para la fórmula compuesta «positivismo jurídico» sucede lo propio:

> «The expression «legal positivism» is intolerably ambiguous. It has been used in the past and is still used to designate a heterogeneous variety of attitudes, theses, conceptions and doctrines, all of which concern in different ways the social phenomenon known as «law.» Some of them are incompatible with each other. Others are interconnected by family ties» (Carrió 1980: 209).

Dworkin no tiene, al parecer, noticia sobre nada de eso. En todo caso, él no le otorga la menor importancia al hecho de que la expresión «positivismo jurídico» cubre puntos de vista MUY *heterogéneos*, colocados por unos u otros autores bajo esa misma etiqueta.

Pero quiero evitar concentrarme sobre todo en observaciones terminológicas, de modo que paso a abordar directamente la idea básica de Dworkin sobre el punto. Su proposición central al respecto consiste, si no me equivoco, en la tesis siguiente. En el derecho entran a jugar también unas ideas que no tienen su sitio simplemente adentro ni simplemente afuera del sistema jurídico, este no se queda encerrado *en sí mismo.* Dicho sistema no es puntualmente hermético como tal, no se halla netamente separado de otras fuentes de ideas que juegan igualmente un papel fundamental en la organi-

---

[22] Por ejemplo, en cuanto al término derecho, he aquí algunas líneas pertenecientes a un célebre estudio de Llewellyn (1930): «La dificultad de desarrollar un concepto de "Derecho", cualquiera sea, reside en que ha de incluir una multiplicidad de detalles inusitadamente distintos unos de otros. [...] Y todavía no he conocido u oído hablar de actividad alguna para la cual sean relevantes a la vez todos aquellos datos que se relacionan con el más inexacto entre todos los símbolos multívocos, "el Derecho". Hacemos y nos encontramos con demasiadas cosas y procesos mentales a los cuales desearíamos endosar este nombre. [...] En cierto sentido, el derecho es tan vasto como la vida misma» [no habiendo podido ver el original, he retraducido a partir de una. publ. en alem.]. Por lo mismo, Frank supo reconocer que: «Dado que esa palabra (*Law*) chorrea ambigüedad, ya había por lo menos una docena de definiciones defendibles. Agregar otra más, era vanidad» (1970: xiii). Téngase en cuenta, por ejemplo, la lista de definiciones presentadas a lo largo de la historia del Derecho consideradas por Lévy-Ullmann (1925): Partes Primera y Segunda. Y véase también, un poco más abajo en el texto, la cita de Radbruch. En cuanto al membrete «positivismo jurídico», cf. los sitios indicados *infra*: nota 24.

zación de la vida social, sino que él se encuentra integrado asimismo mediante puntos de vista morales, políticos, etc.

Nadie que se halle un poco al tanto del desarrollo histórico de los estudios metadogmáticos sobre el discurso jurídico dejará de advertir que es prácticamente una trivialidad ponerse a reiterar tal cosa, uno de los lugares comunes más conocidos en la Teoría del Derecho. El punto ha sido objeto, por parte de otros autores, de desarrollos no solo más detallados, sino de exposiciones donde, sobre todo, el análisis cala mucho más en profundidad. No faltará quien tenga presente, por ejemplo, la clásica formulación (no me cansaré de hacerla recordar) de alguien que, desde luego, veía años luz más allá del horizonte capaz de ser percibido mediante una provincia de lecturas como la de Dworkin:

> «La interpretación jurídica es una mezcolanza indisoluble de elementos teóricos y prácticos, cognitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos» (Radbruch 1970: § 15).

Claro que en el seno del membrete «positivismo jurídico» encuentra sitio también una visión teorética como la criticada por nuestro autor, además de muchas otras. Para quien no ignore lo heterogéneo de las aproximaciones comprendidas bajo esa etiqueta, salta a la vista que las observaciones de Dworkin no conciernen a *el* positivismo jurídico, sino apenas a UNA de sus múltiples variantes posibles. ¡Justamente a la que NO ES SOSTENIDA por los más conocidos autores de (meta)teorías «positivistas» sobre el pensamiento jurídico!

Hasta tratándose de Hart, aparentemente el único «positivista jurídico» internacionalmente bien conocido de quien Dworkin ha oído hablar, la crítica por parte de este concierne esencialmente sólo al cuarto de los cinco significados principales que aquel señaló para el término «positivismo» (Hart 1958: nota 25). Y la enorme simplificación a que Dworkin somete la discusión sobre «positivismo jurídico» resulta mucho más patente todavía cuando, sin perjuicio de las distinciones efectuadas por el propio Hart, además sean considerados también múltiples otros planos de análisis y variados puntos de vista sobre la materia[23].

---

[23] Sobre ello supo llamar la atención casi enseguida Carrió (1980): 209-211. Y cf., por todos, el conocido análisis de Bobbio (1965). Entre otros importantes estudios donde la variedad de aspectos comprendidos en la expresión «positivismo jurídico» aparece bien subrayada, ciertamente antes de que Dworkin viniera a dar con el genial descubrimiento de plantear las cosas como si nada de eso hubiera sido aclarado, cabe llamar la atención sobre los siguientes: Silving (1955 y 1958), Scarpelli (1965), Ross («El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural», incluido en Ross 1969; dicho texto fue publicado antes, versión bilingüe ingl./esp., en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1961-IV), Henkel (1977: § 39 [trad. § 34]), Carrió (1970). A mayor abundancia, cf. la lista agregada al final de la traducción al español de Silving (pp. 121 ss.). «The fact that in a book as important [¡publicitariamente!] as Taking Rights Seriously, which launches a frontal attack against legal positivism,

Es cierto que ningún autor queda obligado a considerar igualmente todos los significados, uno tras otro, de los términos que emplea en un estudio; ni siquiera es absolutamente indispensable que lo haga para los principales manejados allí. Puede estar justificado, en su caso, limitarse a tomar simplemente *uno* o varios de los ámbitos objetuales de esos términos, utilizar sólo ciertos significados, únicamente aquellos a los que se refiere en especial el interés de conocimiento fijado. Empero, *no es tal* el modo como Dworkin mismo presenta esta discusión. Lo que pretende no es venir a «refutar» *una* forma determinada de positivismo jurídico. Por el contrario, él plantea las cosas como si sus objeciones fuesen pertinentes contra... ¡EL «positivismo jurídico» *sin más*!:

«*Me propongo llegar un ataque* GENERAL *contra* EL *positivismo...*»[24].

La crítica de Dworkin se mueve sensiblemente por debajo del nivel de conocimientos y de penetración de numerosos estudios que teóricos del derecho bien conocidos, que nuestro autor se saltea como si tal cosa, han presentado en relación con estos asuntos. Pareciera que él no tiene la menor idea de que tales trabajos existen, salvo algunos puntos subrayados por Hart. Para evocar un solo ejemplo, por demás suficiente, basta con acordarse nada menos que de Kelsen, a quien suele mencionarse como el «positivista jurídico» por excelencia[25]. De la manera más clara supo formular la advertencia, también él, y por cierto de modo mucho más neto que Dworkin (sin venir a contarnos fábulas de Hércules, etc.), que el derecho constituye un fenómeno *esencialmente* político:

> «El derecho no puede ser separado de la política, pues es *esencialmente* un instrumento de la política. Tanto su creación como su aplicación son funciones políticas» (1958: 31, curs. E.P.H.).

---

the names of Alf Ross and Norberto Bobbio are not even mentioned, and their contributions to legal positivism or to the analysis of the concept of legal positivism not even acknowledged, is to be considered...» (Carrió 1980: 211).

[24] Dworkin (1984): 72, énfasis añadidos aquí. Este pasaje prosigue de la manera siguiente: «... y, cuando sea necesario dirigirlo contra un blanco en particular, usaré como tal la versión de H. L. A. Hart». Sea lo que fuere aquello que Dworkin pueda entender a tal respecto como «necesario», está claro que, según él, basta con atacar algunas cosas dichas por Hart, con lo cual se conseguiría refutar el positivismo jurídico *en general*. E importa, de todos modos, no dejar de tener presente que, incluso donde se refiere a este último autor, Dworkin pasa por alto distinciones tan fundamentales como las señaladas por el propio Hart: v. *supra*, poco antes de la nota 24.

[25] Pareciera que Dworkin no ha leído ni siquiera a un autor tan célebre como ese. Pero asimismo otros de los más importantes autores que en relación con cuestiones fundamentales de *Legal Theory* han publicado muy conocidos trabajos en inglés –G. Williams, A. Ross, Perelman, etc.– están no menos fuera de su horizonte que el 100% de cuanto no sea difundido en tal lengua (... pero es muy cierto que Dworkin tiene el mérito de conocer algunas palabras extranjeras: cf. 1984, p. 93).

O bien, para señalar asimismo un libro (no es el único) que, al estar escrito en inglés, Dworkin no estaba impedido de conocer:

> «Moreover, the application of rules to facts always requires a decision involving the selection of material facts based upon more or less overt considerations or purpose and policy» (Gottlieb 1968: 160).

Kelsen puso el mayor énfasis en subrayar que las interpretaciones jurídicas se producen en virtud de *ideologías*, esto es, que el jurista llega a sus conclusiones con base en

> «normas morales, normas de justicia, juicios de valor sociales, etcétera, que se suele denominar con rótulos tales como: «bien común», «interés del Estado», «progreso», etcétera»[26].

Como quedó aclarado mucho antes de que Dworkin entonara a todo pecho su orfandad de información, es notorio que:

> «cuando se alude a esta doctrina (el positivismo jurídico), como frecuentemente ocurre, como la doctrina de la separación entre el derecho y la moral, la referencia es en alto grado engañosa. Es obvio que los hechos jurídicos y morales se encuentran relacionados entre sí de varias maneras. Las ideas morales son, sin lugar a dudas, uno de los factores causales que influyen en la evolución del derecho, y éste, por su parte, influye a su vez en las ideas y actitudes morales predominantes. También es bien conocido que las valoraciones morales son frecuentemente incorporadas al derecho a través de los llamados *standards* [principios, etc.] jurídicos. No hay razón para que un positivista niegue esta mutua dependencia o CUALQUIER OTRA RELACIÓN POSIBLE entre el derecho y la moral (moral positiva, hechos morales)» (Ross 1969: 13, énfasis añadidos aquí).

Lo cierto es que, contrariamente a cuanto supone Dworkin, son especialmente unos autores señalados como «positivistas» quienes han subrayado la estrecha dependencia del derecho respecto a tales relaciones[27].

---

[26] Kelsen (1982): 354 (sobre esto había llamado Kelsen la atención ya en la 1ª ed. de esa obra, 1934: § 38, p. 99). Por lo demás, se hallarán comprobaciones similares en numerosos autores: p. ej. Henkel, luego de haber trazado un multilateral cuadro de las relaciones entre derecho y política (1977: § 12), llega a la conclusión de que el «elemento político no es ajeno ni en modo alguno se opone a la actividad judicial, sino que se halla integrado como un momento parcial de ella misma» (*ibíd.*: 134, trad. E.P.H.).

[27] La superficialidad de las observaciones de Dworkin sobre relaciones entre moral y derecho salta a la vista si lo comparamos, por ejemplo, con un análisis basado en conocimientos y verdaderamente agudo respecto a esa cuestión: el estudio de otro «desconocido», Geiger (1979). Por lo demás, no se debería meter todo en la misma olla, es decir, olvidar que esas relaciones contienen una amplia multiplicidad de planos y ángulos (sobre los que, desde luego, no se encontrará la menor alusión en Dworkin). Para análisis *informados* sobre esta problemática puede verse, por ejemplo, unos exámenes como los presentados por Bobbio (1961), Engisch (1971: cap. III) y Henkel (1977: § 8, esp. apartado III [trad.: § 16.III]); en el sitio señalado de este último libro se enumera una extensa lista de estudios sobre el tema (entre los cuales, eso sí, será difícil hallar alguno que se dé por satisfecho con recordar simplemente las elementales observaciones que después vino a reiterar Dworkin). También en inglés, el asunto ha

En síntesis.– *a)* La crítica de Dworkin al «positivismo jurídico» concierne simplemente a *uno*, justamente el más superficial, el menos científicamente elaborado entre las distintas especies de aproximaciones y los variados círculos temáticos que se dan cita bajo esa etiqueta. *b)* Y si bien tal crítica contiene algún elemento de verdad, este no solo es relativamente trivial –en todo caso, ante lectores para quienes la historia de las teorías acerca del derecho no significa un continente desconocido– sino que, por añadidura, Dworkin plantea la cuestión de modo muchísimo menos penetrante que las maneras como tales asuntos han sido tratados desde mucho tiempo atrás.

7. Normas, principios, directrices[28]

Tesis 4) Corresponde distinguir entre tres grandes *tipos* de proposiciones en los discursos de los juristas, a saber: entre las funciones que respectivamente desempeñan normas, principios y directrices políticas.–

Se dan, en efecto, diferencias entre estas tres especies, u otras, de formulaciones en los discursos jurídicos. Se conocen numerosas clasificaciones, por lo general mucho más detalladas que la de Dworkin, sobre diferentes funciones lingüísticas en el seno de esos discursos. Como hay toda clase de puntos de vista posibles para ordenar las cosas, las clasificaciones ofrecidas son, por lo general, aceptables todas ellas (al menos en el plano de la lógica). Recuérdese que los posibles puntos de vista para clasificar son infinitos, y más bien complementarios que opuestos entre sí. No es fácil descubrir por qué la elemental división presentada por Dworkin, una más entre tantas, deba merecer consideración especial. Por ejemplo, Robles (1984) ha efectuado una división muchísimo más completa y cuidadosamente matizada sobre las *reglas* en general del derecho. La noción misma de «rule is versatil», aclara Gottlieb. De ahí que un autor cuidadoso, como este último, toma la precaución de no meter todo en la misma bolsa: comienza por distinguir entre sí «the most prominent species» de *rules* (señala la nueve: 1964, pp. 37-38). Y sobre cuanto se conoce especialmente como *principios* del derecho, lo que señala Dworkin se queda palmariamente años luz detrás de la rica descripción ofrecida por Esser en su clásico libro de 1956, pero también de análisis ofrecidos en numerosos otros estudios [*infra*: Nota].

---

sido examinado de manera mucho menos trivial que por parte de Dworkin: véase, p. ej., las precisiones de Gottlieb (1968: cap. IX).

[28] Dworkin (1984): caps. 2 (esp. puntos 3 et 4) y 3 (esp. punto 5), y véase el Apéndice (apartados 2 y 4).

Lejos de ser novedosa, la visión de Dworkin se corresponde, esencialmente, con lo que es opinión general en el seno de la dogmática jurídica. Él ha «re-construido», en efecto, aquello que los manuales corrientes sobre derecho positivo se imaginan haber alcanzado. Y tal es también la manera como, a su vez, los jueces suelen contemplar sus propias decisiones. Hace muchísimos años había señalado eso mismo, como muchos otros autores, el maestro por excelencia de Dworkin:

> «What is the Law as Beale defines it? It consists on three parts: (1) Statutes, (2) rules and (3) "the general body of principles accepted as the fundamental principles of jurisprudence." This third element is "the one most important feature of law; that is ... a body of scientific principle... Law, therefore, is made in part by the legislature; in part it rests upon precedent; and in great part it consists in a *homogeneous*, scientific, and *all-embracing body of principle...*"» (Frank 1970: 57, curs. E.P.H.).

La idea de que las soluciones jurídicas para los casos concretos no se obtienen acudiendo *solamente* a las leyes (*rules*) mismas, es cosa que cualquier jurista sabe hasta el cansancio. También eso fue subrayado por Kelsen (así como por muchos otros):

> «La teoría *tradicional* de la interpretación se basa en la idea de que la determinación que corresponde efectuar del acto jurídico [p. ej., por parte del juez], determinación que la norma jurídica por aplicar [p. ej., una ley] no proporciona en sí misma, puede ser obtenida mediante tal o cual modo de *conocimiento* del derecho *ya* existente. Pero eso es una ilusión...»[29].

Solo que, contrariamente a Dworkin y al pensamiento jurídico habitual, Kelsen supo percatarse de que el «conocimiento» en cuestión, en la manera como es presentado por parte de los órganos jurídicos encargados de tal aplicación, no es más que «una *ficción* de la que se sirve la jurisprudencia tradicional para mantener el ideal de la seguridad jurídica» (1982: 356 –curs. E.P.H.–). La fe en que las interpretaciones jurídicas corresponden a un verdadero «conocimiento» constituye un espejismo, o a lo menos se trata de una gran exageración. Esto ha sido puesto en evidencia por muchos estudios donde se suministran pruebas *empíricas* al respecto, mediante el análisis de numerosos ejemplos, extraídos tanto de la doctrina jurídica como de la práctica judicial[30].

---

[29] Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1960: § 46 *in limine* (arriba curs. E.P.H.). La traducción de este pasaje en la versión española (1982: 353) es algo confusa, por lo cual he preferido verterlo aquí basándome en la traducción francesa de Ch. Eisenmann: *Théorie pure du droit*, París, Dalloz, 1962, p. 459.

[30] Cf. el impresionante estudio de Lautmann (1972), lleno de ejemplos tomados de la práctica misma de razonamientos reales que los jueces alemanes efectúan para tomar sus decisiones; o véase, p. ej., los trabajos de Bernd Rüthers y Wilhelm Scheuerle referidos en Haba 1996 (esp. 318-320) y 1998 (§ II). Se dirá, posiblemente, que resulta exagerado, o hasta «unfair»,

Por lo demás, la forma como Dworkin exhibe el papel que juegan los «principios» en el derecho representa, después de todo, una manera más bien engañadora de hablar acerca de estos. Es verdad que tiene cierta justificación señalar que el alcance semántico de los criterios que él ubica bajo esa categoría difiere de lo ofrecido por otros tipos de disposiciones jurídicas, como las que denomina «normas» y «directrices». Sin embargo, las consecuencias que extrae de tal distinción hacen que, en definitiva, su caracterización de aquellos primeros resulte esencialmente mitologizante. Presupone *a priori* que estos consiguen *efectivamente* –o sea, no solo en la intención de sus ocasionales intérpretes– producir un *sistema completamente armónico* («concepción coherente», «principio de unidad») como derecho, en función del cual los profesionales de esta disciplina estarían en condiciones de extraer la *única* respuesta verdaderamente «correcta» para cada caso jurídico. O en todo caso, como subraya en su segundo libro, sería determinada solución considerada la *mejor*; pero esto en dependencia directa y decisiva, siempre, de un sistema «unitario» al cual le adjudica aquellas mismas características.

Plantearse como objeto de investigación el averiguar *qué* sean los «principios jurídicos» *en general* significa ser víctima, otra vez más, de la ingenuidad propia del naturalismo lingüístico. Dworkin, como todos quienes pretenden responder a una pregunta semejante, caen en ese simplismo. Parten, como si tal cosa, de la base de que, puesto que existe determinada expresión lingüística –en este caso, «principios jurídicos»–, indefectiblemente ella tiene que referirse a UN determinado tipo global de cosas: ¡sólo uno! Dan por descontado que necesariamente ha de existir *determinada* noción general que calce exactamente con la palabra «principio», cierta noción única que corresponda a *todas* y cada una de cuantas cosas los juristas *denominen* así[31] (si acaso, admitiendo ciertas subdivisiones dentro de tal concepto unitario). Esto ha desatado, entre numerosos autores de la actual Teoría del Derecho, una discusión tan minuciosa como *tirée par les cheveux*. El debate queda focalizado entre variadas definiciones *estipulativas*, pero esos

---

pedirle a alguien cuyos conocimientos idiomáticos y horizonte teorético se encuentran a priori cercados de la manera en que circunscribe los suyos el Prof. Dworkin, sufrir la molestia de ponerse a buscar investigaciones como la de Lautmann, o la de Schreckenberger (1978), etc. Pero aun en inglés no faltan, seguramente, estudios de sociología y semiótica jurídicas que pongan de manifiesto cosas por el estilo. (¿O será que Dworkin piensa, tal vez, que investigaciones sobre esos tópicos tienen poco que ver con afirmaciones como las suyas propias?).

[31] Así es, en todo caso, para lo que Dworkin encara al señalar: «en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre principios y directrices políticas» (1984: 72). Y por eso le importa subrayar, en especial, que «Les juges doivent rendre leurs jugements de "common law" sur une base de principes et non de politiques» (1985a: 58).

autores las encaran como si fuera cuestión de desentrañar así cierta *verdad* propiamente dicha. Buscan una definición general de qué pueda y qué no pueda, o qué deba y qué no deba (pero no suelen distinguir netamente entre esta última cuestión y la anterior), contener ese cajón de sastre que es la expresión *principios* del derecho, como si fuera cuestión de hacer valer *la* definición *real* de dicho término. Se desvelan por la cacería de un fantasma. Y así vienen a precipitarse de cuerpo entero no solamente en el *naturalismo* lingüístico, sino que también, lo quieran o no, terminan zambullidos en el *esencialismo*.

El libro de Esser, en cambio, por cuanto ahí se hace manifiesta la enorme *variedad* de formas llamadas «principios» por los juristas, provoca una impresión desorientadora (para el naturalismo lingüístico): el lector se encuentra como perdido en ese laberinto de principios y principios y principios... ¡de toda especie! Esser no encara la pregunta por un *quid* general X para caracterizar el mundo de los principios jurídicos, ni tiende un indiscriminante manto de unicidad funcional sobre cuanto aparece calificado como tales en la literatura del derecho. El no le atribuye a ese maremágnum de figuras del pensamiento una supuesta función *determinada* en el discurso de los juristas. Dworkin, por el contrario, presenta *una* de las múltiples funciones lingüístico-jurídicas correspondientes a algunos usos de la palabra «principios» como si ello fuera *la* función, sin más, de dicho membrete. Es esto último, justamente, lo que Esser supo evitar: lejos de caer en semejante supersimplificación, se esforzó por resaltar el multicolor abanico de las funciones *reales* acarreadas por los usos de ese plurifuncional término en las *prácticas* discursivas de los juristas

Nota: *El cajón de sastre «principios jurídicos».–*

Esa falacia central, la de presentar ciertos juegos de definiciones de la expresión «principios jurídicos» como si se tratara de otra cosa que de unas contingentes y variadas estipulaciones lingüísticas, ha sido examinada en detalle por José Francisco Barth en su investigación (1997), cuidadosamente documentada, sobre la materia. Allí él da cuenta también de distintos puntos de vista presentados por varios otros autores entre aquellos que, a pesar de buscar corregir a Dworkin en tales o cuales detalles o agregando otros, se han tomado bien «en serio» semejantes discusiones, básicamente esencialistas. Esos autores comparten con Dworkin la candidez de imaginarse que han hallado, o que se puede llegar a descubrir, algo así como la llave mágica del asunto, el QUID que haga resplandecer la luz sobre cuál es *el* (¡uno solo!) significado *propio* de aquella expresión. Así se han lanzado a una abundante discusión, dando lugar a la «La nueva «Edad de Oro» de los principios» (Barth: cap. I.II). El resultado es, naturalmente, lo que cada uno de esos autores tenga a gusto incluir (¡o no!) como correspondiente a la ca-

tegoría *principios* jurídicos, eligiendo dentro del campo semántico prácticamente ilimitado de tal expresión.

La fabulosa heterogeneidad de «técnicas» del pensamiento jurídico que engloba el comodín *principios generales del derecho* hace que Barth concluya, con base en su examen sobre la jurisprudencia costarricense, que: «Los jueces utilizan las fórmulas «principio» y «principios generales del derecho» para referirse a: a. una idea o rasgo fundamental del ordenamiento jurídico o de un sector de él, b. la *ratio legis* de una norma o de un conjunto de ellas, c. una regla general inducida de disposiciones específicas, d. una regla de una larga tradición jurídica, e. una regla aplicada por analogía, f. una regla originada en la equidad, g. una disposición legal de carácter general, h. un artículo considerado fundamental de un cuerpo legal, i. un artículo o un grupo de ellos de la Constitución Política» (p. 173).Y, claro está, se pueden encontrar muchos otros sentidos más, máxime si añadimos el inmenso acopio de superfluidades desencadenado ahora por quienes le siguen el juego al *best seller* usamericano.

Si es cuestión de hacer ver la *variedad* de reglas –«principios» y otras– capaces de intervenir en el discurso jurídico, y también fuera de él, no faltan quienes han elaborado distinciones señaladamente más finas que las de Dworkin. Desde mucho tiempo atrás, numerosos autores presentaron estudios detallados, y sobre todo mucho más penetrantes que el de Dworkin, donde hacen ver las FUNCIONES MÚLTIPLES asignadas a los principios y demás instrumentos conceptuales empleados por los juristas. Al respecto puede verse, además de la capital monografía de Esser (1956) y el libro de Robles (1984) mencionados antes, p. ej. los trabajos siguientes (pero hay muchos más): Del Vecchio (1921), Crisafulli (1941), Betti (1975, or. 1948: § 57), Laun (1948), Boulanger (1950), Simonius (1952), Puig Brutau (1952: cap. III), Bobbio (1953 y 1956), Jeanneau (1954), Engisch (1967, or. 1956: cap. VI), Huberlant (1965), Carrió (1970), Garstka (1976), etc., etc. –ninguno de esos estudios se consiente licuar el tratamiento de esa cuestión rebajándola al nivel de *Kindergarten* para la dogmática jurídica con que se contenta Dworkin–. [En unas notas del cap. 3, Dworkin (1977/78) menciona los números de algunas páginas de la versión en inglés de dicho estudio de Carrió. Suponiendo que de veras haya leído ese trabajo, llama la atención que Dworkin no se refiere para nada a lo que Carrió tan netamente subraya (§ IV, a saber: que la expresión «principio jurídico» puede significar cosas *muy* diferentes, ¡por lo menos *once*!]

8. Recapitulación

En síntesis, he aquí el resultado de las cuatro tesis examinadas.

•Tesis 1, «one right answer»: reformulación de un mito corriente.

•Tesis 2, el derecho como «novela»: simplemente una metáfora, y más bien despistadora.

•Tesis 3, «el» positivismo jurídico: muy grosera simplificación de las cuestiones abarcadas bajo ese rubro, elaborada con base en el desconocimiento casi total de la principal literatura existente sobre estas cuestiones.

•Tesis 4, «principios»/«reglas»/«directrices»: una clasificación entre tantas otras, por lo demás vinculada a un tratamiento muy simplista en cuanto a los «principios» (con entero desconocimiento, una vez más, de fundamentales comprobaciones y precisiones efectuadas al respecto en estudios claves –y también en muchos otros– publicados antes).

9. Realismo ingenuo como divisa metodológica *sine qua non*[32]

La posición cotidiana, o sea, la propia del pensamiento *pre*-filosófico y asimismo de la visión *no*-científica sobre la realidad, consiste en tener como verdadero todo aquello que *a primera vista* se presenta de la manera como se presenta. Se confía en que esto no puede ser sino así, tal y como se le aparece *in*-mediatamente a nuestros sentidos; en todo caso, sujeto a leves correcciones emergentes del choque con experiencias elementales. O bien, si no se trata simplemente de percepciones sensoriales, se aceptará sin más como cierto cuanto dice la gente en general o la palabra de ciertos círculos de locutores en especial (sacerdotes, escuela, prensa, etc.). Eso es el realismo ingenuo, como actitud general normal. Así, por lo que se refiere en particular al derecho, el realismo ingenuo consiste en tener como indudable, *de antemano*, aquello que los juristas creen y dicen normalmente acerca de su propia labor. Esta es, básicamente, la posición metodológica de Dworkin. Es como si para hacer Filosofía actual viniéramos hoy a encontrarnos ni más ni menos que con una reiteración del conocimiento vulgar prefilosófico, pero pregonado ahora como última palabra para un saber «en serio»[33]. (O como si, para hacer cine «en serio», resulta que ahora fuese menester adoptar la «seriedad» propia de las telenovelas.)

La idea clave en torno a la cual se vertebran los discursos que conforman la labor profesional de los juristas es aquello que Frank llamó, acuñando para ello una expresión difícilmente superable en concisión y exactitud, el *Basic Legal Myth*:

---

[32] Este numeral y los dos siguientes ofrecen una síntesis muy apretada de los desarrollos presentados en la Sección III del libro mencionado en la nota inicial*: «La base de propaganda: realismo ingenuo propugnado como epistemología juridica (La cuestión de la «verdad» en el derecho)».

[33] Mas no consiste en eso la llamada «filosofía del lenguaje común», aunque haya quienes la han interpretado así.

> «the widespread notion that law either is or can be made approximately stationary and certain is irrational and should be classed as an illusion or a myth. [...] This myth is an old one, although its form and expression have often changed» (1970: 13)[34].

De dicho mito surge la habitual afirmación de que cada caso sometido a los tribunales tiene *una*, solo una, solución «correcta», la cual se encontraría ya *pre*establecida en el derecho positivo que el juez debe aplicar. Pero un autor como Frank no permite que nos olvidemos que

> «... the law as we have it is uncertain, indefinite, subject to incalculable changes. [...] The law always has been, is now, and will ever continue to be, largely vague and variable. And how could this well be otherwise? The law deals with human relations in their most complicated aspects. The whole confused, shifting helter-skelter of life parades before it—more confused than ever, in our kaleidoscopic age» (*ibíd*.: 5 y 6).

Por eso, no puede haber discurso jurídico *seguro*, unos criterios de derecho *netos* que se hallen *pre*-establecidos. No los hay, ni en las leyes estatales mismas ni en conjunto alguno de principios (llámeseles jurídicos, morales, políticos o como sea). Ni en ningún otro sitio tampoco.

Al pasar del realismo ingenuo a un realismo *crítico*, la filosofía (en la medida en que ha sido realista) y todas las disciplinas científicas adoptan como punto de partida, antes que nada, la prudencia de saber desconfiar de las apariencias. Como resultado de sus investigaciones han desembocado así en conclusiones que rectifican radicalmente (así, p. ej., la teoría copernicana) tales apariencias, o bien, en todo caso, las cambian por visiones *no*-aparentes de los mismos fenómenos, incomparablemente más profundas (compárese la visión cotidiana del mundo que nos rodea con la de la física). El *approach* de Dworkin se asienta, en cambio, en adoptar como «técnica» de investigación, ni más ni menos que el lema: ¡NO dudemos de las apariencias jurídicas!

Si bien aquella visión ingenua, el *Basic Legal Myth*, sigue reinando como ideología profesional entre los juristas, ello no ha obstado a que, por otro lado, se efectúen también exámenes de *otros* niveles, donde tal ideología no es aceptada sin más. En estos exámenes, *meta*-dogmáticos, llámeseles Filosofía del Derecho o Teoría del Derecho, se ha tratado, sea desde unas u otras perspectivas, de sacar a luz cosas que, precisamente, NO son aquellas que «ven» los juristas. Es un esfuerzo por *sobrepasar* lo que cree el juridicismo ingenuo. En cambio, la «originalidad» de Dworkin consiste en retornar ni más ni menos que a este último. Sin perjuicio de que, como no es extraño aun permaneciendo dentro del realismo ingenuo, este tolere recompo-

---

[34] Para una semblanza de Dworkin *avant la lettre*, no tiene desperdicio, en especial, el cap. VI de la Primera Parte de dicho libro.

ner algunos detalles secundarios en su propio seno, unos que precisamente no cuestionen sus bases mismas y más bien permitan reafirmarlas: así, en nuestro caso, subrayar la inofensiva distinción entre «normas», «principios» y «directrices».

Mas el realismo ingenuo no significa, en este caso, una simple limitación de la mirada, una inocente fe, apenas. La tesis de que hay una sola interpretación «correcta» y sistemáticamente pre-dada ante cada situación jurídica, constituye la mampara legitimadora fundamental del gremio de los juristas. Por eso es adoptada allí como «mito *básico*». La función *pragmática* de este mito, la de camuflar las indeterminaciones propias del lenguaje jurídico y las responsabilidades *personales* de sus operadores, es el recurso retórico por excelencia para justificar la función social y el prestigio laboral –y también la autoestima– de esta profesión[35]. A diferencia de otros realismos ingenuos, la credulidad de Dworkin es sencillamente la reafirmación de algo que, propiamente, no es otra cosa que una *ideología*.

10. Así es... ¡si así *os* parece!
(Dos cartas decisivas: la coraza de la ignorancia y recurso a la credulidad)

a) El realismo ingenuo resulta ser ignorante, no en el sentido de que sus creencias constituyan una pura fantasía, como puede serlo un sueño, etc., sino en cuanto ignora los *alcances* verdaderos de su «realismo». Este *no*-saber hace lo que es su ingenuidad. Pero no excluye que aun ella vaya ligada ahí a un cierto realismo. En efecto, dicha creencia da cuenta de algo que, sea como sea, es cierto que se *presenta* así. Y tal presencia no solo es efecto de ciertas causas reales, por un lado, sino que mediante ella misma es como se provocan, por el otro lado, inclusive efectos subsiguientes en la propia realidad, pues la gente *actúa* de tales o cuales maneras porque «ve» (cree en) *eso*. Aquí viene a cuento, por lo que se refiere a las creencias sociales y las conductas respectivas, el célebre Teorema de Thomas: «Si los hombres definen [*i.e.*, se imaginan] las situaciones como reales, estas *son* reales en sus consecuencias». Por eso, en cuanto al pensamiento jurídico, resulta que, después de todo, lo que dice Dworkin es, si se quiere, más «realista» que unas cogitaciones como (por ejemplo) las de Rawls, aun cuando el primero se queda a años luz por debajo de los conocimientos y las destrezas teoréticas manejados por el segundo.

---

[35] Algo por el estilo es advertido por Troper ya al final de su estudio (1986: 52). Sin embargo, también el examen efectuado por este autor revela, precisamente por el inusitado acopio de minuciosidades conceptuales que consideró necesario desplegar para discutir unos planteamientos como los de Dworkin, que tampoco aquel dejó de tomárselos bien «en serio». No advirtió el *bluff* mismo: ¡le pareció indispensable recurrir a la bomba H para esquivar unas picaduras de mosquito!

El «realismo» de Dworkin consiste en hablar del pensamiento jurídico tal y como este aparece en escena. Y su ingenuidad, en no advertir que se trata de esto justamente, una escenificación, cuya *realidad* consiste en que ahí se recitan unos papeles. Claro, papeles que hacen –lo que también es real– reír o llorar a los espectadores. Empero, abundan los trabajos donde se sacan a luz distintos aspectos de lo que ahí pasa entre bambalinas. Trabajos de los cuales nuestro autor sencillamente no está (o no se da por) enterado: él no aborda los principales argumentos, y muchísimo menos las descripciones de hechos (sociología jurídica, psicología judicial, etc.), que dichos estudios ponen sobre el tapete.

Dicho sin pelos en la lengua: afirmo que Dworkin es un ignorante en epistemología jurídica, o emplea como técnica argumentativa jugar de tal, ya que su «realismo» consiste en NO ocuparse de las principales cosas puestas de manifiesto en gran cantidad de trabajos sobre temas que él mismo, en cambio, se ocupa de reconducir al nivel pre-crítico. Desde luego, tampoco puede decirse que sea imposible que todos esos trabajos estén equivocados y Dworkin no. Pero debiera llamar la atención que, si así fuera y si Dworkin no ignora lisa y llanamente aquellos exámenes, y si está en posesión de razones sólidas para mostrar que todos aquellos están equivocados, él se guarda tan celosamente tales razones. En síntesis: el primero de los dos pilares fundamentales en que Dworkin sustenta sus afirmaciones, es simplemente el recurso, no menos viejo que eficaz, al *mejor es no meneallo.* O simplemente, más cómodo aún para la propia conciencia, no «sabello».

b) El primer pilar señalado, que es, podría decirse así, de tipo negativo, resulta difícilmente separable de otro, de orden positivo. Ese segundo pilar consiste en la credulidad típica del realismo *ingenuo*: quedarse en la «superficie», por así decir, de las cosas. En este caso, es lo de decretar a priori como criterio suficiente y último de la verdad, aquello que los juristas profesionales piensen acerca de su propia labor y *digan* en sus discursos. He ahí la suprema pauta epistemológica para Dworkin. De modo que el *Basic Legal Myth* queda consagrado, sin más, como verdad no menos incuestionable que inescrutable. Marx aconsejaba que, así como a una persona no se la puede juzgar atendiendo simplemente a cuanto ella misma piense o diga acerca de su propia persona, tampoco es cuestión de creerse como si tal cosa la manera en que los grupos sociales se «ven» cada uno de ellos a sí mismo, su propia ideología. Este cuidado, la guía heurística más elemental para examinar los discursos legitimadores del comportamiento social[36], no cuenta para Dworkin; en todo caso, la precaución no sería aplicable a los juristas.

[36] Independientemente, claro está, de las maneras específicas como de ese consejo hayan llagado a hacer uso (¡o no!) los marxistas en sus propios análisis.

Desde luego, una advertencia como la de Marx no hay que usarla de modo tal que se caiga en la exageración contraria: dar por supuesto, en forma no menos apriorista, que *todo* lo que un grupo afirme de sí mismo es necesariamente falso. En qué medida lo es o no lo es, no se contesta apriorísticamente. Asunto para investigaciones *empíricas*, en cada caso. Pues bien, ¿qué examen empírico nos presenta Dworkin acerca del pensamiento jurídico? Lo que él nos cuenta es «empírico», en efecto, pero en el sentido del realismo ingenuo. Su empiricidad («realismo») consiste en repetir ciertas cosas que los juristas *dicen* y dar por presupuesto que, puesto que ellos las dicen *así*, entonces queda demostrado que *esa* es la VERDAD. Como en la célebre pieza teatral de Pirandello, *mutatis mutandis* pareciera que, para Dworkin, el supremo criterio de qué sea cierto no puede ser otro que: «Così è (se vi pare)...» –si ese «vi» es el gremio de los juristas–. Así es como el *Basic Legal Myth* queda garantizado como verdad que no admite contraprueba, pues la prueba absoluta y suficiente residiría ni más ni menos que en lo dicho por el propio mito. La ingenuidad de Dworkin reside, pues, en que tampoco él se ubica mucho más allá del nivel de conciencia en que se mueve la propia doctrina jurídica profesional.

11. La estrategia de defensa: ¡por favor, no distinga!
(mezcolanzas entre «es» y «debe»; extrapolación retórica del término «verdad»)

a) Para justificar su credulidad, Dworkin ensaya una escapada del *es* al *debe*; o simplemente entrevera ambos planos. Como criterios para juzgar sobre la *verdad* de sus afirmaciones, invoca lo que no son sino unos juicios de *valor*:

> «Cuando los jueces cometen errores respecto de los derechos jurídicos incurren en *injusticia*... No hay razón para atribuir a ningún otro grupo (que el de los jueces) determinado una mejor *capacidad* para la argumentación moral [¡sí, como los «sabios» en la República de Platón!]; o si la [y lo] hay, entonces lo que hay que cambiar es el proceso de selección de los jueces, *no las técnicas* para juzgar que se les pide que usen» (1984: 207-208). «Una teoría del derecho debe ser a la vez conceptual y *normativa*» (32). «Con el sistema actual *aspiramos* a que la adjudicación sea cuestión de *principio*. [...] La norma del derecho es un ideal *más noble* que la norma de los textos jurídicos» (463-464). [Las cursivas son todas mías, E.P.H.]

Mas la verdadera cuestión, salvo para un realista ingenuo, no es si esos intérpretes *creen*, o es bueno que «supongan», que existe una sola interpretación «correcta», o si de todos modos «aspiran» a que así sea (463). ¿Quién niega que tales deseos existen? Sin embargo, nos guste o no nos guste, la *práctica* jurídica muestra más bien lo contrario de aquello que los juristas en general, y Dworkin con ellos, «desean» y hasta creen al respecto. Díga-

se lo que se diga, los hechos –¡no los «supuestos» ni las «aspiraciones»!– proclaman a gritos que las discusiones jurídicas NO suelen conducir a que los participantes logren ponerse de acuerdo al interpretar las leyes aplicables; más aún, muchas veces ni siquiera coinciden sobre cuáles de estas son pertinentes para el caso discutido. Las «construcciones» de unos no concuerdan con las de otros, ni ha podido descubrirse alguna forma en que *razonando* logren zanjarse esas diferencias entre juristas que sostienen posiciones contrarias. Cada uno de ellos dirá, por supuesto, que solo la «construcción» que él mismo admite es la *verdadera* interpretación del derecho vigente y que las demás son «erróneas». Ponerse a discutir con Dworkin si alguna de esas posiciones tendrá mejor derecho que otras a apropiarse del uso de términos como «verdad» o «correcto», es esencialmente una cuestión de palabras –aunque esta, como tantas otras cuestiones de palabras, pueda tener sus efectos pragmático-retóricos–. En el mejor de casos, es una disputa de tipo escolástico.

b) Frente a observaciones por el estilo, lo central de las contestaciones que Dworkin ofrece para fundamentar su confianza en el *Basic Legal Myth*, está dado en las palabras siguientes:

> «Nadie ha demostrado aún que, del hecho de que haya gente razonable que no esté de acuerdo sobre determinada proposición ni coincida en ningún criterio capaz de caracterizar como decisivo algún nuevo descubrimiento, se siga que la proposición no sea –exclusivamente por esa razón– ni verdadera ni falsa» (457; cf. también 397 ss. y 460 ss.).

La trampa de semejante argumento es demasiado burda. Se trata simplemente de una *petitio principii*, conocida desde hace muchísimo tiempo. Lo que Dworkin dice, consiste en dar ahí por presupuesto cuanto para ese contexto habría que empezar justamente por probar, a saber: que aquello para lo que se usa el concepto de «verdad» en las ciencias de la *naturaleza*, o acaso para enunciados analíticos como los de la lógica formal, es más o menos lo mismo que ESO (argumentaciones de los juristas) para lo que Dworkin hace el pase de manga de aplicarle la misma *palabra* tratándose de unas soluciones imputadas al derecho. O bien, como ya señalé, todo su examen del discurso jurídico se basa en dar por descontado que no ha de ponerse en duda lo que sus propios protagonistas *digan* al respecto.

12. Conclusión: «Los límites de mi lenguaje [jurídico profesional] son los límites de *mi* mundo [intelectual]»

La célebre sentencia de Wittgenstein, «Los límites de mi lenguaje constituyen los límites de mi mundo» (*Tractatus:* § 5.6), encuentra un ejemplo paradigmático, por lo que hace a la reflexión sobre el pensamiento jurídico, en el «mundo» conformado por las ideas que retoma Dworkin. Para este au-

tor, límite absoluto es el idioma inglés. Y por añadidura, mucho más adentro de estas mismas fronteras, él tiene por infranqueables, especialmente, las barreras intelectuales a que se atiene el ejercicio normal de la profesión jurídica, su aldea gremial. Quedan afuera de antemano, como galaxias insospechadas, conocimientos fundamentales que los principales estudios publicados en lenguas extranjeras, y aun distintos autores de habla inglesa, han puesto de manifiesto sobre los temas en cuestión. Dworkin contempla el mundo, en especial el del derecho, encogido a lo que pueda entrar en el ojo de aguja de su propia especialización comarcal, confinada a unos diálogos y lecturas herméticamente iusprovinciales. Su forma de argumentar queda básicamente circunscrita, en todo respecto, a «jugar» unos esquemas de razonamiento como los que aprendió para desempeñarse como abogado

En cambio, únicamente si se aprende a hablar también de OTRAS maneras teoréticas que las cultivadas por los juristas en el desempeño de sus discursos profesionales, se abre la posibilidad de examinarlos en forma realista, esto es, con ayuda de ciertos *meta*-lenguajes donde las fronteras de aquellos discursos (lenguaje-objeto) consiguen verse desde AFUERA, no simplemente como estos discursos se *auto*-«presentan». La gramática de esos *otros* lenguajes consiste, por el contrario, en *sobrepasar* unos límites fundamentales a que suele quedar sometido el pensamiento de los juristas: fórmulas vacías, platonicismo normativista, etc. Ello permite que la reflexión acerca del derecho no sea simplemente de orden «constructivo», sino sobre todo *crítico*. Entonces tampoco la palabra de los juristas queda exonerada de someterla a estudios que no compartan los prejuicios propios de aquellos: se procede a examinar de maneras *NO* dogmáticas esos discursos.

Si bien se mira, la «seriedad» de Dworkin consiste en tomar como piedra de toque que los discursos de los juristas presuponen el *Basic Legal Myth.* Solo que ese autor, sin perjuicio de mantener esta misma orientación como divisa fundamental, cambia ahí la palabra «Myth» por *truth*. Y como, para Dworkin, cuanto el común de los juristas *cree* hacer –o, en todo caso, lo que *dicen* hacer– no puede menos que ser VERDAD, esto alcanza y sobra para demostrar, según él, todo lo que hace falta. ¡Preciosa *prueba*! Unas vacas de la India tienen facultades sobrenaturales, nadie lo dude, porque es muy cierto que allí muchos las ven como sagradas!

En definitiva, la hazaña de Dworkin es haber conseguido colocar, en el mercado actual de los intercambios académicos de ideas, un refrito de propaganda a la profesión jurídica que, puesto de la manera más breve, responde a la fórmula siguiente: *LC.FV.IP* ➙ *AC.EV*. **[[** LC: **lugares comunes** en Teoría del Derecho (entrecruzamientos de derecho y moral, etc.). FV: **fórmulas vacías** persuasivas («principio de unidad», etc.). IP: la **ideología profesional** básica de los juristas («one right answer», etc.). AC: **apología**

del «**cielo**» juridicista («modelo constructivo», «la mejor solución posible»). EV: **efecto Vicente**. **]] —** Atento a la cosecha de académicos actuales fascinados por semejantes «novedades», cae como anillo al dedo un dicho costarricense:

¡Quien no ha conocido altares, se inclina ante un horno!

Trabajos citados

AA.VV. (1976): Hans-Joachim Koch (Ed.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie* (Teoría jurídica del método y filosofía analítica), Athenäum, Kronberg/Ts., 1976.

AA.VV. (1985 y 1986): *Droit et Société. Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique*, Nº 1, (agosto 1985) y 2 (enero 1986), París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

AA.VV. (1993): Agustín Squella (Ed.), *Ronald Dworkin. Estudios en su Homenaje*, Revista de Ciencias Sociales, Nº 38, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso (Chile), 1993.

AA.VV. (1999): José .F. Palomino Manchego (Dir.), *Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho (De Kirchmann a la discusión epistemológica actual)*, Grijley, Lima, 1999.

ALBERT (1994): Hans Albert, *Kritik der reinen Hermeneutik* (Crítica de la hermenéutica pura), Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1994.

ANDRESKI (1973): Stanislav Andreski, *Las ciencias sociales como forma de brujería* (trad. del ing. Juan Carlos Curruchet), Madrid, Taurus (col. Ensayistas Nº 102), 1973.

BARTH (1997): José .Franciso Barth Jiménez, *Los principios generales del derecho y la jurisprudencia costarricense*, Tesis de Grado presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1997.

BETTI (1975): Emilio Betti, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos* (Intr. y trad. J.L. de los Mozos), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado/Editorial de Derecho Reunidas, 1975. [Or. it. 1948; 2ª ed. it., revisada y ampliada, 1971. Comentario: E.P. Haba, «Sur une "méthodologie" de l'interprétation juridique», *Archives de Philosophie du Droit*, t. XVIII, 1973, pp. 370-383.]

BOBBIO (1953): Norberto Bobbio, «Principî generali di diritto», *Novissimo Digesto Italiano*, t. XIII, pp. 887-896, Torino, U.T.E.T, 1966.

BOBBIO (1956): Id., «Per una classificazione degli imperativi giuridici», *Scritti giuridici in memoria de Piero Calamandrei*, t. I, pp. 109-122, Padova, Cedam, 1956. [Trad. Alfonso Ruiz Miguel: «Para una clasificación de las normas jurídicas», en N. Bobbio, *Contribución a la Teoría del Derecho*, pp. 293-306, Valencia (Esp.), Fernando Torres, 1980.]

BOBBIO (1961): Id., «Diritto e morale nell'opera di Giorgio del Vecchio», en *Scritti vari di Filosofia del Diritto* raccolti per l'inaugurazione dellaBibioteca Giorgio del Vecchio, pp. 71-91, Milán, Dott A. Giuffrè, 1961.

BOBBIO (1965): Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Comunità, 1965. [Trad. parcial Ernesto Garzón Valdés, con rev. técn. a cargo del trad. y de

Genaro .R. Carrió: *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Eudeba, 1965 –ensayos publ. or. it. entre 1958 y 1962–.]

BOULANGER (1950): Jean Boulanger, «Principes généraux du droit et droit positif», *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, t. I, pp. 51-74, París, L.G.D.J, 1950.

CALSAMIGLIA (1984): Albert Calsamiglia, «Ensayo sobre Dworkin», en Dworkin 1984, pp. 7-29.

CALSAMIGLIA (1985): Id., «¿Por qué es importante Dworkin?», *Doxa*-2, 1985, pp. 159-165.

CÁRCOVA (2000): Carlos María Cárcova, «Derecho, conocimiento y literatura», manuscrito inédito (11 pp.).

CARRIÓ (1965): Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965. [Hay una 4ª ed. corregida y aumentada, 1990].

CARRIÓ (1970): Id., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970. [También en la 4ª ed. de Carrió 1965, pp. 199-214.]

CARRIÓ (1980): Id., «Professor Dworkin Views on Legal Positivism», *Indiana Law Journal*, t. 55/Nº 2, 1979-1980, pp. 209-246. [Vers. esp.: «Dworkin y el positivismo jurídico», en G.R. Carrió, *Notas...* (4ª ed.), pp. 321-371.]

CRISAFULLI (1941): Vezio Crisafulli, «Per la determinazione del concetto dei principî generali del diritto», *Rivista Internationale di Filosofia del Diritto*, año XXI/serie II, fascículos I-II (pp. 41-63), III (pp. 157-181) y IV-V (pp. 230-264), 1941.

DEL VECCHIO (1921): Giorgio Del Vecchio, *Sui principî generali del diritto*, 1921 (con varias ed. post.). [Trad. Juan Ossorio Morales: *Los principios generales del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979.]

DWORKIN (1977/78): Roland Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Massachusetts), Harvard University Press, 1977 (1ª ed.) y 1978 (reed. ampliada con «Appendix: A Reply to Critics»).

DWORKIN (1984): Id., *Los derechos en serio* (trad. Marta Guastavino, de la ed. 1978 de *Taking Rights Seriously*), Barcelona, Ariel, 1984.

DWORKIN (1985a): Id., «La Chaîne du droit» (trad. del ing. Françoise Michaut), AA.VV. (1985), pp. 51-79.

DWORKIN (1985b): Id., «La théorie du droit comme interprétation» (trad. del ing. Françoise Michaut), *Ibíd.*, pp. 81-92.

ENGISCH (1967): Karl Engisch, *Introducción al pensamiento jurídico* (trad. Ernesto Garzón Valdés, Presentación Luis García San Miguel), Madrid, Guadarrama, 1967 [or. al. 1956].

ENGISCH (1968): Id., *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales* (trad, Juan José Gil Cremades), Universidad de Navarra, Pamplona,1968 [or. al. 1953].

ENGISCH (1971): Id., *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Haupthemen der Rechtsphilosophie* (En búsqueda de la justicia. Temas principales de la Filosofía del Derecho), Munich, Piper, 1971.

ESSER (1956): Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1956 (y numerosas reed.).

[Trad. Eduardo Valenti Fiol: *Principios y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Bosch, Barcelona, 1961.]

ESSER (1970): Id., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung* (Precomprensión y elección del método en la obtención del derecho), Francfort, Athenäum, 1970 [Comentario: E. P. Haba, «Précompréhension et rationalité dans le travail du juge», *Arch. phil. droit*, t. 20, 1995, pp. 385-400; una versión en español de este comentario, considerablemente ampliado, es Haba 1999].

FRANK (1970): Id., *Law and the Modern Mind*, Gloucester (Mass.), Peter Smith, 1970 [or. 1930].

GARSTKA (1976): Hansjürgen Gartska, «Generalklauseln» (Cláusulas generales), AA.VV. (1976), pp. 96-123.

GEIGER (1979): Theodor Geiger, *Über Moral und Recht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1979 [or. danés 1946]. [Trad. Ernesto Garzón Valdés: *Moral y derecho*, Barcelona, Alfa, 1982.]

GOTTLIEB (1968): Gidon Gottlieb, *The Logic of Choice*, George Allen & Unwin, Londres, 1968.

HABA (1996a): Enrique. P. Haba., «Una discusión: ¿Quiénes son los "irracionalistas" en la Teoría del Derecho? (Por qué algunos no confiamos en que sean tan "racionales", ni "razonables", los enfoques hoy dominantes en esa Teoría)», *Doxa*-19, 1996, pp. 385-402. [Una versión ampliada de este estudio se encuentra en AA.VV (1999), pp. 271-315.]

HABA (1996b): Id., «Standortbestimmung zeitgenössischer Rechtstheorie – Rawls, Dworkin, Habermas und andere Mitglieder der "Heiligen (Rede-)Familie"» (Emplazamiento de la Teoría del Derecho contemporánea – Rawls, Dworkin, Habermas y otros miembros de la "Santa (charla-)Farmilia"), *Rechtstheorie (Habermas-Sonderheft)*, t. 27/Nº 3, 1996 [publ. 1998], pp. 277-327.

HABA (1997): Id., «Variantes del pensamiento escapista en una moderna "Santa Familia": sobre Rawls, Habermas, etc. (Acerca de la concepción "misionera" para las ciencias sociales)», *Sistema*, Nº 137 (marzo 1997), pp. 109-125, Madrid.

HABA (1998): Id., «Teorización constructivista como "forma de vida" (Sobre "formas y reglas" del discurso jurídico en los tribunales inexistentes)», *Doxa*-21(1998)/vol I, pp. 147-170.

HABA (1999): Id., «Precomprensiones, racionalidad y métodos, en las resoluciones judiciales», *Doxa*-22 (1999), pp.49-78.

HABA (2000): Id., «Semiótica ilusionista y semiótica desencantadora. Mitomanías de la Razón "constructivista": ¿racionalidad de los juristas o racionalidad de los iusemióticos?», *Doxa*-23 (2000), pp. 561-596.

HART (1958): Herbert Lionel Adolphus Hart, «Positivism and the Separations of Law and Morals», *Harvard Law Review*, t. 71/Nº 4, 1958, pp. 593-629. [Trad. G.R. Carrió: «El positivismo y la separación entre el derecho y la moral», en H.L.A. Hart, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 1-64.]

HENKEL (1977): Heinrich Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, Munich, C.H. Beck, 1977 (2ª ed. reelaborada y muy ampliada; 1ª ed. 1964). [Trad. E. Gimbernat Ordeig, de la 1ª ed.: *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1968.]

HOSPERS (1961): John Hospers, *Human Conduct*, Nueva York, Harcourt, Brace & World, 1961. [Trad. J. Cerón: *La conducta humana*, Madrid, Tecnos, 1964.]

HUBERLANT (1965): Charles Huberlant, « Antinomies et recours aux principes généraux du droit », *Les antinomies en droit* (Travaux du Centre National de Recherches de Logique, Ed. Chaïm Perelman), pp. 204-236, Bruselas, Emile Bruylant, 1965.

JACKSON (1985): Bernard S. Jackson, *Semiotics and Legal Theory*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1985.

JEANNEAU (1954): Benoît Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, París, Sirey, 1954.

KELSEN (1958): Hans Kelsen, *¿Qué es la teoría pura del derecho?* (trad. Ernesto Garzón Valdés), Universidad Nacional de Córdoba R.A., 1958 [or. al. 1953].

KELSEN (1982): Id., *Teoría pura del derecho* (trad. R.J. Vernengo, de la 2ª. ed. al. 1960), Universidad Nacional Autónoma de México, 1982 (2ª reed.).

LAUN (1948): Rudolf von Laun, «Allgemeine Rechtsgrundsätze» (Principios generales del derecho), *Beiträge zur Kultur und Rechtsphilosophie. Festschrift für Gustav Radbruch*, pp. 117-138, Heidelberg, Adolf Rausch, 1948.

LAUTMANN (1972) : Rüdiger Lautmann, *Justiz – die stille Gewalt* (Justicia: forma callada de Poder), Francfort, Fischer Athenäum Taschenbücher (FAT 4002), 1972.

LÉVY-ULLMANN (1925): Henri Lévy-Ullmann, *La definición del Derecho (Introducción general al estudio de las ciencias jurídicas.—I)* (trad. César Camargo y Marín; pról. Quintiliano Saldaña), Madrid, Góngora, 1925.

LLEWELLYN (1930): Karl N. Llewellyn, «A Realistic Jurisprudence – The Next Step», *Columbia Law Review*, t. 30, 1930, pp. 431-465.

LLEWELLYN (1977): Id., *Recht, Rechtsleben und Gesellschaft* (Derecho, vida del derecho y sociedad), Berlin, Duncker & Humblot, 1977.

PUIG BRUTAU (1952): José Puig Brutau, *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Barcelona, Bosch. s./f. (probl. 1951 o 1952).

RADBRUCH (1970): *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, E. F. Kohler, 1970 (7ª ed., a cargo de Erik Wolf; efectuada a partir la 3ª ed. del autor, 1932). [Trad. de José Medina Echavarría: *Filosofía del Derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1933 y posteriores reed.]

ROBLES (1984): Gregorio Robles, *Las Reglas del Derecho y las Reglas de los Juegos. Ensayo de Teoría analítica del Derecho*, Facultad de Derecho de Palma de Mallorca, 1984.

ROSS (1958): Alf Ross, *On Law and Justice*, Londres, Stevens & Sons, 1958. [Trad. G.R. Carrió: *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963.]

ROSS (1969): Id., *El concepto de validez y otros ensayos* (trad. del ing. por G. R. Carrió *et al.*), Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969.

SAVIGNY (1840): Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* (Sistema del Derecho romano actual) I, 1840 (con varias reed.). [Trad. W. Goldschmidt: «Los fundamentos de la ciencia jurídica», en Savigny/Kirchmann/Zitelmann/Kantorowicz, *La Ciencia del Derecho* , Buenos Aires, Losada, 1949, pp. 27-246.]

SCARPELLI (1965): Uberto Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milán, Comunità, 1965.

SCHRECKENBERGER (1978): Waldemar Schreckeinberger, *Rhetorische Semiotik*, Munich, Karl Alber, 1978. [Trad. Ernesto Garzón Valdés: *Semiótica retórica*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.]

SILVING (1955): Helen Silving, «The Twilight Zone of Positive and Natural Law», *California Law Review*, 1955.

SILVING (1958): Id., «Positive Natural Law», *Natural Law Forum*, 1958. [Este texto y el anterior, trad. Genaro R. Carrió, forman el librito: *Derecho positivo y derecho natural*, Buenos Aires, Eudeba, 1966.]

SIMONIUS (1952): August Simonius, «Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts» (Sobre la significación, origen y transformación de los principios del derecho privado), *Hundert Jahre Schweizerisches Recht* (Jubiläum Ausgabe, Nouvelle Série, t. 71/1ª mitad), pp. 237-273, Helbing & Lichtenhahn, Basilea, 1952.

TOPITSCH (1985): Ernst Topitsch, *Erkenntnis und Illusion* (Conocimiento e ilusión), Tubinga, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), , 1985.

TROPER (1986): Id., « Les juges prix au sérieux, ou la théorie du droit selon Dworkin », AA.VV. (1986), pp. 41-52.

WILLIAMS (1945/46): Glanville Williams, «Language and the Law», *The Law Quarterly Review*, vols. 61 (pp. 71-86, 179-195, 293-303, 384-406) y 62 (pp. 387-406), Londres, Stevens & Sons, 1945 y 1946.

WITTGENSTEIN (1953): Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen* (Investigaciones filosóficas), Oxford, 1953 (con numerosas reed.).

¿QUÉ PASA ACTUALMENTE EN LA TEORÍA DEL DERECHO ALEMANA?* Un breve bosquejo general

Minor E. Salas
Universidad de Costa Rica

«Soviel Stimmen soviel Sprachen, kaum noch einander verständlich, viel Scharfsinn, selten spielende Streiflichter des Feinsinns oder das erschreckende und beglückende Wetterleuchten des Tiefsinns, am seltensten das schlicht für sich selbst zeugende Siegel der klassischen *Einfachheit*!» Gustav Radbruch (Rechtsphilosophie, § 3).

La actual Teoría del Derecho alemana no es desconocida en el ámbito hispanohablante. Todo lo contrario, los temas y autores que tienen por sede académica la tierra de Goethe han sido históricamente –y lo son hoy día– objeto de extensas discusiones en la literatura española y latinoamericana.[1] Si me he decidido a escribir estas líneas es porque estimo útil ofrecer una *visión panorámica* o de conjunto sobre los principales tópicos, corrientes y autores que se discuten actualmente en la Teoría del Derecho (Rechtstheorie) de estas latitudes (para detalles véase Alexy et al., en: *Archiv für Rechts– und Sozialphilosophie,* ARSP, suplemento Nr. 44). Resulta claro que por la naturaleza del trabajo me veo obligado a ser esencialmente descriptivo en mis apreciaciones y comentarios, pues la idea de un esquema general –y si se quiere pedagógico– no sería ejecutable si me dedicara a una crítica pormenorizada de cada una de las corrientes aludidas. Sin embargo, he tratado, en el marco de lo posible, de ofrecer al lector algunos comentarios críticos en torno a las principales fortalezas y debilidades de las teorías y autores que se mencionan.

---

* El presente artículo constituye una versión ampliada y algo modificada del epílogo que escribí para el libro de Hans Albert: «La Ciencia del Derecho como Ciencia Real» recientemente traducido por mí y que se publicará prontamente en la Editorial Temis S.A., Colombia, 2002, al cual remito para detalles importantes.

1 Si en lo sucesivo me limito a citar casi sólo la literatura alemana, no es por falsos «chauvinismos» o porque los estudios en España o en Latinoamérica sobre la materia sean escasos. Todo lo contrario, la discusión sobre Teoría y Filosofía del Derecho en estas latitudes es del más alto nivel. Mi omisión se debe más que todo a razones de espacio y al objeto de la investigación (la Teoría del Derecho alemana).

Para efectos de exponer el panorama de la forma más clara posible, voy a dividir el ensayo en dos partes: la primera parte **(I)** es una corta reflexión histórica, pues me parece que resulta más fácil comprender la situación actual si se tiene presente, aunque sea a grandes rasgos, la evolución sufrida por la Teoría del Derecho alemana en las últimas décadas. La segunda parte **(II)** es la exposición de algunas de las concepciones que dominan la discusión en Alemania en dicha materia.

I. Esbozo histórico de la Teoría del Derecho alemana

Hay dos temas que llaman la atención cuando se estudia la Teoría del Derecho alemana, a saber: los distintos estadios por los que ha atravesado ésta y la disputa en torno al concepto mismo de «Teoría del Derecho».

A. Respecto al primer punto, se puede decir que el desarrollo histórico de la Teoría del Derecho alemana atraviesa después de 1945 -fecha en que se da una ruptura con la tradición anterior– por **tres** estadios concretos (sigo aquí parcialmente a Neumann, en: AA.VV. [1994a], pp. 145 y ss., y a Dreier, 1995):

1. El primer estadio se conoce como el «Renacimiento del Derecho natural».
2. El segundo estadio es una época de dominio de las «teorías analíticas» (latu sensu).
3. El tercer estadio es una época de dominio de las «teorías éticas» (normativismo).

De allí que si se desean utilizar unas categorías generales, algo así como «tipos ideales», que resulten fáciles de recordar, entonces me gustaría desarrollar la tesis de que el desarrollo histórico de la Teoría del Derecho en Alemania atraviesa en el último medio siglo por: 1) una fase metafísica 2) por una fase escéptica y 3) por una fase axiológica. Véamos un poco en detalle cada uno de estos tres periodos:

1. *«La necesidad no sólo nos enseña a mendigar, sino también a filosofar»*, sentenciaba uno de los maestros de la filosofía alemana del siglo pasado, me refiero a Gustav Radbruch. Él tenía razón. Qué tan unidos se encuentran la calamidad humana y la filosofía (en especial la metafísica) se refleja con absoluta claridad si se estudia lo sucedido con la Filosofía del Derecho después de 1945. Es después de esta fecha que los juristas germanos se retrotraen sobre sí mismos con el objetivo de responder a la pregunta: ¿Cómo pudieron suceder tales horrores? Es en el intento por responder a esta interrogante existencial donde Radbruch, nuestro autor ya citado, y en un acto que traiciona a su genial lucidez, responderá: «¡El positivismo jurídico dejó a todos los juristas indefensos!» (1999, p. 215). Pero, indudablemente que no fue el «positivismo jurídico» quien maniató a los juristas,

dejándolos impotentes (wehrlos) contra los crímenes y las arbitrariedades de los Nazis. No. Fue su propia conducta y su propia voluntad –o en todo caso la imposición de una voluntad ajena– pero no el «positivismo» que, en cuanto construcción teórico-normativa, es inexistente más allá de unos agentes humanos.

Pero este no es nuestro tema. Nuestro tema ahora es la trascendencia del Derecho y es justamente en esta trascendencia donde buscarán los juristas alemanes las respuestas a lo acaecido. Se hablará una y otra vez del «ewige Wiederkehr des Naturrechts» (del eterno retorno del Derecho natural, Rommen, 1947). Durante la década siguiente, la gran mayoría de las reflexiones básicas en torno al Derecho estuvieron dominadas por el intento de fundamentar las decisiones jurídicas en unos valores «objetivos» y «trascendentes». Para ello se acudió con frecuencia a los trabajos de Nicolai Hartmann y a los de Max Scheler. Pero también florecieron una buena cantidad de trabajos de la escuela tomista de Derecho natural (Fuchs, 1955; Funk, 1950; Messner, 1950), y de la iglesia católica y protestante (Brunner, 1943). Se cumplió así a cabalidad con la categórica máxima de Jean Paul de que el «Derecho natural sólo se encuentra en las iglesias o en las guerras». Incluso la jurisprudencia del Tribunal Superior Federal (BGH) fundamentó varias de sus sentencias acudiendo directamente a argumentos «naturalistas» o a «leyes morales» superiores (Rüthers, 1999, p. 248).

2. *Pero el tiempo es el demiurgo del olvido*. Después de casi una década, los argumentos basados en unos valores atemporales y ahistóricos comenzaron a parecer poco convincentes. El descontento creció. Fue Hans Welzel quien en 1951 con su libro *Derecho natural y justicia material (Naturrecht und materiale Gerechtigkeit)* arremetió seriamente contra muchos argumentos del Derecho natural al señalar: «Todos aquellos juicios de valor que coloca previamente el defensor del Derecho natural en las cosas son los que después vuelve a sacar a la luz, simplemente que ahora asignándoles el nombre de 'Derecho natural' o 'metafísico'» (p. 241). Con este malestar se iniciará un movimiento que busca fundamentar el Derecho ya no en categorías metafísicas sino más bien ontológicas. Es así como nace en Alemania una virulenta discusión que se conoce con el nombre de: «Die Natur der Sache» (naturaleza de las cosas) y que se extendería por varias décadas más (ejemplar: Kaufmann, 1965; Dreier, 1965; G. Sprenger, 1976). El problema central con que se enfrentaría este debate es el de la fundamentación de las categorías jurídicas partiendo de unas «estructuras lógico-objetivas» –como les llamaría Welzel– las cuales son impuestas a la consciencia humana por medio del orden inmanente que subyace a la realidad. Estas estructuras representarían algo así como las condiciones de posibilidad del ser y del pensar.

Tiempo después, en especial con la publicación de dos obras: *Tópica y Jurisprudencia* en 1953 *(Topik und Jurisprudenz)* de Theodor Viehweg y *Principio y norma en el proceso de desarrollo judicial del Derecho privado* en 1956 *(Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts)* de Josef Esser, se inicia una nueva fase en la Filosofía del Derecho alemana. Es aquí donde empieza el periodo que he llamado *escéptico* y que constituye a la vez la época más crítica y productiva de la Teoría del Derecho germana. Una de las características medulares de esta fase es la marcada preocupación en torno a los problemas metodológicos y con ello la incorporación oficial al curriculum académico de la Metodología Jurídica (de acuerdo Neumann, en: AA.VV. [1994b], pp. 158 y ss.). Dentro de esta nueva fase metodológica jugaría un papel importante la obra de Karl Engisch: *Introducción al pensamiento jurídico,* 1956 *(Einführung in das juristische Denken)*, que prevalece hasta la fecha como un clásico en la materia. Es a lo interno de esta naciente discusión donde se ponen en entredicho, por ejemplo, categorías como las de: sistema jurídico, subsunción, interpretación, valoración, vínculo a la ley, etc. Se inicia con ello el largo debate en torno a dos formas o manifestaciones del razonamiento jurídico: el «Sistemdenken» (pensamiento sistemático) y el «Problemdenken» (pensamiento problemático). El trabajo más representativo e influyente en esta línea es el de Wilhelm Canaris: *El concepto de sistema y el pensamiento sistemático en la ciencia jurídica,* 1969 *(Systembegriff und Systemdenken in der Rechtswissenschaft).*

El marcado escepticismo en torno a la posibilidad de «fundamentación» del Derecho proviene de varios flancos, pero sobre todo de las corrientes hermenéuticas y analíticas. En el plano de la Hermenéutica como disciplina de la comprensión de «sentidos» se lanza el llamado a tomar en cuenta no sólo el texto legal, sino también los aspectos subjetivos o vivenciales de quien interpreta. Este giro hacia el sujeto se vió, con seguridad, favorecido por la influencia, todavía perceptible en ese entonces, del Existencialismo (Jaspers, Scheler, Heidegger). La obra derrotera en esta dirección hermenéutica es, indudablemente, la de Josef Esser: *Pre-concepción y elección del método en el proceso de encontrar el Derecho,* 1970 *(Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung),* aunque ya Karl Engisch con su conocida tesis de que el acto de interpretar las normas jurídicas consiste en un «ir y venir de la mirada entre una premisa mayor (la ley) y los supuestos fácticos de la vida», se había adelantado a lo que se dirá después (partiendo de las influyentes ideas de Hans G. Gadamer, *Verdad y Método = Wahrheit und Methode,* 1960).

Por otro lado, en el plano de las corrientes analíticas surgen importantes investigaciones que después llegarían a convertirse en campos autónomos

de estudio y que agudizan igualmente el escepticismo sobre el carácter de la ciencia jurídica. Todas estas investigaciones tienen en común un interés por la formalización del Derecho, acudiendo para ello a disciplinas como la Lógica, la Teoría de las ciencias, la Lingüística. Los trabajos pioneros de Engisch: *Estudios lógicos en torno a la aplicación del Derecho,* 1943 *(Logische Studien zur Gesetzanwendung)* y de Klug: *Lógica jurídica,* 1951 *(Juristische Logik)* ganarían en importancia. Se inicia aquí un extenso debate sobre dos cuestiones principales: sobre el grado de utilidad de la lógica en las discusiones jurídicas y sobre qué tipo de lógica es el que debe emplearse allí. Esta discusión se vió abonada considerablemente por las investigaciones en torno a la lógica deóntica (Weinberger, 1970; Rödig, 1972). En esta misma línea analítica surgirá, en segundo lugar, un gran interés por el esclarecimiento lingüístico de los conceptos jurídicos desarrollándose así importantes estudios en torno a los conceptos indeterminados, la vaguedad, la porosidad y la ambigüedad del lenguaje jurídico (el autor más representativo aquí es, sin duda, Hans J. Koch, 1976 y 1977). Una tercera línea de trabajo que se desarrolla en este plano está dada por la llamada «Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft». De especial mención aquí son las reflexiones de Eike von Savigny o de Neumann (en: AA.VV. [1976]).

3. La tercera fase a la que he aludido está dominada por un regreso de la Teoría del Derecho al problema de la «fundamentación» normativa (que había sido prácticamente abandonado durante el segundo periodo). Este problema, que ya se encontraba presente y alcanzó su clímax en la época de postguerra, adquiere, sin embargo, en la actualidad un perfil muy diferente. Ahora no se trata de fundamentar las categorías jurídicas a partir de unos valores trascendentes, atemporales y ahistóricos, ni tampoco de encontrar unos valores inmanentes o derivados de la «naturaleza de las cosas», sino que se acude a otros criterios. Se trata aquí, pues, tal y como describe Neumann, de un intento de desarrollar una «*ética jurídica sin metafísica*» (en: AA.VV. [1994a], p. 179). La pregunta por el «Derecho correcto» (richtiges Recht), que era propia del movimiento neo-kantiano y en especial de Rudolf Stammler, vuelve a renacer con toda vitalidad, sólo que ahora con ropajes secularizados. Algunos actores importantes en esta nueva fase «eticisista» son, tal y como veremos de seguido, Horkheimer, Habermas, Adorno o incluso Ernst Bloch, pero también se asiste a una considerable influencia de los teóricos norteamericanos: John Rawls y Ronald Dworkin, así como de las denominadas «teorías jurídicas de la argumentación» (Atienza, 1997).

Los fundamentos teóricos de los que parte esta nueva fase ética los propicia la llamada «filosofía práctica». Es indudablemente dentro de este contexto que se ha experimentado en las últimas décadas un florecimiento sin

igual en el ámbito de las teorías éticas (emotivismos, naturalismos, intuicionismos, corrientes analíticas, pragmáticas, utilitaristas, consecuencialistas, relativistas, etc.). Este renacimiento de las teorías axiológicas encuentra su origen en la toma de consciencia de un «estado espiritual» que agobia a muchas sociedades modernas y que se caracteriza por los siguientes rasgos: destrucción del medio ambiente, crecimiento poblacional, desigualdad masiva entre las formas de vida de los países «desarrollados» tecnológicamente y los países de la «periferia», la crisis del llamado Estado de bienestar, el complejo fenómeno de la «globalización» y de los grandes bloques económicos, los desarrollos revolucionarios de la genética, de la biotecnología y de la informática, el fénomeno de la migración de los países «del sur» hacia los países «del norte», entre otros muchos. Es indudable que detrás de muchos de estos conceptos y categorías se encuentran simples «fórmulas vacías» o términos semánticamente vacuos; sin embargo, este punto no está en discusión aquí. Lo importante por ahora es reconocer el transfondo socio-cultural que ha servido de fermento para que en el ámbito de la Filosofía y de la Teoría del Derecho hayan renacido nuevamente las discusiones en torno a la «justicia» y a la fundamentación normativo-ontológica del Derecho.

B. La segunda peculiaridad (a la que me referí en un inicio) que surge cuando se observa el desarrollo de la Teoría del Derecho en Alemania es la discusión en torno al concepto mismo de «Teoría del Derecho». Se trata aquí en lo fundamental de una discusión sobre palabras. No obstante, esta discusión puede tener alguna relevancia teórica (y de hecho la ha tenido), por ejemplo, para efectos de delimitación de competencias temáticas.

Si seguimos el esquema que he esbozado arriba, entonces se puede afirmar que el *giro* desde la «Filosofía del Derecho» hasta la «Teoría del Derecho» se verifica justamente una vez abandonada la fase metafísica a la que me he referido. Es decir, una vez que empezó a ponerse en tela de duda las formas de argumentación propias de la postguerra –basadas en el Derecho natural– entonces se inicia paralelamente un proceso de secularización y de «superación» de la filosofía y de su respectivo relevo por una «teoría» del fenómeno jurídico. No es entonces extraño que ya hacia los años setentas se funden en Alemania las dos revistas más influyentes en esta materia, me refiero a la «Rechtstheorie» y al «Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie», y que además se observe desde ese momento una clara sustitución –o al menos un desplazamiento– del interés por la «filosofía» hacia la «teoría» del Derecho. Esta circunstancia se confirma también con la aparición de una serie de «manuales» con ese título (Kaufmann, 1971; Maihofer, 1971), lo que hasta ese momento era inusual. Es en este contexto donde se puede entender a cabalidad el diagnóstico ofrecido por Ralf Dreier en 1975:

«*¡La Filosofía del Derecho ha muerto. Viva la Teoría del Derecho!*» (Dreier, 1981, p. 17).

Al nacimiento de esta «teoría» está vinculado, por otra parte y tal y como se ha dicho, un claro escepticismo respecto a los argumentos de tipo ontológico o metafísico. Este escepticismo se encontraba indudablemente reafirmado por el creciente interés en la filosofía analítica y un dominio, en ese entonces, claramente perceptible de las corrientes asociadas al Neo-positivismo lógico (Carnap, Kraft, Schlick, Wittgenstein). Se acude, entonces, a un marcado desplazamiento desde las cuestiones de «fundamentación» hacia las cuestiones de «clarificación» del Derecho. Surge aquí la importante rama de estudio denominada: Derecho y lenguaje (Recht und Sprache) que en Alemania se convertiría también en objeto de importantes investigaciones (Eckmann, 1969; Oksaar, 1967; Koch, 1976), manteniéndose hasta la fecha como un atributo esencial de las corrientes analíticas.

En la actualidad se tiende a utilizar el término «Teoría del Derecho» para enfatizar el aspecto lógico-descriptivo de los fenómenos jurídicos (Rüthers, 1999, pp. 15 y ss.). La noción de «Filosofía del Derecho» se emplea tendencialmente para referirse a las cuestiones axiológicas (e.g. al problema de la «justicia»). Y finalmente, el concepto de «Sociología del Derecho» apunta a los problemás fácticos, o sea al tratamiento «empírico» del Derecho. Los límites son aquí, por supuesto, muy difusos y ello no puede ser de otra manera, ya que no existe una línea divisoria definitiva entre el ser y el deber. En otras palabras, no existe una realidad fuera de los valores al igual que tampoco existen unos valores-en-sí.

II. Las orientaciones principales de la Teoría del Derecho en Alemania

«*Generalizar es ser idiota*», sentenciaba drásticamente el poeta W. Blake. Pues bien, con el riesgo de sucumbir ante esta lapidaria máxima se puede afirmar que la Teoría actual del Derecho en Alemania se mueve en **cuatro** líneas básicas de trabajo. Para efectos de claridad se puede hablar entonces de los siguientes grupos de investigación:

1. Las corrientes de orientación sociológico-realista,
2. Las corrientes de orientación racional-discursiva,
3. Las corrientes de orientación sistémica y
4. Otras corrientes: Neo-institucionalismo, corrientes analíticas, retóricas, hermenéuticas, postmodernas, Análisis Económico del Derecho.

Esta clasificación, al igual que cualquier otra, tiene tan sólo un propósito heurístico, es decir, lograr claridad y apreciar con mayor facilidad el amplio espectro de opiniones existentes. Es posible que un autor se ubique dentro de una o más de las categorías indicadas o incluso que no se identifique con ninguna de ellas. Igualmente, es evidente que esta clasificación no

tiene por qué cubrir toda la amplia gama de opiniones y de autores que circundan en el dinámico mundo de la Teoría del Derecho alemana. Toda clasificación está rodeada por zonas de penumbra y los límites entre una y otra categoría estan marcados por líneas claroscuras que son, por ello, siempre difusas y relativas. Además, y esto también es importante, cómo se realice una clasificación depende en gran medida de las pre-concepciones (por no decir prejuicios lógicos o existenciales) que marcan la actividad académica de quien hace dicha clasificación.

1. Las corrientes de orientación sociológico-realista

La tradición sociológica y realista del Derecho encuentra en Alemania un origen tempranero. Antes de que los «realismos» en sus vertientes norteamericanas o escandinavas lanzaran su manifiesto de regresar al Derecho real, tal y como éste se practicaba en los tribunales de justicia, o para decirlo con Pound, antes de que se diera el grito de volver al «Law in Action» y abandonar el «Law in the Books», dos autores alemanes ya habían levantado similares proclamas. Me refiero a OSKAR VON BÜLLOW y al «segundo» RUDOLF VON IHERING. Es a este último autor a quien se le suele atribuir la paternidad del espíritu realista alemán (e.g. Hierro, en: AA.VV. [1996], p.78). No obstante, con ello se le resta importancia a Büllow, quien en el año 1885 publicó su conocido escrito «Gesetz und Richteramt», convirtiéndose así en una excepción y un caso particular en el marco de la tradición idealista, dominante en esa época. Esta excepción fue, no obstante, poco menos que olvidada por la Teoría del Derecho. La idea central de Büllow consiste en afirmar que la ley determina en un grado muy escaso el contenido de las resoluciones de los jueces. El papel central en la construcción del Derecho lo ejerce el Juez. Es en la magistratura (en el «Richteramt») donde verdaderamente adquiere forma definitiva el texto legal. La ley una vez emitida por el legislador: «No es todavía Derecho vigente. Ella es tan sólo un plan, un proyecto del futuro ordenamiento jurídico al que se desea llegar...» (Büllow, 1972, p. 3).

Es claro que las corrientes sociológico-realistas tienen en Alemania una serie de entrefases importantes que permiten afirmar su presencia a través de la historia de la Teoría del Derecho. Dentro de estas entrefases se puede ubicar, por ejemplo, a la Jurisprudencia de Intereses o incluso a la Escuela del Derecho libre. Autores como Ehrlich, Kantorowicz, Heck, y Geiger son, indudablemente, teóricos en los cuales estuvo siempre presente el ánimo de entender el Derecho, más que como un fenómeno puramente normativo, como un «hecho social» real. Ahora bien, sin necesidad de regresar tanto tiempo atrás, la tradición sociológica y realista del Derecho se aprecia también con claridad en lo que hoy se podría denominar la «nueva Jurisprudencia

sociológica», tal y como ésta es defendida por algunos sociólogos críticos del Derecho (Blankenburg, Opp, Röhl, Raiser, véase en especial Rehbinder, 2000, pp. 8-30). Para este último autor, dicha Jurisprudencia se encarga no sólo del estudio empírico de la aplicación del Derecho, sino también del estudio de su creación y es en este sentido una forma de «política jurídica». «Como toda política, ésta se pregunta y busca resolver cuáles metas sociales pueden alcanzarse con ciertos mecanismos jurídicos» y es en ese tanto, al igual que la política, «el arte de lo posible» (Rehbinder, 2000, p. 26). Igualmente, la denominada «*Rechtstatsachenforschung*» (Investigación de los hechos jurídicos) constituye un crisol importante en el cual se conjugan una serie de investigaciones empíricas del Derecho de corte muy crítico (véase Heinz, 1998). Esta corriente encuentra, sin embargo, su asidero principal en el Derecho civil y no así en las otras ramas jurídicas.

Una exigencia *central* que puede rastrearse en todas las corrientes realistas del Derecho es la del trabajo conjunto entre las ciencias jurídicas y otras disciplinas empíricas (Sociología, Criminología, Psicología, Medicina, etc.). Esta relación interdisciplinaria se ha mostrado a la fecha altamente problemática. De allí que en la actualidad se ha caído en un estado de resignación y pesimismo según el cual el diálogo entre la ciencia jurídica (como disciplina normativa) y otras disciplinas empíricas es poco menos que imposible. En este contexto existe un aspecto que no ha sido suficientemente estudiado, pero que, desde mi punto de vista, puede ser muy esclarecedor en el acto de visualizar las posibilidades y los límites del trabajo interdisciplinario entre el Derecho y las ciencias reales. Se trata de lo siguiente:

Tal y como se verá después, una de las principales preocupaciones de la actual Metodología Jurídica consiste en determinar aquellas formas de argumentación propias del discurso jurídico, para así poder fundamentar de una forma más «racional» o «razonable» las decisiones (sentencias) que se tomen en la práctica judicial. Este es el propósito principal, por ejemplo, de la llamada «teoría de la argumentación jurídica», tan en boga en la actualidad. Detrás de esta tesis reposa, si se mira con atención, la idea de que en la disciplina jurídica existe una forma específica de argumentar o unos métodos *sui generis*, los cuales si se emplean bien entonces podrían generar mejores sentencias, es decir, una praxis jurídica más racional y bien fundamentada.

Las preguntas claves que hay que plantearse en este contexto son, sin embargo, las siguientes: ¿Está justificada tal idea? ¿Existe verdaderamente una forma *específica* de «argumentación jurídica»? ¿Existen unos métodos que puedan garantizar resultados racionales? ¿O se trata aquí de una esperanza cuyo origen reposa en un «conocimiento cotidiano» de la realidad (en

eso que los alemanes llaman una «Alltagstheorie»)? Es justamente en dar respuesta a estas interrogantes donde el análisis sociológico-realista puede ser de mucha utilidad.

Sin pretender dar respuesta a estas cuestiones, me gustaría simplemente referir al hecho de que sobre tales problemas existe en Alemania una larga tradición que se remonta hasta los años 70s con la llamada «Richtersoziologie» (Sociología de/sobre los jueces) y posteriormente con la «Soziologie der Justiz» (Sociología sobre la impartición de justicia). Durante esta época se realizaron una serie de estudios empíricos, algunos de ellos muy rigurosos, cuyo propósito central era, entre otros, determinar las formas específicas de argumentación (si es que existían) que utilizaban los jueces –y ocasionalmente también otros operadores jurídicos– en la vida judicial práctica. A título de ejemplo, me gustaría citar los siguientes trabajos: Wolfgang Kaupen, *Die Hüter von Recht und Ordnung (Los guardianes del Derecho y el orden,* 1969), Walter Weyrauch, *Zum Gesellschaftsbild der Juristen (Sobre la imagen del mundo de los juristas,* 1970), Rüdiger Lautmann, *Justiz –die stille Gewalt–. (La justicia –una forma callada de poder–,* 1970), K.D. Opp/R. Peukert, *Ideologie und Fakten in der Rechtsprechung (La ideología y los hechos en la jurisprudencia,* 1971), Dorothee Peters, *Richter im Dienst der Macht (Los jueces al servicio del poder,* 1973), entre otros muchos.

Sin pretender resumir los resultados de estos interesantes estudios se puede decir, a modo muy general, que la conclusión a que ellos llegan es la siguiente:

> La actividad de los operadores jurídicos (de los jueces en especial) es una actividad muy compleja que está influida por una enorme variedad de factores (objetivos, subjetivos, jurídicos, metajurídicos, racionales, emotivos, etc.). No existe detrás de dicha actividad una forma *específica* de argumentación, ni tampoco unos métodos particulares, *sui generis* (¡y mucho menos «universales»!), que puedan emplearse en todos los procesos de decisión judicial.

Ahora bien, cabe entonces preguntarse dos cosas importantes: (1) ¿Qué sucedió con estos estudios, es decir, cuál fue su influencia? y, (2) ¿Fueron esas investigaciones consideradas a lo interno de la Metodología Jurídica o de la Teoría del Derecho?

Respecto a la primera pregunta hay que indicar que los estudios en cuestión tuvieron poca o ninguna repercusión. En muchos casos se consideró más bien que sus autores incurrían en abiertas «difamaciones y calumnias» en contra de los funcionarios judiciales (véase Rehbinder, 2000, p. 162), y en otros casos los estudios fueron simplemente olvidados. Respecto a la segunda pregunta, también hay que contestarla negativamente. Ni la Metodología Jurídica ni la Teoría del Derecho tomaron nota en serio de las conclusiones a las que allí se llegó y a consecuencia de ello es que a la fecha se

continúa buscando una forma particular de fundamentación judicial, o dicho con lenguaje moderno, se continúa buscando una «teoría de la argumentación» o unos métodos correctos para trabajar con el Derecho. Tales intentos parecen estar destinados a surtir pocos efectos en la práctica jurídica real, pero en el plano puramente teórico-cognoscitivo sus resultados pueden ser, para algunos teóricos, interesantes. Existe, sin embargo, un aspecto que hoy día es generalmente reconocido y que tuvo su origen en la discusión en torno a los estudios citados. Se trata de la idea de que es absolutamente necesario distinguir entre dos fenómenos: entre los *motivos o causas* de una decision (judicial), por una parte, y la *fundamentación* de esas decisiones, por la otra. Un juez puede tener motivos perversos y aun así dictar sentencias adecuadas, justas y apegadas perfectamente a la normativa vigente, es decir, bien fundamentadas.

A lo interno de la tradición sociológico-realista actual me gustaría mencionar a tres autores que pueden considerarse como abanderados de dicha tradición en la actualidad. Me refiero a: Hans Albert, Bernd Rüthers y Klaus Röhl. Todos ellos trabajan en líneas de investigación muy diferentes, pero están unidos por un lazo común: su deseo de entender el Derecho, más que como una disciplina eminentemente normativa, como un fenómeno social real altamente complejo.

HANS ALBERT es un caso especial dentro de la Teoría del Derecho pues su núcleo de interés no reposa específicamente en esa rama. A pesar de esta circunstancia su influencia es importante. Ello se debe, quizás, a que por encontrarse al margen de la discusión propiamente jurídico-dogmática ha logrado conjugar los puntos de vista que allí se manejan con ideas de otros campos, especialmente con ideas del Racionalismo Crítico, de la Sociología y de la Economía política, logrando así una visión muy rica en matices.

Las ideas centrales de Albert en materia de Teoría del Derecho se concentran, desde mi punto de vista, en dos direcciones muy concretas:

a. Por un lado, en una crítica de lo que él denomina la Jurisprudencica pura y

b. Por otro lado, en su propuesta de una Jurisprudencia social-tecnológica.

Respecto al primer punto debe indicarse que Albert entiende la noción de «Jurisprudencia pura» en un sentido amplio (Albert, 1992, pp. 347 y ss.). Se trata aquí de la tradicional caracterización del Derecho como una disciplina meramente dogmática y normativa. Dos de las principales objeciones que esgrime Albert contra una disciplina del Derecho así conceptualizada son las siguientes: ella tiene que renunciar a la idea de verdad, por un lado; y por otro lado, prescindir de un estudio de los efectos reales perseguidos

por normas. Con la renuncia a estas dos dimensiones, la ciencia jurídica degenera en un «platonismo-de-las-normas» (Albert, 1993, pp. 12 y ss.), es decir, en una concepción que analiza las disposiciones jurídicas no como hechos sociales sino como si éstas tuvieran una existencia propia e independiente de los efectos que quieren alcanzar. El resultado final de un enfoque semejante es, según Albert, la renuncia definitiva al conocimiento y su sustitución por un saber «autoritario» (en el sentido de que se basa en determinadas autoridades como: la doctrina dominante, la jurisprudencia de los tribunales superiores, ciertos autores conocidos, etc.).

En lo atinente al segundo punto, es decir, a la propuesta de una Jurisprudencia social-tecnológica, Albert reconoce que esa idea no es del todo nueva, pues ya se encuentran elementos parecidos en los trabajos de Ross y mucho antes que él en las tesis de la filosofía social escocesa y particularmente en Hobbes (Albert, 1992, p. 354). En la elaboración de su propuesta social-tecnológica Albert parte de dos postulados ontológicos que son también centrales para el Racionalismo Crítico, a saber, las tesis de que:

a. Existe una realidad, y que

b. Sobre esta realidad es posible emitir enunciados verdaderos o falsos.

En un primer momento, pareciera que se trata aquí de aseveraciones de perogrullo las cuales incluso no es necesario efectuar por evidentes. Una opinión tal sería incorrecta. La defensa del Realismo que emprende Albert en el ámbito de la Jurisprudencia es una defensa que ya se había dado en el campo propiamente filosófico y cuyo principal artífice, junto a Albert, fue precisamente Karl Popper. La importancia capital de la defensa del Realismo (es decir, de la idea de que existe una realidad objetiva más allá de nuestra propia consciencia) sólo se comprende a plenitud si se tienen en mente las múltiples corrientes modernas que han puesto en duda, muchas veces de forma subrepticia, esta tesis. Debe pensarse aquí no sólo en corrientes y autores «clásicos» contra los cuales ya se había enfrentado Popper (Berkeley, Hume, Kant), sino en concepciones mucho más actuales que también apuntan en esa misma línea (e.g. el llamado «constructivismo cognitivo» = Bateson, Ernst von Glasersfeld, Heinz von Foerster, Maturana, Luhmann o incluso autores como Habermas y Apel). En todos estos casos, la realidad y su conocimiento se transforman en un asunto de «estructuras», de «comunicación», de «consenso», etc.

Es importante indicar que el Realismo del que parte Albert es de naturaleza *crítica*. De allí que la forma en que él conceptúa la realidad guarda una importante diferencia respecto a la forma como lo hace el Racionalismo clásico. En éste se aspira a una fundamentación «última» de los fenómenos. A este tipo de fundamentación le denomina Albert el «punto arquimédico del conocimiento» (1991, capítulo 1). Una vez que esa fundamen-

ción se ha logrado, entonces, según la opinión de los racionalistas clásicos, se ha alcanzado también la «verdad». Como refutación a esta idea es que Albert formula una de sus categorías más conocidas, a saber: el llamado «Trilema de Münchhausen». Con este «Trilema» lo que pretende demostrar Albert es que cualquier enfoque que aspire a una fundamentación definitiva y última del saber humano (a un *principium rationis sufficientis*) conduce necesariamente a un callejón sin salida. El Trilema en cuestión se puede plantear de la siguiente forma:

> 1. Toda derivación lógica de un enunciado exige retrotraerse hasta otro enunciado anterior, el cual a su vez requiere ser derivado también de otro enunciado previo a él mismo, de manera que el proceso de fundamentación cae inevitablemente en una regresión *ad infinitum.*
>
> 2. Se puede acudir a enunciados que en sí mismos no pueden ser demostrados sino tan sólo afirmados, pero entonces se cae en un círculo vicioso.
>
> 3. El proceso de fundamentación se tiene que romper recurriéndose al carácter auto-evidente de los enunciados, es decir a la experiencia o a la valoración, a la autoridad o al consenso (Albert, 1991, p. 15).

En el ámbito de la Jurisprudencia el Realismo crítico de Albert se manifiesta fundamentalmente en la forma de conceptualizar las normas jurídicas. Albert reconoce como posible que las normas sean objeto de estudios lingüísticos (filosofía analítica), de estudios sobre el sentido (Hermenéutica Jurídica), de estudios sobre correlaciones semánticas (Lógica Jurídica), etc.; sin embargo, lo característico de las normas jurídicas es que ellas están destinadas a surtir determinados efectos en una realidad social. El análisis de estos efectos (Analyse der Wirkungszusammenhänge) constituye el atributo central de una Jurisprudencia realista y social-tecnológica. De allí que Albert define una «tecnología» como un conjunto de enunciados sobre las «distintas posibilidades de acción, obtenidas éstas a su vez de otros enunciados que versan sobre correlaciones reales o causales. Los enunciados tecnológicos responden a la pregunta: ¿Qué se puede hacer para alcanzar determinadas finalidades»? (Albert, 1993, p. 12).

La segunda idea importante para Albert es, como ya se dijo, rehabilitar la idea de verdad dentro del ámbito de la Jurisprudencia. La idea de verdad se vincula en este contexto con la idea de «vigencia fáctica» de la normas jurídicas. Este último concepto se remite, por su parte, a la noción de «voluntad del legislador», la cual se entiende en un sentido objetivo; a saber, como un «querer» orientado a producir en los destinatarios de la normas ciertos efectos, o sea a generar ciertas formas de comportamiento social. Se logra así reducir el deber (Sollen) a un querer (Wollen), evitándose por ende incurrir en la disputa en torno al carácter axiológico de la norma. La noción de vigencia fáctica pasa a ser entendida como un «hecho social» de for-

ma que las afirmaciones que se hagan en torno a ella tengan una naturaleza cognitiva y, por ende, susceptibles de calificarse como verdaderas o falsas.

El segundo autor al que me quiero referir en el marco de las corrientes sociológico-realistas de la actual Teoría del Derecho alemana es a BERND RÜTHERS. Este autor es ya muy conocido en el ámbito germano por su severa crítica a las teorías tradicionales de la interpretación jurídica, así como por su erudito conocimiento de las «perversiones» sufridas en el ordenamiento jurídico durante la época Nazi. Bernd Rüthers se basa para su crítica, no tanto en las ideas aportadas directamente por la Sociología jurídica, sino más bien en la Historia del Derecho. Es precisamente a través de un detallado estudio historiográfico y de la realidad judicial como Rüthers (Juez durante muchos años) se encarga de desmitificar uno a uno muchos de los conceptos de la Teoría y de la Metodología Jurídica. Es a través de obras como: *Lo injusto de la justicia (Das ungerechte an der Gerechtigkeit,* 1993), *La interpretación sin límites (Die unbegrenzte Auslegung,* 1997), *Derecho Degenerado (Entartetes Recht,* 1989), *Ordenamiento Jurídico y Ordenamiento Valorativo (Rechtsordnung und Wertordnung,* 1986), entre otras, donde Rüthers demuestra, mediante una cantidad considerable de ejemplos y de sentencias, cómo los juristas alemanes han podido llegar a teorías y a resoluciones absolutamente contrapuestas partiendo de idénticas disposiciones jurídicas. Una de las críticas recurrentes de Rüthers es el hecho de que en Alemania hayan existido entre 1910 y 1990 *cinco* (¡¡) sistemas políticos o formas de gobierno radicalmente diferentes y que en todos ellos los juristas se hayan valido, sin mayores reparos, de las mismas leyes y códigos para fundamentar sus fallos.

La última obra de Rüthers, su «Rechtstheorie» es donde el autor plasma en una forma clara y concreta sus tesis principales. Toda la obra está marcada, desde mi punto de vista, por dos ideas centrales, a saber:

– La idea de que el Derecho es un producto de la sociedad, de las ideologías y de las estructuras de poder (de allí que se incluyan apartados como: «Poder estatal y Derecho», «Clase y Derecho», «Raza y Derecho»). En todos estos apartados Bernd Rüthers se esfuerza por ilustrar, de forma sencilla y con ejemplos tomados de la práctica jurídica real, por qué muchos de los conceptos claves de la Teoría del Derecho contemporánea (tales como: «argumentación», «razón», «discurso», «comunicación», «racionalidad», «ciencia», etc.) deben ser interpretados a la luz de una concepción realista para no incurrir así en ilusiones y mistificaciones de la teoría y de la práctica jurídica. Así señala Rüthers, por ejemplo: « En la solución de problemas normativos se requieren siempre compromisos, ello si se desea que el Estado constitucional, democrático y liberal sobreviva. Tales compromisos

no son, sin embargo, un producto de la razón científica, sino de los acuerdos sociales» (1999, p. 349).

– Una segunda idea central en Rüthers tiene que ver con el papel preponderante que él asigna a la actividad de los jueces (Richterrecht) y en la crítica que efectúa al respecto. Mediante el estudio de la realidad judicial en distintas épocas históricas, Rüthers demuestra cómo los jueces juegan un papel importantísimo en la creación y configuración del ordemiento jurídico. De allí que, valiéndose de una gran cantidad de ejemplos, denomina a los jueces como los «*legisladores substitutos*» del sistema jurídico (Rüthers, 1999, p. 137).

Otro autor de una orientación declaradamente sociológico-realista es KLAUS RÖHL. Las obras más importantes de este autor son sus dos manuales de: «Rechtssoziologie» (Sociología jurídica, 1987) y su reciente «Allgemeine Rechtslehre» (Teoría General del Derecho, 2001). Esta última, se trata de una obra comprensiva (660 páginas) que trae a discusión la mayoría de autores y corrientes importantes a lo interno de la Teoría del Derecho. El análisis que realiza Röhl de todas las categorías básicas del Derecho se caracteriza por una particular agudeza y sentido crítico. Es así como él considera, por ejemplo, que una de las funciones principales de la Teoría General del Derecho consiste en «*sacar a relucir todas las irracionalidades propias del razonamiento jurídico*» (Röhl, 2001, página 7).

Algunos otros autores relativamente «jóvenes» que muestran rasgos o afinidades con las corrientes realistas son, por ejemplo, ERIC HILGENDORF (1991) o H. KEUTH (1993) etc.; sin embargo, habrá que dar tiempo para apreciar mejor en qué dirección se desarrollan sus tesis.

2. Las corrientes de orientación racional-discursiva

La discusión en torno al papel que juega la «razón» (prescindiendo de los múltiples significados, incluso emotivos, de esta palabra) en el Derecho ha sido desde tiempos inmemoriales un tema controversial. Testimonio de ello es la larga tradición histórica que existe en Alemania sobre el llamado «Vernunftrecht» (Derecho de la Razón) y cuyo principal punto de referencia lo constituyen indudablemente los distintos bandos del Racionalismo clásico y del Idealismo en sus distintas manifestaciones. La raíces de esta tradición se encuentran desde antiguo en autores como Grocio, Pufendorf, Tomasius o Christian Wolff y, por supuesto, en Kant y Hegel.

Sin embargo, no es necesario retrotraerse hasta estos tiempos remotos para experimentar en todo su vigor la importancia que la categoría de «razón» tiene en la Teoría del Derecho alemana. No. La historia también procrea hijos fieles. En la actualidad es posible encontrar un nuevo «Vernunftrecht». Este Derecho de la razón contemporáneo se caracteriza, al igual que

su predecesor, por la insistencia –y acaso la esperanza– de que la actividad jurídica sea una actividad fundamentalmente de tipo «racional». La diferencia radica en que la razón –a contrapelo de lo que sucedía en el pasado– no es ya una razón absoluta y trascendental en el abigarrado estilo de Hegel, Fichte o Schelling («Realität ist Idealität»), sino que ahora se ha desplegado, retomando la herencia kantiana y neokantiana, en una «*Razón Práctica*». Qué se tiene que entender exactamente bajo ese concepto no resulta siempre claro, pues él es empleado, no con poca frecuencia, en un sentido persuasivo y apelando muy genéricamente al binomio kantiano entre razón práctica/razón pura. Según este binomio, correspondería al segundo tipo de razón la explicación de las condiciones de posibilidad del saber humano, mientras que al primer tipo compete ofrecer los argumentos «prácticos» para la acción moral o jurídica. La segunda ecuación del binomio trata, pues, de responder a la pregunta: ¿qué puedo saber?, mientras que la primera, a la interrogante: ¿qué debo hacer?

Lo cierto del caso es que algunos autores contemporáneos consideran a la razón práctica como uno de los conceptos fundamentales de la Teoría del Derecho. Así, por ejemplo, KRIELE sostiene que «la totalidad del Derecho está dominado por ponderaciones racionales» (1976, p. 227). Este autor estima entonces como necesaria una «rehabilitación de la razón práctica», la cual él pretende llevar a cabo a partir, entre otras cosas, de los conceptos de «sciencia» y «prudentia», limitando el primero al ámbito de las disciplinas naturales y el segundo al de las disciplinas de la conducta, y considerando a su vez como un gravísimo error del pensamiento jurídico contemporáneo haber convertido a la Jurisprudencia en una «Juris-scientia» (Kriele, 1979, p. 17 y ss.). La tesis central de quienes defienden la idea de la razón práctica la resume Kriele de la siguiente forma: «Los juicios prácticos son posibles de fundamentar racionalmente» (1979, p. 19). El principal instrumento de que se vale el jurista en este proceso es la «argumentación». Esto nos lleva a otro autor, quien goza de una amplia popularidad en la Teoría actual del Derecho y que desarrolla en detalle esta misma línea de trabajo; me refiero a Robert Alexy.

ALEXY considera posible elaborar, tal y como él mismo lo indica, un «codigo de la razón práctica», el cual constituiría «el resumen y la formulación explícita de...las reglas y formas de argumentación racional-práctica» (Alexy, 1991, p. 234). De allí que para Alexy el Derecho no es más que un «caso especial del discurso práctico general». Sobre esta idea, conocida como la «Sonderfallthese» (tesis del caso especial) se ha originado un gran debate en la Teoría del Derecho alemana (véase e.g. Alexy, 1991, p. 426 y ss.). El proyecto de Alexy en materia jurídica es más que ambicioso, pues después de efectuar una crítica atinada y de gran claridad a algunas corrientes

de la filosofía moral (Naturalismo, Intuicionismo, Emotivismo, Constructivismo, etc.) se da a la tarea de explicitar las «reglas del discurso práctico» (Alexy, 1991, pp. 221-257). Estas reglas se dividen, según él, en distintos subgrupos. Por un lado, están las «reglas básicas» (Grundregeln) que tienen que respetarse en todo discurso racional: ningún locutor ha de contradecirse, todo locutor tiene que expresar únicamente aquello en lo que cree, todo locutor que aplique un predicado F a un cierto objeto debe estar preparado para aplicar ese predicado a objetos similares, y, por último, los locutores no deben emplear sus expresiones con sentidos diferentes. Posteriormente, Alexy explica otros subgrupos de reglas importantes, dentro de las cuales están las «reglas de la razón» propiamente (Vernunftregeln), las «reglas en la carga de la argumentación» (Argumentationslastregeln), las «reglas de fundamentación» (Begründungsregeln) y, finalmente, las «reglas de transferencia» (Übergangsregeln).

La concepción de Alexy ha recibido internacionalmente y desde su formulación en 1978 un amplio reconocimiento. Es precisamente con su obra que se desata en Alemania una discusión en torno a las *Teorías de la Argumentación* que hoy día es prácticamente inabarcable. Ella ha dominado durante los últimos años una gran parte del territorio concedido por las revistas especializadas (por ejemplo, por la «Rechtstheorie»). Una particularidad de esta corriente es el interés que han demostrado, no tanto los teóricos alemanes, sino más bien muchos extranjeros (Aarnio, Toulmin, Perelman, MacCormick, Wróblewski, Peczenik, Pavcnik, Raz, Atienza, etc.).

Un autor, quien igualmente se puede ubicar dentro de la línea de las teorías «racionales» del Derecho, es OTFRIED HÖFFE, pues oficialmente se le considera como uno de los neo-kantianos más importantes en Alemania actualmente. El núcleo principal de investigación de este autor reposa en la filosofía política (aunque su producción en otros campos es también considerable). En una de sus recientes obras, titulada justamente *Razón y Derecho. Fundamentos de un discurso jurídico intercultural,* 1996 *(Vernunft und Recht. Bausteine zu einem interkulturellen Rechtsdiskurs)* busca Höffe hacer extensiva la categoría de «razón» incluso al ámbito del Derecho internacional. Höffe considera que la «razón jurídica» se compone en lo esencial de tres componentes: en la regularidad del Derecho, en la posibilidad de interponer una sanción y en el ejercicio de un poder judicial público (öffentliche Gewalt) que sea subsidiario e imparcial (1996, p. 41). Esta «razón jurídica» lleva al autor a postular algunos principios que considera esenciales para el discurso jurídico, dentro de los cuales están: el principio de subsidiaridad (Subsidiaritätsprinzip) y el principio de democracia (Demokratieprinzip). Ambas ideas conducen a Höffe a postular la existencia de unos «intereses trascendentales» que actúan como condiciones de posibilidad de

la convivencia y de la acción humanas y que, finalmente, se trasladan al Derecho internacional (1996, S. 117 y ss.).

Sin embargo, el verdadero artífice y demiurgo del nuevo «Vernunftrecht» en Alemania es, sin lugar a dudas, JÜRGEN HABERMAS –canonizado ya por sus seguidores y excomulgado por sus oponentes– pero siempre presente en casi todas las discusiones actuales sobre Teoría del Derecho. Una prueba de esta gran influencia está dada por la circunstancia de que en el momento en que el suscrito redacta estas líneas, Habermas recién recibe unos de los galardones más importantes otorgados en el mundo académico e intelectual alemán: el «Friedenspreis des deutschen Buchhandels».

El Caso-Habermas es un caso especial dentro de la Teoría del Derecho, pues sus intereses en una primera etapa giraban tan sólo muy indirectamente en torno a este campo. Recuérdese que durante los años 60s y 70s –que es cuando Habermas inicia su curriculum académico en el seno de la Escuela de Frankfurt– dominaba por completo en los círculos críticos y de izquierda una atmósfera neo-marxista dentro de la cual el Derecho no era sino un elemento secundario, «super-estructural», de las relaciones de producción capitalistas. Es hasta en una fase más reciente, y a partir de la publicación de su «Faktizität und Geltung» (1992), donde Habermas inicia lo que podría llamarse su «fase jurídica» en sentido estricto. A pesar de esta circunstancia, el lenguaje habermasiano se ha extendido rápidamente en los círculos de la Teoría del Derecho hasta el punto de que es difícil tomar un texto, monografía, revista o manual de esa disciplina sin encontrarse conceptos como: discurso, consenso, agente, situación ideal del habla, comunicación, pragmática trascendental, etc.

Las bondades que ofrecen autores como Habermas, Alexy o Luhmann (del que me ocuparé posteriormente) es que otorgan al mundo académico ciertos *conceptos-estandarte* que parecen resultar de mucha utilidad en algunas discusiones académicas. Lo paradójico del caso es que esta circunstancia se revierte finalmente contra el propio autor y en grave detrimento de sus propias concepciones, pues sus categorías «técnicas» son empleadas a posteriori con toda laxitud. *La vaguedad terminológica siembra así las semillas de su propia auto-destrucción.*

El núcleo, y lo que quizás hace tan atractiva para muchos la concepción de Habermas, radica, desde mi punto de vista, en dos aspectos centrales:

a. En la posibilidad de fundamentar los juicios normativos o de valor y

b. En la posibilidad de «comunicación» humana.

Respecto al primer punto, Habermas se identifica parcialmente con todas las teorías morales cognitivistas que existen desde muy antiguo, empezando por las diversas orientaciones del Derecho natural y llegando hasta el intuicionismo y el naturalismo éticos. Lo fundamental aquí es la idea de que

los juicios morales son posibles de fundamentar en un sentido similar a como se hace con los postulados empíricos (Habermas, 1973, p. 242 y ss., 252 y ss.). Se establece entonces el siguiente paralelismo básico: la verdad es a los enunciados empíricos lo que la «corrección» (Richtigkeit) es a los juicios axiológicos. Respecto a esta posibilidad es que se dió en Alemania, durante los años 60s, la conocida polémica Habermas-Albert, la cual vendría a marcar el ritmo de la discusión sociológica y metodológica durante muchos años (en: AA.VV. [1969]).

En lo que se refiere a la comunicación (o al «kommunikatives Handeln»), es donde Habermas, valiéndose de la noción de «Discurso», ha logrado su mayor éxito. Es a partir de allí donde deriva, por ejemplo, su teoría consensual de la verdad. Se abandona aquí, por insatisfactoria, la teoría clásica de la verdad por correspondencia y se establece en su lugar la noción de «consenso». La verdad es el producto del discurso. Pero, para que sea posible alcanzar a través del discurso enunciados de verdad es necesario que éste se lleve a cabo en unas condiciones especiales. A estas condiciones pertenece, por ejemplo, la «situación ideal del habla» así como unos «agentes de comunicación» dispuestos a seguir ciertas reglas (al respecto, muy crítico: Haba, 1996).

El núcleo de las tesis de Habermas no es original. Ideas parecidas se encuentran ya desde muy antiguo, por ejemplo en el método dialéctico de Sócrates. Por otra parte, resulta comprensible la popularidad que han ganado hoy día esas tesis. Particularmente, si se tiene presente que los seres humanos, tal y como afirmaba Kantorowicz, estamos inmersos en el «*poder vivificante de la ilusión*». La idea de comunicación que nos promete Habermas se corresponde en el plano espiritual con el «*ordre du cœur*» al que se refería Pascal, es decir, con un cierto orden místico del corazón humano, donde subyace siempre una necesidad profunda de que lo «verdadero» esté más allá de este mundo. Pero en el plano científico y específicamente socio-antropológico, las tesis habermasianas resultan incomprensibles, en especial si se tienen en mente las enormes dificultades y contingencias que suelen presentarse en los procesos *reales* de la comunicación humana. El acuerdo, pero sobre todo el «consenso» al que apunta el filósofo de Frankfurt, es un asunto que respecto a temas centrales del Derecho (la «justicia», la «igualdad», la «libertad») resulta simplemente imposible de alcanzar o en su defecto puede lograrse sólo en forma muy limitada y precaria.

En la misma línea de trabajo, pero con mucho menor repercusión entre los juristas, se encuentran las concepciones, ya hoy poco discutidas, de autores como K.-O. APEL, WOLFGANG KUHLMANN, LORENZEN y KAMLAH. Apel se concentra esencialmente en una fundamentación «pragmático-trascendental» del discurso. Con ello se apunta, en el sentido kan-

tiano, a la idea de que existen ciertas reglas lingüísticas (pragmáticas) que constituyen las condiciones de posibilidad (trascendentales) de todo discurso. Los dos últimos autores se ubican dentro del llamado «Constructismo de la Escuela de Erlanger», trabajando en especial en el nivel lingüístico y considerando la verdad como un problema de «reconocimiento».

Todos los autores hasta ahora referidos tienen el rasgo común de que sus concepciones se encuentran en un nivel meta-jurídico o sociológico. Hay algunos otros teóricos que buscan, en un nivel más estrictamente jurídico-dogmático, fundamentar sus teorías acudiendo, no obstante, a un arsenal metodológico similar. Este es el caso de autores como: Karl Larenz, W. Canaris, Pawlowski, Zippelius, etc. Algunos de ellos se pueden ubicar dentro de la llamada *Jurisprudencia de Valores* (Wertungsjurisprudenz) que se considera hoy día por algunos como la orientación dominante en materia de Metodología Jurídica (en especial en el campo del Derecho civil, véase Bydlinski, 1991, p. 123 y ss.), pero que, según mi opinión, representa más bien una actitud hacia la metodología y no tanto una teoría con rasgos concretos que se pueda adscribir a unos autores específicos.

En forma muy esquemática se puede decir, sin embargo, que la Jurisprudencia de Valores constituye, en términos generales, un intento de superación de la Jurisprudencia de Intereses. En contra de esta última, se solían esgrimir dos objeciones principales: Por una lado, que ella reducía el Derecho a un materialismo unilateral, pues al sólo considerar los «intereses» dejaba por fuera la esfera de los valores. Por otro lado, se le criticaba la enorme ambigüedad del concepto de «interés». Es como un intento de superación de estas objeciones, en especial de la primera, que surge la Jurisprudencia de Valores. En cuanto a la segunda objeción el resultado no es, como puede apreciarse, del todo satisfactorio, pues se sustituye la vaga noción de «interés» por otra aún más oscura: la de «valor».

La *pregunta central* que ocupa a la nueva Jurisprudencia de Valores se puede plantear (siguiendo a Bydlinski, 1991, p. 128) de la siguiente forma: ¿De dónde se derivan los criterios de valor que hay que emplear en caso de que la ley no regule el supuesto fáctico en cuestión? o con otras palabras: ¿De dónde provienen los valores que guían al juez en su actividad en caso de lagunas normativas? ¿Parte el Juez aquí de sus convicciones personales o existen otros criterios objetivos a los que él puede recurrir? A título de ejemplo me gustaría discutir, seguidamente, algunas tesis de los dos metodólogos que se consideran (por algunos) como los más importantes en Alemania.

Ante estas interrogantes KARL LARENZ, considerado el principal representante de la Jurisprudencia de Valores, acude a la ayuda de unos «criterios teleológico-objetivos» del Derecho. Así señala el autor: «Las finali-

dades que busca realizar el legislador a través de las leyes son en muchos casos, por no decir en todos, finalidades *objetivas*...» (Larenz, 1991, p. 333). Es precisamente a la determinación y realización de estas finalidades a las que debe aspirar el operador jurídico por medio de su actividad interpretativa. En caso de lagunas normativas éstas deben ser «llenadas» acudiendo a estos valores objetivos que están presentes en el ordenamiento jurídico. Larenz distingue dos tipos de criterios objetivos: por un lado, ciertas «estructuras objetivas» o «circunstancias fácticas» de la vida que deben ser respetadas por el legislador; y por otro lado, unos «criterios ético-jurídicos» que están presentes detrás de toda regulación y cuyo punto de referencia final es la «Idea del Derecho» (la llamada «Rechtsidee», véase Larenz, 1991, p. 333). Dentro de estos criterios objetivos se pueden mencionar, por ejemplo, la «idea de justicia» o el «principio de igualdad» (Larenz, 1991, p. 334).

Es claro que el alcance semántico de los conceptos utilizados por Larenz es poco preciso. Qué debe entenderse por nociones como «objetivo», «principios-ético-jurídicos», «Idea del Derecho», etc. es una cuestión sujeta a debate. Pero en todo caso, aquí no es el lugar para realizar un crítica detallada de estas ideas. Me gustaría, no obstante, transcribir al respecto la opinión de otro importante téorico: «Quien apele a la Idea del Derecho, a los principios-ético-jurídicos, a la justicia u otras categorías similares, como si éstas fueran fuentes normativas, no apunta con ello a 'la' Idea del Derecho o a 'la' justicia, etc., sino más bien a **su** idea del Derecho, a **su** justicia. La argumentación que se lleva a cabo mediante tales nociones no significa otra cosa que el empleo de conceptos subjetivos o transmitidos por vías político-jurídicas y que pretenden falsamente tener una válidez científica demostrada. El conjuro que se lleva a cabo, sea mediante la 'fuerza milagrosa de la varita mágica llamada Idea del Derecho' o mediante otras categorías –igual de sublimes pero poco precisas–, no contribuye en lo más mínimo a la solución racional de los problemas de la implementación del Derecho por parte de los juece» (Rüthers, 1999, pp. 502-503).

El segundo autor que quiero mencionar es PAWLOWSKI, cuyas obras principales se encuentran en el ámbito de la Metodología Jurídica (1986, 1991). En su manual sobre esta materia desarrolla el autor lo que pretende ser una teoría de la norma, una teoría de la ley y una teoría de la dogmática jurídica. Una categoría central que marca su obra desde principio a fin es la categoría de «corrección» (véase tan sólo el prólogo a la obra de 1991). Así declara Pawlowski, por ejemplo, que el Derecho está llamado a poseer un «método correcto» (1991, p. 5), que las leyes deben y pueden ser «correctas» (1991, pp. 44, 258), que existe una «interpretación correcta» (1991, pp. 171, 307), que puede haber una «dogmática correcta» (1991, p. 316), que existen las «decisiones correctas» (1991, p. 174), etc. Indudablemente que

esta insistencia del autor dificulta mucho seguir las tesis que expone (al menos para aquellos que no somos tan optimistas respecto a la «corrección» del Derecho y su «ciencia»). Además de que Pawloski denomina a los que muestran escepticismo sobre el carácter «correcto» del Derecho y de su «ciencia» como: la «*mala prensa de la dogmática*» (die schlechte Presse der Dogmatik, 1991, pp. 6 y 333 y ss.), incluyendo aquí a autores como J. Esser y W. Maihofer. Prescindiendo de estas dificultades, se pueden reconocer dos méritos específicos en la obra de Pawlowski: desmitifica la teoría de las fuentes normativas substituyéndola por una reflexión sobre los «materiales de trabajo jurídicos»; y hace objeto de su reflexión los aspectos de «organización de los tribunales judiciales» dentro del proceso de interpretación de las leyes.

Otros autores que podrían considerarse como miembros de la Jurisprudencia de Valores y que albergan por eso esperanzas en torno a la «racionalidad» del Derecho, a las bondades de la Metodología y a las posibilidades de fundamentación jurídica según unos «valores objetivos», son, por ejemplo, ZIPPELIUS y COING. No obstante, ellos han logrado conjugar esas esperanzas con una prudencia que les hace ser cautos en sus afirmaciones. Así, por ejemplo, Zippelius (1994, prólogo) y ADOMEIT con su reciente «Teoría del Derecho para estudiantes» (1998, prólogo) se consideran abiertamente como «racionalistas críticos» y seguidores de Karl Popper. En el caso de Zippelius, junto con el austriaco WOLGANG VOGEL, han tratado de desarrollar lo que ellos denominan una «Teoría del Derecho Experimental», en la cual se acude a la tesis del Racionalismo Crítico de que toda teoría que se ofrezca en el marco jurídico debe constituir un intento de solución (un «experimento» en sentido amplio) respecto a ciertos problemas concretos.

3. La corriente sistémica y autopoiética del Derecho

El téorico de más renombre en Alemania en este momento, después de (o junto con) Habermas es NIKLAS LUHMANN. Ello se debe con seguridad a que la Teoría de Sistemas de Luhmann pretende ser «una teoría universal de la vida en el mundo y no sólo una mera teoría de la sociedad o del Derecho» (Röhl, 2001, p. 424). Este autor está caracterizado pues, aparte de por su gigantesca producción, por ejercer una notable influencia también en la Teoría del Derecho. Es usual encontrarse actualmente en los escritos sobre esta materia con una buena cantidad de conceptos tales como: «complejidad», «contingencia», «reducción de la complejidad», «totalidad», «autorreferencia», «paradoja», «recursividad», entre otros. La influencia de Luhmann se extiende no sólo al ámbito de la Teoría general del Derecho, sino que sus conceptos son aplicados también en áreas muy específicas. Tal es el caso, por ejemplo, del Derecho Penal donde Günther Jakobs, valién-

dose de nociones de la Teoría de Sistemas ha desarrollado su polémico enfoque de la Teoría del Delito. Este es el caso también del Derecho procesal, donde Luhmann ha ejercido una influencia palpable al punto de considerársele como uno de los pocos autores que ha creado una «verdadera» teoría procesal (en especial con su obra de 1969: Legitimation durch Verfahren).

Lo que le ha valido una gran popularidad a Luhmann a lo interno de la Teoría del Derecho –aparte de su habilidad para crear nuevos términos y abigarradas tramas conceptuales– es, desde mi punto de vista, dos aspectos muy concretos:

a. Su empleo «bondadoso» de la noción de «sistema» y

b. Su concepto de «autopoiesis»

En cuanto al primer punto se refiere, es claro que el concepto de «sistema» si no se define claramente se presta para una infinidad de cosas. Lo cierto es que uno de los usos de ese concepto es precisamente un uso retórico y emotivo que sirve para legitimar la idea, ya de por sí arraigada en la mentalidad del jurista, de que el Derecho constituye de alguna forma un «sistema» con contornos bien marcados. Así, por ejemplo, Büllesbach (en: AA.VV. [1994b], p. 373) siguiendo a Georg Klaus nos dice que desde el punto de vista sociológico: «un sistema es un conjunto de elementos y un conjunto de relaciones que existen entre esos elementos». Por supuesto, que siguiendo una definición de este tipo no se facilitan para nada las cosas. Así pues, en lugar de definir la noción de «sistema» lo que se suele hacer es ofrecer un conjunto de atributos o de elementos que son importantes para su comprensión. Se dice, así, que un sistema posee tres atributos esenciales: a. La autorregulación o homeostasis, b. La autoconservación o autopoiesis y c. El autodesarrollo o evolución (véase Röhl, 2001, p. 422).

Un aspecto que facilita la comprensión de la actual Teoría de Sistemas es tener presente que uno de los antecesores de esa corriente es el Organicismo. Según esta concepción, la sociedad se comporta como un organismo vivo, donde cada una de las partes o miembros del organismo cumple una función específica y sin la cual el «todo» no podría subsistir. Estas ideas se transfieren como tal a la sociedad, sólo que en lugar de «miembros» se habla ya de «sub-sistemas cibernéticos» y en el lugar de la «materia» se colocan los «flujos de comunicación», etc. El Derecho constituye dentro de la Teoría de Sistemas uno de los «sub-sistemas» más importantes.

La idea organicista a la que me he referido se aprecia con especial claridad en la noción de «autopoiesis», la cual fue desarrollada en un inicio como un concepto propio de la biología (véase Neves, 1996). Ella apunta en lo esencial a la posibilidad de auto-organización que poseen los organismos (y también algunos sub-sistemas sociales como el Derecho). «Los sistemas autopoiéticos se renuevan y se reproducen constantemente mediante una di-

námica que nunca se detiene, pero que, sin embargo, aparece como plenamente estable» (Büllesbach, en: AA.VV. [1994b], p. 392). Me parece que como metáfora la idea de «sistema autopoiético» puede resultar interesante. No obstante, como una descripción realista de lo que es el Derecho esta idea se queda corta, pues es indudable que el Derecho no se comporta como un sistema auto-suficiente (autopoiético), sino que está inextrincablemente vínculado y depende en muchos casos de otros «sub-sistemas» sociales como son la política y la economía.

4. Otras Corrientes (Neo-institucionalismo, concepciones analíticas, retóricas, hermenéuticas, postmodernas, Análisis económico del Derecho)

Una posición interesante en la Teoría del Derecho de los últimos tiempos es la defendida por OTA WEINBERGER (junto con MacCormick) y conocida como *Neo-Institucionalismo* o como Positivismo Institucional. Esta corriente busca realizar una meta que bien podría considerarse por algunos como imposible de llevar a cabo, a saber: superar el abismo lógico que existe entre el ser (Sein) y el deber (Sollen). Se trata por ello de una «ontología jurídica» que se encuentra, según sus autores, «más allá del Positivismo Jurídico y del Derecho natural» (Weinberger, 1985, pp. 140 y ss.) y con ello también «más allá del normativismo y del realismo jurídicos» (Weinberger, 1985, pp. 15 y ss.). La pregunta clave es: ¿Cómo es que Weinberger quiere superar este abismo? Para ello se vale de algunos conceptos centrales en su concepción. En primer lugar, se ofrece la categoría de «acción», la cual «constituye una característica fundamental del ser humano» (Weinberger, 1994, p. 10) y que se define como «un comportamiento intencional dirigido según ciertos criterios de información». Se debe distinguir entre dos tipos de información: la información descriptiva y la información práctica. Es dentro de este último tipo de información en el cual se incluyen las normas del Derecho, las cuales se orientan a determinar distintas posibilidades de acción humana.

La teoría de la acción desarrollada por Weinberger guarda estrecha relación con su concepto de «Institución». Esto ya que es por medio de las acciones reguladas según cierta información práctica como las personas construyen sus instituciones. Una institución se define como «un marco normativo para la acción e interacción humana» (Weinberger, 1994, p. 11). De las instituciones se derivan los «hechos institucionales». De allí que Weinberger define la tesis central del Neo-Institucionalismo de la siguiente forma: «Entre las instituciones y los hechos institucionales por un lado, y la información práctica (por ejemplo, la que se ofrece a través de las normas jurídicas) por el otro, existe un vínculo necesario. Toda institución posee un núcleo de información práctica que justifica la existencia y el funcionamiento

de la institución» (Weinberger, 1994, p. 11). De esta forma se garantiza el vínculo entre las instituciones y las normas jurídicas. Por ejemplo, las normas relativas al acto de «casarse» sólo tienen sentido dentro de la institución «matrimonio». De allí deriva Weinberger el concepto de «vigencia» del Derecho. Éste es, me parece a mí, uno de los aspectos más interesantes de su teoría. Es conocido que tanto las tradiciones ius-naturalistas como las positivistas han tenido enormes dificultades para fundamentar la categoría de «vigencia». Los primeros se valen de una presunta «objetivación» de los valores (ubicados, finalmente, en un reino más allá de lo humano) para inferir de allí la vigencia y la autoridad del Derecho. En el caso de los segundos (los positivistas) se debe recurrir: o bien a la ficción de una «norma fundamental» o bien a una autoridad axiológicamente predefinida (la Constitución, el Legislador, etc.), derivando de esa autoridad la respuesta a la pregunta: ¿por qué rige el Derecho? La propuesta de Weinberger para responder a esta interrogante es interpretar la «vigencia» del Derecho de la siguiente forma: «Un ordenamiento jurídico como un sistema dinámico rige (o sea tiene vigencia) en una determinada sociedad únicamente cuando existe, como fundamento del sistema normativo, una existencia institucional (institutionelles Dasein), es decir, cuando en la sociedad existe un conjunto de hechos institucionales que representan la base del sistema normativo» (Weinberger, 1994, p. 12).

Las *corrientes analíticas* no han experimentado obviamente en Alemania el mismo éxito que tienen en el ámbito anglosajón, donde la tradición se remonta hasta Bentham, pasando por J. Austin, H.L.A. Hart y extendiéndose hoy día hasta autores como Joseph Raz. Sin embargo, ella no ha dejado de tener sus efectos. Uno podría distinguir –por comodidad– entre dos vertientes de la Teoría del Derecho analítica: a la primera se le podría llamar la vertiente lingüística y a la segunda la vertiente lógico-formal. Las dos tesis centrales de la primera línea de trabajo se pueden resumir de la siguiente forma:

a. Todo Derecho está ineluctablemente acuñado en un lenguaje. Como fenómeno lingüístico él debe separarse de las dos otras manifestaciones de lo jurídico, a saber: del Derecho como un fenómeno social y como un fenómeno psicológico. Una distinción nítida de estas tres esferas resulta indispensable para mantener la «higiene» metodológica y evitar así confusiones. La dogmática jurídica, por ejemplo, justifica su actividad en virtud de esta distinción. Ella estudia las normas como si fueran entidades lingüísticas o lógicas con una existencia autónoma y de allí como si fueran «inmunes» frente a la realidad (Savigny, E. en: AA.VV.[1976], p. 106). Esto no implica, por supuesto, que todos los dogmáticos sean analíticos (pues más bien es el caso contrario), sino tan sólo que a éstos les resulta de utilidad un

tratamiento puramente normativo del Derecho. En fin, la función de la teoría analítica del Derecho es, según la vertiente lingüística, lograr claridad sobre los conceptos que se emplean, pero sin preocuparse de sus efectos reales o de sus conexiones meta-jurídicas (políticas, económicas, ideológicas).

b. Todo Derecho debe separarse obligatoriamente de la moral. No es, por supuesto, que el Derecho no contenga elementos morales, sino que para efectos de su estudio deben manejarse como campos distintos. De allí que un Derecho abiertamente injusto, una «injusticia legal» (como diría Radbruch) sigue siendo Derecho, o inversamente, una costumbre moral por muy justa que sea no tiene porque ser Derecho. Algunos autores representativos de la línea analítica en Alemania son, por ejemplo: H.J. KOCH (con sus trabajos de 1982, 1977 y 1972); MAZURECK (en: AA.VV. [1994b]), ECKMANN (1969), y en algún grado E. v. SAVIGNY (en: AA.VV. [1976]).

Ahora bien, si se interpreta la corriente analítica, no específicamente en su dimensión de filosofía del lenguaje, sino en un sentido más amplio, entonces es posible ubicar dentro ella los desarrollos importantes que se han logrado en el campo de: a) la lógica jurídica, b) la Teoría de las Normas, c) la llamada «Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft»), y d) la Informática Jurídica.

En lo referente a la *lógica jurídica* es posible encontrar actualmente en circulación una serie de trabajos importantes (desde los clásicos de KLUG, 1951; ENGISCH 1943; RÖDIG, 1969; WEINBERGER, 1970, hasta los más recientes: HERBERGER/SIMON, 1980, NEUMANN, 1986, RATSCHOW, 1998; SCHNEIDER, 1999, entre otros). El desarrollo que ha tenido la lógica en el Derecho es considerable y cada vez más difícil de seguir por los juristas. Se ha ido desde los análisis tradicionales sobre el silogismo, pasando por la lógica proposicional y posteriormente por la lógica de predicados hasta llegar a la lógica deóntica. Hoy día se pretende incluso aplicar la llamada «Fuzzy Logic» a los problemas jurídicos (e.g. KRIMPHOVE, 1999). Este tipo de lógica se contrapone a la lógica formal pues pretende ser una lógica aplicable en aquellos casos donde la información es imprecisa, incompleta o incluso contradictoria y donde, por consiguiente, la lógica tradicional no es de utilidad. Una crítica de estas corrientes es imposible de realizar aquí, limitándonos únicamente a transcribir la sentencia de Röhl: «*Toda decisión jurídica es en su núcleo a-lógica*» (2001, p. 114).

En lo atinente a la *Teoría de las Normas*, la cosa no es menos complicada que en el ámbito de la lógica (véase, e.g., PHILIPPS, en: AA.VV. [1994b], pp. 317 y ss.). Allí se ha llegado también a complejas elaboraciones –valiéndose de la ayuda de la lógica deóntica y de diagramas como los de Venn– en torno a las categorías de: mandamiento, prohibición, permi-

sión, etc., alcanzando ya niveles a veces difíciles de comprender. Pero también han surgido aquí obras de mayor alcance. Tal es el caso de la llamada Juristische Methodik (1995) de FRIEDRICH MÜLLER. Este autor quiere desarrollar una especie de técnica de alcance general que sirva para concretar las normas (Normkonkretisierung) a partir del análisis de los casos jurídicos particulares (Müller, 1995, p. 23). La teoría que él desarrolla, denominada: «strukturierende Methodik», pretende ser un marco general dentro del cual hay que incluir a la Metodología Jurídica, a la Hermenéutica, a la Teoría de la interpretación, convirtiéndose así en una concepción totalizante de la norma.

En lo relativo a la «*Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft*», han surgido aquí discusiones importantes. El núcleo central de esta orientación consiste en tomar el Derecho como «objeto de investigación» partiendo para ello de la Teoría de las Ciencias y analizando los paralelismos y las diferencias entre las estructuras de otras disciplinas y aquellas del Derecho. Es decir, nos encontramos aquí con una especie de «meta-teoría» de la ciencia jurídica. Algunos de los temas que se discuten allí son los siguientes: el carácter de cientificidad o no del Derecho, el empleo o no de métodos de las ciencias naturales, la aplicabilidad o no del principio de verificación o del de falsación, los problemas de fundamentación empírica, la naturaleza de la dogmática y, por último, el importante tema relativo a la utilidad o no de las ciencias sociales para el mejoramiento de la investigación jurídica. Algunos trabajos importantes en esta línea son los de: E. v. SAVIGNY (en: AA.VV. [1976]), NEUMANN (1986), HANS ALBERT (1978, 1993), R. DREIER (1981).

Por último, el desarrollo que se ha dado también en la *Informática Jurídica* es considerable, especialmente si se tiene en cuenta que éste es un enfoque del Derecho que pretende llevarse a la práctica en todas las ramas jurídicas. Los desarrollos más importantes se ubican en áreas como: la protección de datos, los sistemas expertos, los sistemas de documentación y la cibernética jurídica. Existe, sin embargo, desacuerdo sobre cuáles son los contornos exactos de la disciplina y cuáles sus objetos de estudio (SCHNEIDER, en: AA.VV. [1994b], pp. 504 y ss.). También los vínculos con las teorías tradicionales del Derecho o con la filosofía jurídica son problemáticos.

Hoy día es posible encontrar autores que se adhieren directamente a otras corrientes no menos importantes. La *retórica* es un ejemplo de lo anterior. Obviamente el trabajo aquí clásico es el de VIEHWEG; sin embargo, circulan también en la actualidad otra serie de textos en la misma dirección (F. HAFT, 1985; W. GAST, 1992). Igualmente, en el ámbito de la *Hermenéutica* es posible encontrar algunos trabajos de importancia (HASSEMER, 1984; KAUFMANN, 1984). Un problema central que ocupa a estos estu-

dios es el del «círculo hermenéutico» (o de acuerdo al concepto creado por Hassemer: la «espiral hermenéutica»). Se trata aquí de un intento de reflexionar sobre el problema de las «preconcepciones» y el papel que juegan éstas en la actividad jurídica. En especial Hassemer es un autor que suele mantener una actitud crítica respecto a la Teoría del Derecho y a la Metodología jurídica (ello a pesar de que sus trabajos principales se ubican en el campo del Derecho penal). Por otro lado, las *Teorías marxistas* del Derecho o las concepciones derivadas directamente de la Teoría Pura, se encuentran momentáneamente en una fase de parcial receso.

Otras corrientes téoricas recientes como, por ejemplo, las *Teorías postmodernas del Derecho* (véase LADEUR, 1992) o el *Critical Legal Studies (CLS)* no han podido encontrar en Alemania un terreno fértil para su cultivo. Sin embargo, el principal atractivo de estas corrientes radica en su actitud crítica frente a lo que se considera el «ideario tradicional de la Modernidad». La columna vertebral de estas orientaciones, en especial de las postmodernas, está constituida por un pronunciado escepticismo respecto a las categorías de «razón», de «verdad», de «justicia», de «emancipación», de «libertad», las cuales constituyen, según ellas, los grandes mitos o las grandes «narraciones» dominantes de Occidente. En contraposición a este ideario, los «postmodernos» (a pesar de la gran cantidad de autores y corrientes que se agrupan bajo ese rubro) quieren exaltar el carácter fingido e incluso arbitrario que subyace en todo este discurso. La actitud postmoderna enfatiza más bien la contingencia del mundo, lo efímero de la experiencia, lo rebuscado y artificioso de las teorías y de los sistemas, lo postizo y decadente de los grandes ideales. «Las verdades del humanismo, la confianza en el hombre y demás ingenuidades, ya sólo poseen un valor de ficciones, una prosperidad de sombras. Occidente *era* esas verdades; ya no es más que esas ficciones, esas sombras. Tan miserable como ellas no puede verificarlas. Las arrastra, las expone, pero ya no las *impone*; han dejado de ser *amenazadoras*...» (Cioran, 1997, p. 69). El suyo es, pues, un llamado a la incertidumbre, un manifiesto a la duda, pero también una oda a lo diferente, a lo pequeño, en fin, a lo *otro* (y de allí la afinidad entre estas concepciones y los movimientos feministas o de otras minorías, explicación clara en Röhl, pp. 298-301). El centro intelectual de las corrientes postmodernas o del CLS sigue siendo, sin lugar a dudas, Francia (Derrida, Lyotard) y Estados Unidos.

En cuanto al *Análisis económico del Derecho* se refiere, la situación en Alemania no es muy distinta a la de las dos corrientes referidas, pues, a diferencia de lo que sucede en los Estados Unidos, éste encuentra aquí muy pocos cultores (los más importantes son: LEHMANN, 1983, SCHÄFER/OTT, 1986 y más recientemente EIDENMÜLLER, 1998). A esta

orientación se le suele criticar, muchas veces sin un conocimiento detallado de sus contenidos, que ella reduce la totalidad del Derecho a un mero «naturalismo» y al ser humano a un mero *homo oeconomicus* o que transforma la justicia en un asunto de «eficiencia» o que desconoce los «principios jurídicos fundamentales», los cuales no están siempre sujetos a puros criterios de rendimiento o de coste-beneficio, etc. (véase Martin, 1991). Sin embargo, se trata de una orientación que requiere una atención especial y cuyos méritos principales son, desde mi punto de vista, *dos*:

– Es una corriente teórica arraigada en una estructura epistemológica científicamente criticable y discutible intersubjetivamente. Esto hace de ella una corriente de corte *realista* en el sentido expuesto más arriba. Los enunciados que ella produce se encuentran, por lo general, enraizados en investigaciones de corte empírico y no puramente especulativo. Sobre los posibles vínculos ideológicos del Análisis Económico del Derecho con determinadas corrientes político-económicas es un tema que todavía hay que estudiar.

– Es una orientación teórica que ha logrado hacer efectivos algunos vínculos interdisciplinarios del Derecho con otras disciplinas empíricas (e.g. la Economía, la Estadística, la Matemática), sin descuidar por ello los fundamentos axiológicos (piénsese aquí en la discusión de base en torno al Utilitarismo o al Consecuencialismo que existe entre sus defensores). Se facilita de esta forma la comunicación de los juristas con otros científicos sociales y todo ello a nivel internacional, lo cual ha sido históricamente una preocupación de la Teoría del Derecho. No obstante, también debe reconocerse que el empleo técnico de algunas categorías (piénsese aquí, por ejemplo, en nociones como «óptimo de Pareto», «teorema de Coase», «principio de Kaldor/Hicks», etc.) tienden a tener un efecto «intimidatorio» entre los juristas, no familiarizados con el lenguaje propio de la Economía.

Es en el sentido acotado en los dos puntos anteriores que EIDENMÜLLER se esfuerza (partiendo de las tesis de Albert) por lograr una visión crítica y realista del Derecho, entendido éste como una *ciencia real*. De allí que sostenga que: «Si uno mantiene en mente que la función más importante del Derecho está en constituir un instrumento para el control y orden de los procesos sociales, entonces debe resultar claro cuál debe ser el interés central de una ciencia jurídica, a saber: la obtención de un conocimiento sobre las correlaciones causales de la realidad que sea utilizable instrumentalmente...» (Eindenmüller, 1999, página 54). La obra principal de Eidenmüller por el momento es *Effiziens als Rechtsprinzip (La eficiencia como principio jurídico)* donde el autor trata de explorar no sólo las ventajas y límites del Análisis Económico del Derecho, sino también en qué tanto y

medida se puede considerar la «eficiencia» como una categoría central de la ciencia jurídica. Es una obra que merece atención.

III. Literatura citada en el trabajo*

AA.VV. [1996]: Garzón Valdés, E. y Laporta, F.J., El derecho y la justicia, Madrid; AA.VV. [1991]: Alexy, R., Dreier, Ralf y Neumann, Ulfrid, «Rechts– und Sozialphilosophie in Deutschland heute. Beiträge zur Standortbestimmung, Archiv für Rechts– und Sozialphilosophie (ARSP), Suplemento Nr. 44; AA.VV. [1994a]: Simon, D., Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, Frankfurt/M.; AA.VV. [1994b]: Kaufmann, A., Hassemer, W., Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg; AA.VV. [1976]: Neumann, U./Rahlf,J.,/von Savigny, E., Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie; AA.VV. [1969]: Adorno, Th., Popper, K., Dahrendorf, R., Habermas, J., Albert, H., Pilot, H., reimpresión, Hamburgo, 1993; Adomeit, K., Rechtstheorie für Studenten, 1998; Albert, H., Rechtswissenschaft als Realwissenschaft. Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz, 1993 (texto que forma parte de este libro); el mismo, Zur Kritik der reinen Jurisprudenz. Recht und Rechtswissenschaft in der Sicht des kritischen Rationalismus, 1992 (texto que forma parte de este libro); el mismo, Transzendentale Träumereien, 1975; el mismo, Traktat über kritische Vernunft, 1991; Alexy, R., Theorie der juristischen Argumentation, 1991; Atienza, M., Derecho y Argumentación, 1997; Bydlinski, F., Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1991; Brunner, E. Die Gerechtigkeit. Eine Lehre von den Grundgesetzen der Gesellschaftsordnung, 1943; Canaris, W. Systembegriff und Systemdenken in der Jurisprudenz, 1969; Cioran, E.M., Silogismos de la Amargura, 1997; Coing, H., Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1993; Dreier, R., Zum Begriff der «Natur der Sache», 1965; el mismo, Recht-Moral-Ideologie, 1981; el mismo, Hauptströmungen gegenwärtiger Rechtsphilosophie in Deutschland, en la revista: Archiv für Rechts– und Sozialphilosophie Nr. 81, 1995; Eckmann, H., Rechtspositivismus und Sprachanalytische Philosophie. Der Begriff des Rechts in der Rechtstheorie H.L.A. Hart, 1969; Eidenmüller, H., Effizienz als Rechtsprinzip, 1999; el mismo, Rechtswissenschaft als Realwissenschaft, en: Juristen Zeitung 54, 1999; Engisch, K. Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1943; el mismo, Einführung in das juristische Denken, 1997; Esser, J. Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970; el mismo, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956; Fuchs, J., Lex

* Para efectos de simplificación y para ahorrar espacio cito aquí únicamente el nombre del autor, el título de la obra y el año de edición del texto consultado.

naturae. Zur Theologie des Naturrechts,1955; Funk, J., Primat des Naturrechts. Die Transzendenz des Naturrechts gegenüber dem positiven Recht, 1952; Gast, W., Juristische Rhetorik. Auslegung, Begründung, Subsumtion, 1992; Haba, E.P., Standortbestimmung zeitgenössischer Rechtstheorie –Rawls, Dworkin, Habermas und andere Mitglieder der «Heiligen (Rede-) Familie», en: Rechtstheorie 27, 1996; Habermas, J., Faktizität und Geltung, 1992, el mismo, Wahrheitstheorien, en: Fahrenbach, H., (Editor), Wirklichkeit und Reflexion, 1973; Haft, F., Juristische Rhetorik, 1985; Hassemer, W., (Editor), Dimensionen der Hermeneutik, Arthur Kaufmann zum 60. Geburtstag, 1984; Heinz, W., (Editor), Rechtstatsachenforschung, 1998; Herberger, M./Simon, D., Wissenschaftstheorie für Juristen, 1980; Kaufmann, A., Analogie und «Natur der Sache», 1965; el mismo (como editor), Rechtstheorie. Anätze zu einen kritischen Rechtsverständnis, 1971; el mismo, Beiträge zur juristischen Hermeneutik, 1984; Hilgendorf, E., Hans Albert zur Einführung, 1997; el mismo, Argumentation in der Jurisprudenz. Zur Rezeption von analytischer und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz, 1991; Kaupen, W., Die Hüter von Recht und Ordnung, 1969; Keuth, H. Erkenntnis oder Entscheidung. Zur Kritik der kritischen Theorie, 1993; Koch, H.J., (Editor), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, 1976; el mismo, Die juristische Methode im Staatsrecht, 1977; el mismo (junto con Rüßmann, H.), Juristische Begründungslehre, 1982; Klug, U., Juristische Logik, 1951; Kriele, M., Theorie der Rechtsgewinnung, 1976; el mismo, Recht und praktische Vernunft, 1979; Krimphove, D., Der Einsatz von Fuzzy-Logik in der Rechtswissenschaft, en: Rechtstheorie 30, 1999; Ladeur, Postmoderne Rechtstheorie. Selbstreferenz-Selbstorganization-Prozeduralisierung, 1992; Lautmann, R., Justiz –die stille Gewalt–, 1970; Larenz, K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991; Lehmann, M., Bürgerliches Recht und Handelsrecht –eine juristische und ökonomische Analyse, 1983; Luhmann, N., Legitimation durch Verfahren, 1969; Maihofer, W., (editor), Rechtstheorie. Beiträge zur Grundlagendiskussion, 1971; Martin, S., Ist das Recht mehr als eine blosse soziale Tatsache?, en: Rechtstheorie 22, 1991; Messner, J., Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik,1950; Müller, F., Juristische Methodik, 1995; Neves, M., De la autopoiesis a la alopoiesis del Derecho, Doxa 19, 1996: Neumann, U., Juristische Argumentationslehre, 1986; Oksaar, E., Sprache als Problem und Werkzeug der Juristen, en: ARSP 53, 1967; Opp, K.D./Peukert, R., Ideologie und Fakten in der Rechtssprechung,1971; Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 1991, el mismo, Einführung in die juristische Methodenlehre, 1986; Peters, D., Richter im Dienst der Macht,1973; Radbruch, G., Rechtsphilosophie,

Studienausgabe, 1999; Ratschow, E., Rechtswissenschaft und formale Logik, 1998; Rehbinder, M., Rechtssoziologie, 2000; Rödig, J., Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, 1969; Röhl, K.F., Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch, 2001; el mismo Rechtssoziologie, 1987; Rommen, H., Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, 1947; Rüthers, B., Rechtstheorie, 1999 (la cual el sucrito tiene el gusto de traducir al español y que se publicará por la Editorial Temis, Colombia); el mismo, Das Ungerechte an der Gerechtigkeit, 1993; el mismo, Die unbegrenzte Auslegung –Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 1997; el mismo, Entartetes Recht, 1989; el mismo, Rechtsordnung und Wertordnung, 1986; Schäfer, H.-B./Ott, C., (Editores), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung, 1988; Schneider, E., Logik für Juristen, 1999; Sprenger, G., Naturrecht und Natur der Sache, 1976; Viehweg, T., Topik und Jurisprudenz, 1953; Von Büllow, O., Gesetz und Richteramt (1885), Reimpresión, 1972; Weinberger, O., Rechtslogik,1970; el mismo (junto con MacCormick, N.), Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus, 1985; el mismo, Realismus und Systemtheorie in der Jurisprudenz, en: Rechtstheorie 25, 1994; Weyrauch, W., Zum Gesellschaftsbild der Juristen, 1970; Welzel, H., Naturrecht und materiale Gerechtigkeit (1951), 4. Reimpresión,1980; Zippelius, R., Rechtsphilosophie, 1994.

CINCO APUNTES SOBRE DERECHO Y POSTMODERNIDAD[1]

Andrés García Inda
Universidad de Zaragoza

A Luis Aranguren, Sebas Mora e Imanol Zubero, que interpretan los signos de este tiempo postmoderno, para transformarlo.

En las páginas que siguen, querríamos esbozar, muy brevemente, algunos de los rasgos, las tensiones y las perplejidades que caracterizan el llamado derecho de la postmodernidad[2] y al que se enfrenta el jurista, el futuro profesional del derecho que sale de la Universidad. Y ello, como solemos insistir, no ya (o no tanto) porque la enseñanza del derecho deba simplemente «acomodarse» a ese discurso –seguramente del mismo modo que en ocasiones el discurso jurídico real no encajará con el derecho que se pueda enseñar en las Universidades–, sino al menos como forma de «saber» a qué juego se enfrenta el modelo que se enseña[3]. Y de entrada, habría que aludir en primer lugar al reconocimiento paradójico del valor que se atribuye al derecho en la sociedad actual: la tensión que subyace en el retorno y crisis –a la vez– de lo ju-

[1] Estas páginas fueron escritas durante el curso 1999-2000, como parte del Proyecto docente presentado en el primer ejercicio del concurso-oposición para la provisión de una plaza de profesor titular de filosofía del Derecho y Sociología Jurídica en la Universidad de Zaragoza.

[2] Cfr. A.-J. Arnaud y Mª J. Fariñas, *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III / BOE, 1996, pp. 218-226 y 270-328; A. M. Hespanha, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Mem Martins, Publicaçoes Europa-América, 1998 (2ª edic.), pp. 246-264; B. De Sousa Santos, «Towards a Postmodern Understanding of Law», in *Legal Culture and everyday life*, Oñati Proceedings núm. 1, Oñati, IISJ, 1989, pp. 113-123; así como el monográfico de la *Revista crítica de ciências sociais*, 24 (1988); E. A. Russo, *Teoría General del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, pp. 317-352. Véase otro abordaje diferente de la cuestión de la posmodernidad en J. Ballesteros, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989.

[3] Por poner un ejemplo: que el modelo de legitimidad piramidal haya sido desbordado en la práctica por las transformaciones acontecidas en el campo jurídico –empezando por todo lo que conlleva la inflación normativa y la legislación vía reglamento, o siguiendo por el reconocimiento del carácter creativo de la jurisprudencia– no quiere decir que ese modelo deba dejarse de lado, ni que haya que «aceptar» simplemente, y enseñar como «normal», el hecho de que en ocasiones, se acabe legislando a través de los reglamentos. Sobre el modelo de legitimidad piramidal vid. F. Ost, «Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez» (trad de I. Lifante Vidal), *Doxa* 14 (1993), pp.

rídico, entre una «desmedida fe en el derecho» y «un generalizado descreimiento» (desencanto y desencantamiento) respecto a las posibilidades del discurso jurídico[4].

Por un lado, nos encontramos con una revalorización del derecho a la hora de comprender y justificar el poder[5]. Una vez despojado de todos sus atributos sagrados, el derecho vuelve a ser reconocido como a) un factor fundamental en la explicación de la vida social, y b) un elemento inevitable en su transformación. Por ejemplo, dice alguien ajeno al mundo jurídico:

> «Cuando uno era un joven idealista y miraba con asombro y orgullo la Revolución de los Claveles, pensaba no sólo que había que cambiar el mundo, sino también que, para hacerlo, bastaba con la voluntad de eliminar lo viejo, con la mera fuerza de las ideas a flor de piel. Pasado el tiempo y curadas todas las gripes izquierdistas, pero, afortunadamente, sin matar el virus utópico que las provocaba, uno se arrepiente de no haber aprendido algo sobre dos de las cuestiones que más, me parece, podían servir para que los ideales tomen cuerpo en la realidad social. Me refiero al Derecho y a la Economía.
>
> Hemos despreciado el Derecho porque nos parecía que las leyes, los reglamentos y los tribunales eran corsés para la espontaneidad de la vida; los abogados, males necesarios que viven de las desgracias ajenas («pleitos tengas») y para qué hablar de los notarios... En fin, que hemos ignorado cómo sólo aquello que se plasma en la letra, pequeña o grande, tiene posibilidades de ser argumentado, que los grandes enunciados no son operativos si no se concretan por escrito en el BOE, que un convenio colectivo no sirve de nada si no está bien formulado.»[6]

Esa «reconciliación» con el mundo jurídico no implica que haya que hacer del Derecho, nuevamente, el sagrado *totem*, el dios posible de una sociedad secularizada, ni que sea garantía de cambio o transformación. De hecho, en muchos casos, en ese retorno el discurso jurídico ha acabado por convertirse en la *ancilla* de la nueva teología del milenio: la Economía. Y en otros, no está exenta de matices[7]. Pero lo paradójico es que ese «retorno»

---

[4] N. Mª López Calera, *Filosofía del Derecho*, Granada, Comares, 1992, p. 14.

[5] L. Ferry y A. Renaut, *68-86. Itinéraires de l'individu*, Paris, Gallimard, 1987, pp. 73-74; P. Bouretz, «La force du droit», en *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Éditions Esprit, 1991, pp. 9-11; A. García Inda, *La violencia de las formas jurídicas*, Barcelona, Cedecs, 1998, pp. 232-233.

[6] J. L. Sánchez Noriega, «Asignaturas pendientes», *Noticias obreras* 1128 (1994), p. 40 (592). También P. Flores D'Arcais, «Izquierda y legalidad», *Jueces para la democracia* 19/2 (1993), pp. 27-37 (esp. pp. 27-28), y más recientemente en *El individuo libertario*, trad. de J. Jordá, Barcelona, Seix Barral, 2001.

[7] Por ejemplo, en lo que hace referencia a la «sustitución» de la política por el derecho, sobre la que se debate a propósito de cuestiones como el papel de la jurisprudencia constitucional (vid. al respecto el número monográfico de la revista *Le débat* 64/1991), la revisión judicial de los derechos, la utilización del discurso jurídico con fines de política social, etc. y que alude a aquellos casos en los que el Derecho no sólo marca los límites o los márgenes de la

o esa –matizada– «reconciliación» coexiste con lo que algunos entienden es una crisis de la capacidad regulativa del derecho (por la complejidad de las sociedades contemporáneas) o, cuando menos una crisis de la razón jurídica, una «pérdida de confianza en esa *artificial reason* que es la razón jurídica moderna, que erigió el singular y extraordinario paradigma teórico que es el Estado de derecho»[8]. O tal vez, cabría plantear la hipótesis, ese retorno y esa crisis se producen y alimentan mutuamente. Es la paradoja del *amor/odio del censor*, que André-Jean Arnaud plasma en la marginación y el retorno de la figura del juez a un mismo tiempo[9] (y que sociológicamente podríamos relacionar con la persistente desconfianza en la Administración de Justicia, de los jueces y del derecho en general, con la reivindicación de su papel, y el protagonismo que llegan a cobrar en ocasiones). Es decir, se trata de una doble crisis de lo jurídico, arrastrada a lo largo de toda la segunda mitad del siglo XX: *institucional*, por un lado, dada la progresiva falta de eficacia del derecho y la aparición de zonas tanto de «a-legalidad» como de «i-legalidad»; y *de legitimidad*, por otro, por la pérdida de capacidad simbólica del discurso jurídico para representarse –léase: para ser reconocido– como el medio idóneo y justo de organización social[10].

Ferrajoli distingue esquemáticamente tres aspectos de esa crisis de lo jurídico[11]. En primer lugar, dice, se trata de una «*crisis de la legalidad*, es de-

---

discusión política, sino que sustituye a ésta. Si bien existen aspectos positivos de esa sustitución (como la búsqueda de limitación del poder) no esta exenta de riesgos (fragmentación, confusión de esferas, «neutralización» del discurso político, etc.). Valga decir, en suma, que de ese proceso resulta una «contaminación» mutua: no sólo se formaliza o «juridifica» el discurso político; también se desformaliza o «politiza» el discurso jurídico.

[8] L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi e introd. de P. Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 1999, p. 18. Sobre el Estado de derecho, cfr. E. Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Cuadernos para el diálogo, 1979; R. de Asís, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, Madrid, Dykinson, 1999. Con todo, si realmente es verdad que se ha devaluado o ausentado esa *razón jurídica* habrá necesariamente que reinventarla: la cuestión es qué tipo de «nuevo sentido común jurídico» (por utilizar palabras de B. de Sousa Santos) se requiere hoy día. O el «equilibrio mental» necesario, como dice Arnaud, para llegar a hacerlo: «hay que resignarse a terminar constatando la ausencia de una *razón jurídica* que gobierne el *derecho contemporáneo*; algo que explica en parte el desconcierto de los juristas contemporáneos. En otros términos, debemos reconocer, nosotros, juristas diferentes, que no hemos encontrado todavía en el Derecho contemporáneo una razón que no sea ni orden ni paz. A nosotros nos corresponde inventarla», A.-J. Arnaud, «Los juristas frente a la sociedad (1975-1993)» (trad. de I. Lifante y V. Roca), *Doxa* 15-16 (1994), p. 1012.

[9] Cfr. A.-J. Arnaud, «Los juristas frente a la sociedad (1975-1993)», *op. cit.*, p. 1002.

[10] Véase, A. M. Hespanha, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, op.cit., pp. 230-231.

[11] Las transformaciones y crisis del método jurídico no son sino el reverso de la crisis de los presupuestos básicos sobre los que se levantó el edificio del derecho y la teoría liberal de

cir, del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos», y que se trasluce en ejemplos como la ineficacia del control y la ilegalidad del poder, la corrupción, el desplazamiento del Estado a sedes extra-legales, etc. En segundo lugar, «la inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho a las funciones del *Welfare State*, agravada por la acentuación de su carácter selectivo y desigual de la *crisis del Estado social*», lo que se manifiesta en la «inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de la leyes, la creciente producción de leyes-acto, el proceso de descodificación y el desarrollo de una legislación fragmentaria, incluso en materia penal, habitualmente bajo el signo de la emergencia y la excepción». Y en tercer lugar «la *crisis del Estado nacional*, y que se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo».[12]

Es particularmente importante, en nuestro tiempo, la reflexión que pueda hacerse sobre esa crisis de la capacidad regulativa del Derecho en relación con las cuestiones relativas a los problemas identitarios, que ocupan un lugar cada vez más determinante en los conflictos de nuestro tiempo. Para algunos, precisamente, la incapacidad del Derecho para crear un régimen de convivencia viene dada por su inadecuación para proporcionar o para devolver a las colectividades el sentido de permanecer unidas.[13]

---

la época contemporánea, siglos XIX y XX: la democracia representativa y el principio de la legalidad (sometido a fuertes embates tanto en lo que respecta a la ley como fuente principal del derecho como a los procesos políticos de producción de la ley), la idea de Estado-nación y el positivismo. Véase sobre esos presupuestos: A. M. Hespanha, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, op.cit., pp. 169-176.

[12] L. Ferrajoli, *Derechos y garantías*, op. cit., pp. 15-17. Esa crisis estatal y de legalidad conduce a lecturas en términos de *anomia* (véase R. Dahrendorf, *Ley y orden*, trad. de L. Mª Díez Picazo, Madrid, Civitas, 1994), o de *entropía jurídica* (J. L. Villar Palasí y J. L. Villar Ezcurra, «El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro derecho», en Varios*, La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al prof. Jesús González Pérez (Tomo I),* Madrid, Civitas, 1993, pp. 79-104). Y en relación con la opacidad y la no comprensión del discurso jurídico, C. Mª Cárcova, *La opacidad del derecho*, presentación de J. R. Capella, Madrid, Trotta, 1998. Sobre la crisis de la legalidad véase además L. Prieto Sanchís, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson / Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de Las Casas», 1998; y L. Hierro, *Estado de derecho. Problemas actuales*, México, Fontamara, 1998, pp. 17-44.

[13] Ph. Delmas, *El brillante provenir de la guerra*, trad. de Pierre Jacomet, Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello, 1996, pp. 22-23. Partiendo de la diferencia entre el *orden* (el sentimiento de estar juntos) y la *organización* (la convención de intereses), Philippe Delmas señala cómo en el ámbito internacional –y en parte sus tesis son aplicables a otros ámbitos más reducidos– el Derecho no sirve como instrumento para garantizar el orden, para potenciar y cuidar ese sentido de vida en común. Tras esa idea subyace una manifestación de la crisis del Derecho como instrumento de la política así como la reducción de ésta a mera técnica de gestión «organizativa».

A poco que profundicemos, podremos darnos cuenta de que todas esas manifestaciones de la crisis tienen que ver con la globalización y el proceso de difuminación de las fronteras –reales y simbólicas– que mantenían las dicotomías propias del proyecto de la modernidad: Estado/sociedad civil, público/privado, formal/informal, jurídico/ajurídico...[14] Esa difuminación, según algunos, obliga a la necesidad de nuevas formas de aproximación a la realidad, nuevos equilibrios mentales, un «nuevo sentido común», también en el caso de los juristas, que permita afrontar los retos, las tensiones –distinguir la «decadencia» de la «resistencia», por utilizar los términos del subtítulo del libro de J. Ballesteros; o la «emancipación» de la «dominación», tal como lo plantea B. De Sousa santos– propias del derecho de la postmodernidad. Esas tensiones, además, se convierten a su vez en objetivos, y vienen a constituir algunos de los criterios útiles para la definición cuando menos del *talante* posible en la formación del jurista. Algunas de ellas podrían ser las siguientes: la multiplicidad, la flexibilidad, la levedad, la rapidez y la paradoja.[15]

1. Multiplicidad

«El objeto denominado Derecho –dice Arnaud– se multiplica», y no sólo por la aparición de nuevos campos de estudio y de práctica, o de nuevas formas de relación, sino por «la extensión de la regulación social por la producción de normas (jurídicas) no gubernamentales»[16]. Se habla así de multiplicidad de actores jurídicos y de niveles de poder, de «multitud de miniracionalidades en el seno de una racionalidad global incontrolable», o de

[14] Sobre la polarización dicotómica y la ausencia de mediaciones como las dos características del proyecto de la modernidad, cfr. B. de Sousa Santos, «O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: para um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito», *Revista Crítica de Ciências Sociais* 30 (1990), pp. 13-16. Sobre la nueva función del Derecho en el proceso de globalización, cfr. B. de Sousa Santos, *La globalización del derecho*, Santafé de Bogotá, Universidad nacional de Colombia / ILSA, 1998; también los respectivos monográficos de las revistas *Droit et Société* 35 (1997), coordinado por W. de Lemos Capeller, y *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 32 (1995), sobre «mundialización económica y crisis político jurídica»; así como el volumen colectivo sobre *Transformaciones del derecho en la mundialización*, coordinado por J. R. Capella, Madrid, Escuela de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1999; más reciente es el trabajo de J. E. Faria, *El derecho ante la globalización económica*, Madrid, Trotta, 2001. En nuestra cultura jurídica, además, muchas de las transformaciones que están en el origen de esas «crisis» tienen que ver con los cambios introducidos por el proceso de unificación y convergencia europea. A ese respecto, puede resultar sugerente el libro de A.-J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991.

[15] Nos ayudamos también, para este punto, de las propuestas culturales de I. Calvino, *Seis propuestas para el próximo milenio*, trad. de A. Bernárdez, Madrid, Siruela, 1990.

[16] A.-J. Arnaud, «Los juristas frente a la sociedad (1975-1993)», *op. cit.*, p. 1004.

una pluralidad de campos sociojurídicos[17]. En «la edad de la descodificación»[18], la imagen del código como referente de un Derecho Uno, único e indivisible se ve así desbordada por la existencia no sólo de un Derecho plural, sino también de una pluralidad de derechos. El Derecho como metarrelato se disuelve en una pluralidad de pequeños relatos (decisiones, normas fragmentarias, experiencias jurídicas diversas, ordenamientos múltiples...), que apuntan a una nueva perspectiva, que entiende la vida cotidiana como un mundo de producción de normas, y analiza el propio saber jurídico desde el punto de vista de lo cotidiano[19].

La conciencia de pluralidad que de ello se deriva –y que debe guiar la formación del jurista– no está exenta de tensiones, sino al contrario: esa conciencia y ese reconocimiento no supone la eliminación de lo singular, de lo diferente, porque la multiplicidad no tiene nada que ver con la generalidad, con el suministro de generalidades. «El seguimiento de la multiplicidad implica profundización en la singularidad (...): implica que, aún tomando como objeto de docencia o de investigación un concepto muy concreto, incluso algo nimio, uno ha de ser capaz de lograr que propicie el establecimiento de relaciones entre discursos jurídicos, niveles institucionales e, incluso, modelos de análisis distintos. Hasta la mayor trivialidad jurídica debería poder convertirse en un elemento de análisis *potencialmente interminable*»[20]. La multiplicidad es sinónimo así de la *complejidad* de una realidad jurídica plural e interdependiente; de un derecho que no se crea unidireccionalmente, que no sólo fluye de arriba abajo, sino también de abajo arriba, con los problemas de control que eso conlleva[21].

La percepción de la pluralidad pone en cuestión la conciencia de la unidad (e incluso de la especie). Acostumbrados al monismo del Código, la

---

[17] B. de Sousa Santos, *La globalización del derecho,* op. cit.; F. Ost, «Júpiter, Hércules, Hermes», *op. cit.*, pp. 182-185. Las «minirracionalidades» no son necesariamente «racionalidades mínimas». Cfr. B. De Sousa Santos, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, trad. de C. Bernal y M. García Villegas, Santafé de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1998, p. 130.

[18] Por utilizar la expresión que da título al libro de N. Irti, *La edad de la descodificación*, trad. e introd. de L. Rojo, presentación de A. Luna Serrano, Barcelona, Bosch, 1984.

[19] A. M. Hespanha, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, op. cit., pp. 249-252. Y sobre el derecho de la vida cotidiana: A. Sarat & Th. R. Kearns, *Law in everyday life*, Ann Arbor, Univ. Michigan Press («The Amherst Series in Law, Jurisprudence and Social Thought»), 1993.

[20] A. Serrano, «La rata en el laboratorio o la historia como observatorio jurídico», *Anuario de Historia del Derecho Español* LXII (1992), pp. 711-712.

[21] P. Casanovas, «Las formas sociales del derecho contemporáneo: el nuevo *ius commune*», Working Papers nº 146, Barcelona, Institut de Ciències Politiques i Socials, 1998, pp. 19-24. Pompeu Casanovas alude al cambio de la *forma* del derecho que se produce «de una forma 'normativa' a una forma común 'participativa'», a un «modelo organizativo» de derecho (p. 9).

multiplicidad del «banco de datos» sorprende y desconcierta al jurista, y ese desconcierto inicial llega a convertirse en *perplejidad* y escepticismo, la respuesta de cuando no se tienen respuestas[22]. Para algunos, ese estado de perplejidad constituye el *sumum* intelectual ante la crisis del pensamiento racional. Sin embargo, el reto estriba precisamente en lo contrario, en abordar esa realidad múltiple sin caer en la generalidad, en desarrollar una conciencia de pluralidad sin instalarse en la perplejidad, en abordar el análisis de la diferencia y la singularidad sin apostar por el escepticismo. Se trata de superar aquellos escollos de los que no puede dar cuenta el pensamiento racional tradicional sin renunciar a él, y sin quedar hundidos en el «camino de la duda eterna: en el pantano de la separación entre el *pos*todo y la *pre*nada». La recuperación de la memoria a través de la historiografía, o el recurso a formas narrativas de aproximación a la realidad, por ejemplo, pueden sin duda contribuir a ese esfuerzo[23].

Uno de los grandes riesgos que acompaña ese proceso es que la multiplicidad del fenómeno jurídico contribuya a aumentar la *dispersión*, uno de los grandes enemigos en la actividad del jurista. La existencia de enormes cantidades de información así como de múltiples vías para acceder a esa información es quizás la manifestación principal de ese riesgo, que en lo que respecta a la enseñanza y la formación de los profesionales del derecho, cobra especial importancia. Esa enseñanza, que corre el peligro de orientarse únicamente a proporcionar grandes cantidades de información, debe precisamente dedicarse a intentar que el jurista desarrolle las capacidades necesarias para «dominar» esos caudales. No se trata sólo de estar bien informado, sino de saber qué hacer con esa información; estar bien informado no es lo único importante, también es necesario *pensar*.[24]

---

[22] «El mayor signo de desconcierto puede ser el no saber dónde situar al propio desconcierto». A.-J. Arnaud, «Los juristas frente a la sociedad (1975-1993)», *op. cit.*, p. 1010.

[23] Tomamos como ejemplo el abordaje que del choque cultural hace F. Fernández Buey, *La gran perturbación. Discurso del indio metropolitano*, Barcelona, Destino, 1995. También, por ejemplo, el desarrollo de seminarios sobre «Literatura y Derecho» en el marco de los programas de Teoría del Derecho tiene que ver con el intento de aproximar al jurista a unas realidades que, directamente o a través de otros caminos, permanecen inaccesibles o incomprensibles para él. Como dice Martha Nussbaum, la imaginación literaria (la «fantasía) es un ingrediente esencial de la postura ética por cuanto nos aproxima a realidades distantes o inaccesibles. M. Nussbaum, *Justicia poética*, trad. de C. Gardini, Barcelona, Editorial Andrés Bello, 1995. Esa posibilidad que ofrece la literatura de «vivir otras vidas» (al decir del escritor J. Jiménez Lozano) o de «reconocerse en lo desconocido» (como lo plantea el poeta A. Guinda) no consiste en reemplazar el razonamiento por las emociones, sino en incorporar la imaginación al razonamiento.

[24] «Con un solo libro se puede formar un buen jurista, basta que el interesado lo lea con detenimiento y que tenga alguien cerca con quien quiera comentarlo; con los miles de libros –y de leyes y de sentencias– que hoy nos rodean y nos agobian es, en cambio, imposible». A. Nieto y T.-R. Fernández, *El derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 205. Es la dialéctica entre la cantidad y la calidad de la información.

2. Flexibilidad

La flexibilidad –esto es: la posibilidad de cambiar las reglas sin destruir la organización– es quizás la característica más sobresaliente de la red como paradigma de la tecnología de la información; la red, dice M. Castells, es una «estructura abierta y flexible», capaz de expandirse sin límites[25]. Como hemos apuntado en otro lugar, además de la «extensión» del derecho se produce su «estiramiento»[26], convirtiéndolo en un discurso dúctil, blando, flexible, por seguir utilizando la afortunada expresión de Jean Carbonnier[27]. Éste, Carbonnier, apuntaba a la necesidad de sobrepasar la rigidez del normativismo abstracto del legalismo y del conceptualismo. Sin embargo, como señala António Hespanha, hoy día la idea de derecho flexible tiene además otra genealogía intelectual: Por un lado, la atención a la identidad particular, a la individualidad y a la diferencia; por otro, el impacto que viene teniendo en la teoría de las organizaciones la tendencia a sustituir la estructura burocrática por una organización más flexible y maleable[28]. Como explica y sintetiza el historiador portugués:

> «Ora, o direito tradicional corresponde, quase ponto por ponto, às tecnologias organizacionais das sociedades de «segunda vaga». É produto de una organização hiper-hierarquizada –o estado. Exprime-se em comandos de natureza genérica e abstracta, sejam eles as normas legais ou as proposições dogmáticas. Procura construir una versão das situações purificada de todos os conteúdos emocionais, reduzida apenas aos seus elementos racionais. E, finalmente, desenvolve técnicas de resolução de conflitos baseadas na intervenção, neutra e distnate, de um terceiro que, na avaliação das situações, procura manter-se emocionalmente não envolvido.
>
> Em contrapartida, um direito para o novo tipo de organização teria que prescindir da generalidade e da abstracção. Teria que ser produzido «localmente», nas periferias que estão mais em contacto com as situações a regular. Mas teria ainda que prescindir de características proventura mais profundas do nosso

---

[25] M. Castells, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. Vol. 1. La sociedad red*, trad. de C. Martínez Gimeno, Madrid, Alianza, 1999, pp. 87-92 y 506-507. Sobre la rigidez y flexibilidad de los modelos jurídicos, véase V. Ferrari, *Funciones del derecho*, trad. de Mª J. Añón y J. De Lucas, Madrid, Debate, 1989, pp. 150-155.

[26] A. García Inda y R. Susín Betrán, «Políticas sociales y Derecho», en Varios, *Derecho y sociedad*, Valencia, Tirant lo blanch, 1998, p. 150.

[27] J. Carbonnier, *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, trad. y prólogo de L. Díez-Picazo, Madrid, Tecnos, 1974. Otros, como G. Zagrebelsky, se refieren a *El Derecho dúctil* (trad. de M. Gascón y epílogo de G. Peces-Barba, Madrid, Trotta, 1995). Esa ductilidad está en consonancia con la reivindicación del protagonismo judicial, el recurso a los principios, etc. Véase al respecto L. Prieto Sanchís, *Ley, principios, derechos*, op. cit; Id., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, CEC, 1992.

[28] A. M. Hespanha, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, op. cit., pp. 253-254.

> mundo jurídico, como o modelo da justiça adjudicatória (*i. e.*, garantida por um «terceiro» independente e neutro), fomentando formas de composição pactada. Na verdade, a justiça «neutra» não considera uma parte muito importante das situações, o plano da emoção e da afectividade. Com isto, perde muita informação que seria indispensável para uma composição mais eficaz.»[29]

La demanda de flexibilización[30] se traduce en un frecuente recurso a conceptos jurídicos indeterminados y estereotipos, la utilización de fórmulas pretendida o no pretendidamente ambiguas, la creación de amplias zonas de discrecionalidad «técnica», el aumento de los espacios de decisión no propiamente jurídicos dentro del derecho, la difuminación de las fronteras entre ámbitos jurídico y no jurídicos, etc.; todos ellos son algunos de los factores que han contribuido a esa transformación[31]. Más aún, según algunos la multiplicidad de lo jurídico hace insuficiente esa referencia a la flexibilidad: «Es a un Derecho «líquido», intersticial e informal al que estamos confrontados ahora. Un Derecho que, sin cesar de ser él mismo, se presenta en ciertas ocasiones en el estado fluido que le permite colocarse en las situaciones más diversas y ocupar así suavemente todo el espacio disponible, soportando –llegado el caso– fuertes compresiones»[32].

¿Significa eso que desaparece de lo jurídico la idea de rigidez, del Derecho como «regla de acero», que da seguridad? Arnaud habla de fragilidad, de levedad de lo jurídico, e incluso recurre al mito del talón de Aquiles para subrayar el carácter delicado, incierto, precario, de «un Derecho frágil»; Ost en cambio prefiere pensar en la imagen de un metal flexible, como el mercurio, una regla líquida que le permite amoldarse a las sinuosidades de la piedra[33]. En todo caso supone que el valor de la seguridad que el Derecho proporciona –la calculabilidad o previsibilidad propia del Derecho racional weberiano– también se transforma. Y que el jurista –y la formación del ju-

---

[29] *Ibídem*, p. 255.

[30] Véase al respecto, por ejemplo, L. Parejo Alfonso, *Crisis y renovación en el derecho público*, Madrid, CEC, 1991, p. 48, que alude precisamente a «las demandas de flexibilización de la programación administrativa».

[31] En derecho internacional, por ejemplo, se habla expresamente de derecho blando o fluido, de *soft law*, en el contexto de la protección del medio ambiente, los derechos humanos o el desarrollo económico internacional. Véase al respecto, por ejemplo, O. Elias y Ch. Lim, ««General Principles of Law», «Soft Law» and the identification of international law», *Netherlands Yearbook of International Law*, XXVIII (1997), pp. 3-49, especialmente pp. 45-48 (y la bibliografía allí citada). En lo que repecta a la cuestión de los conceptos jurídicos indeterminados, véase J. Almoguera Carreres, «Conceptos jurídicos indeterminados y jurisprudencia constitucional en el Estado social», en E. Olivas (edtr.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991, pp. 107-136.

[32] F. Ost, «Júpiter, Hércules, Hermes», *op. cit.*, p. 187.

[33] *Ibídem*, p. 187; A.-J. Arnaud, «Los juristas frente a la sociedad (1975-1993)», *op. cit.*, pp. 1000 y 1004.

rista– deberá proveerse de los medios técnicos y retóricos necesarios –habilidades, aptitudes, conocimientos– que le permitan trabajar con (o en) ese objeto jurídico flexible.

3. Levedad

Esa flexibilidad , según unos, o blandura, según otros, de lo jurídico, tiene que ver además con la «precariedad» del consenso que le sirve de fundamentación. El Derecho que, separado finalmente de la moral –siendo a su vez esta distancia la única forma posible de enjuiciarlo moralmente– busca en su propia dinámica la fuente de su fundamentación, realiza un esfuerzo parecido al del barón de Munchhausen, que consiguió salir de apuros –junto a su caballo– tirándose a sí mismo hacia arriba de su propia melena. Esa imagen ha servido a algunos para referirse las aporías del discurso ético en la actualidad[34], y que afectan por lo tanto a la propia teoría de la justicia, cuya salida ante la crisis parece ser la de la ironía[35]. Tal vez esa supuesta crisis de la certeza sobre la idea de justicia encontró su formulación simbólica más palpable el día en que la fórmula presuntamente más antigua –y en todo caso la más utilizada en la historia– para referirse al problema de lo justo –«dar a cada cual lo que le corresponde»– fuera colocada como inscripción en el portal del campo de concentración nazi de Buchenwald.

Despojado así del peso de aquellas concepciones de lo justo que implicaban la realización de cualquier idea del bien (que puede ser cuestionada), el Derecho se concentra ahora en la consecución de lo correcto, o se refugia en una microética que impide pensar en problemas globales[36]. Sin embargo, como otros han puesto de relieve, la «neutralidad» que algunos predican del Estado y el Derecho no es sino el reverso de una determinada concepción cultural y social, la «debilidad axiológica»–expresión tal vez de la hegemonía de un pensamiento así considerado– suele traducirse en ocasiones en mera fuerza, y el «relativismo cultural» en que parece fundamentarse la neutralidad acaba por servir a la universalidad fáctica, consecuencia de la globalización[37]. El asunto afecta especialmente a la aproximación que podamos hacer a los derechos humanos, precisamente como la plasmación formal fundamental de la idea de justicia, y a su pretendida universalidad, ante el dilema de reconocer la existencia de «derechos universales con uni-

---

[34] H. Albert, *Tratado sobre la razón crítica*, Buenos Aires, de. Sur, 1973, p. 27. J. Corominas, *Etica primera*, Bilbao, DDB, 2000, p. 87.

[35] R. Rorty, *Contingencia, ironía y solidaridad*, trad. de A. Eduardo Sinnot y revisión de J. Vigil, Barcelona, Paidós, 1991.

[36] B. De Sousa Santos, *De la mano de Alicia*, op. cit., p. 106.

[37] Sobre los distintos tipos de «relativismo», cfr. X. Etxeberría Mauleón, *Ética de la diferencia*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1997, cap. V.

formización cultural» o «diversidad cultural sin derechos universales»[38]. Algunos han tratado de ir «más allá» de ese posible debate, o de superarlo en aras de un cosmopolitismo fundamentado en la idea de *incompletud*[39].

A este respecto, convendrá distinguir por un lado, en la formación del jurista, que una fundamentación relativa no implica ausencia de fundamentación, y en segundo lugar que la búsqueda permanente, en una carrera inalcanzable tras la justicia, es precisamente la expresión de un Derecho –y una justicia– que, en consonancia con la propia constitución de lo humano, no puede definirse sino como carencial, incompleta, inestable, o si se quiere, *leve*.[40]

4. Rapidez

Las transformaciones del discurso jurídico y la actividad de los juristas en la postmodernidad afectan también a la *dimensión temporal* de esa actividad, a la pluralidad de temporalidades de los sistemas jurídicos. En la actualidad, la hegemonía en esa pluralidad de tiempos jurídicos toma la forma de la precariedad, lo aleatorio, cuando no lo acelerado, la temporalidad característica de la reglamentación.[41] Como dice Boaventura de Sousa Santos, el siglo XX ha transformado el tiempo en falta de tiempo[42]. Es el «*tiempo atemporal*» de la sociedad red[43]: la experiencia de un Derecho nunca concluido y en permanente (casi inmediata) renovación –y en la que el jurista parece condenado a una labor sin fin como la de los condenados del

---

[38] Vid. X. Etxeberria Mauleon, «El debate sobre la universalidad de los derechos humanos», en Varios, *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario. Un estudio interdisciplinar*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1999, pp. 309-393. También J. González Amuchástegui, «¿Son los derechos humanos universales?», y A.-E. Pérez Luño, «Sobre la universalidad de los derechos humanos», ambos en *Anuario de Filosofía del Derecho* XV (1998), pp. 49-78 y 94-110 respectivamente.

[39] B. De Sousa Santos, *La globalización del Derecho*, op. cit., p. 198-201.

[40] Es particularmente ilustrativo el trabajo de N. Mª López Calera, «Naturaleza dialéctica de los derechos humanos», *Anuario de Derechos Humanos* 6 (1990), pp. 71-84.

[41] Vid. M. van de Kerchove y F. Ost, *El sistema jurídico entre orden y desorden*, trad. de I. Hoyo Sierra, Madrid, Universidad Complutense, 1988, pp. 189-194, que distinguen entre las múltiples temporalidades de los sistemas jurídicos y la relación entre la temporalidad jurídica y el nivel de organización de los sistemas. Por ejemplo, cabe distinguir entre el tiempo *pasadista* del juez, el tiempo *futurista* del legislador y el tiempo *actual o presente* de la Administración. Sobre el tiempo jurídico, véase además J. Ballesteros, *Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la Filosofía jurídica*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 130-136; L. Carnelli, *Tiempo y derecho*, Buenos Aires, Valerio Abeledo editor, 1952, pp. 121-140.

[42] B. De Sousa Santos, *De la mano de Alicia*, op. cit., p. 86.

[43] «La sociedad red se caracteriza por la ruptura de la ritmicidad, tanto biológica como social, asociada con la noción de un ciclo vital». M. Castells, *La era de la información*, op. cit., pp. 463-503 (y especialmente pp. 498-503).

Tártaro: Titón, Sísifo y Tántalo[44]–, la desaparición de la distancia temporal que conlleva la desaparición de la distancia espacial en la toma de decisiones «globales», la multiplicación de los asuntos que abarca el fenómeno jurídico y la multiplicación de las formas jurídicas a la hora de abordar esos asuntos, la inflación legislativa, la transmutación de la «atemporalidad» de la norma en contingencia, etc., todo ello parece abocar a un proceso de *disolución* de la unidad de tiempo en la actividad del jurista.

La prisa (o su total oposición: la parálisis) se convierte en la respuesta del jurista desconcertado o perplejo ante esa transformación del tiempo jurídico. El jurista se ve enfrentado así a una práctica jurídica cuya percepción temporal viene caracterizada por la urgencia y la permanente caducidad. A diferencia del derecho estable orientado al futuro –el derecho que permanece, que queda–, a diferencia del derecho «lento» que viene del pasado, de formación pausada y duradera, el derecho actual viene caracterizado por la mutabilidad, la rapidez, la caducidad que requiere un mundo en el que la urgencia es también lo característico en la economía, la ciencia, etc. (tal vez en consonancia con una cultura social en la que la lógica de la moda impone costumbres de usar y tirar, formas culturales *pret-à-porter*).[45]

A diferencia del jurista-artesano, que con todo el tiempo del mundo, busca afanosamente hasta encontrar *la* solución correcta para su caso, el jurista actual lucha a contratiempo por atrapar *una* solución. Y puesto que todo pasa rápidamente, se esfuerza en no perder el tren de un discurso y unas prácticas de cuya velocidad parece depender su éxito profesional. Esa percepción de lo temporal que caracteriza en general lo jurídico puede ser especialmente visible en el caso de la Universidad y los juristas-académicos, donde la carrera de fondo parece haber dejado paso a las pruebas de velocidad (o al salto de altura)[46]. Como si Sísifo, además de verse obligado a esa interminable condena de recomenzar siempre su tarea de hacer rodar la piedra con esfuerzo, tuviera que hacerlo –paradójicamente– a contrarreloj.

5. Paradoja

La multiplicidad, decíamos, conlleva la desaparición del punto de vista monista, del mito de la única solución, la disolución de las dicotomías clásicas en que se fundaba el discurso tradicional. Además, las formas rígidas, lineales, de lo jurídico, parecen dar paso a estrategias más sinuosas. Si uni-

[44] A.-J. Arnaud, «Los juristas frente a la sociedad (1975-1993)», *op. cit.*, pp. 995-1000.

[45] ¿Qué ocurre si no, por ejemplo, con la transformación de la noción de la costumbre jurídica, con la aparición de costumbres de rápida formación propias de la *lex mercatoria*?

[46] Sobre la prisa como característica de la actividad de los juristas, cfr. A. Nieto y T.-R. Fernández, *El Derecho y el revés*, op. cit., pp. 217-218.

mos eso a la importancia que en los últimos años han cobrado las teorías que perciben el fenómeno jurídico en términos de circularidad[47], no nos extrañaremos de esa perplejidad del jurista ante la constitución paradójica de un discurso que, en principio, estaba planteado como estrictamente racional; si acaso dialéctico.

Como dice Arnaud, si el Derecho es frágil, delicado, incierto, provisional, cambiante o inconstante, es a causa de sus paradojas internas, las paradojas que lo definen como tal derecho: entre lo universal y lo particular, lo individual y lo colectivo, la igualdad y la diferencia, o también entre lo nacional y lo local, la regulación y la desrregulación, lo formal y lo material...[48], tal vez fruto de esa paradoja primera que es la de una técnica que pretende proteger la libertad limitándola; de modo que deshacer la paradoja es arriesgarse a deshacer el propio derecho. Para Arnaud, la paradoja de las paradojas tiene que ver con la para algunos incapacidad regulativa del derecho, su impotencia a la hora de abordar la complejidad: «El Derecho, tal como nosotros lo conocemos y lo practicamos, no está preparado para dirigir una sociedad moderna»[49]. En todo caso, eso también supone la necesidad de introducir de algún modo en la formación del jurista una aproximación paradójica al fenómeno jurídico, al menos como un paso necesario para comprender un Derecho en el que la seguridad se da la mano con la incertidumbre.[50]

* * *

De todos modos, conviene no dejarse seducir demasiado por los valores que apunta ese Derecho de la postmodernidad, que seguramente esconde cantos de sirena entre tanta polifonía[51]. Y si aludimos a ellos –a esos cinco

---

[47] La autorreferencialidad de Luhmann sería el ejemplo típico. Sobre la circularidad y autorreferencialidad del discurso jurídico, cfr. J. I. Martínez García, *La imaginación jurídica*, Madrid, Debate, 1992.

[48] A.-J. Arnaud, «Los juristas frente a la sociedad (1975-1993)», *op. cit.*, pp. 1000-1004. Por ejemplo, véase una aproximación a los derechos fundamentales en términos de paradoja en R. de Asís Roig, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Debate, 1992.

[49] A.-J. Arnaud, «Los juristas frente a la sociedad (1975-1993)», *op. cit.*, p. 1003. ¿Alguna vez lo estuvo?, podríamos preguntarnos. Tal vez en una percepción así de lo jurídico subyace una imagen del Derecho que no se contrasta con la realidad histórica, *como si* a lo largo del tiempo el Derecho (tradicional) hubiera realmente *dirigido* las sociedades (tradicionales).

[50] Sobre la paradoja entre seguridad e incertidumbre legal cfr. L. Friedman, *Total Justice*, New York, Russell Sage, 1985; se hace recientemente eco de la misma J. J. Toharia, *Opinión pública y Justicia*, Madrid, CGPJ, 2001, pp. 25-26.

[51] Como dice Castells, «la flexibilidad puede ser una fuerza liberadora, pero también una tendencia represiva si quienes reescriben las leyes son siempre los mismos poderes»; y con pa-

al menos, que sin duda podrían completarse o matizarse mucho más, y no es este el momento[52]– es precisamente con esa intención. En ese sentido, creo que habría que dejar claras dos ideas de suma importancia. En primer lugar, estos cinco no son los únicos valores que definen hoy día el Derecho –y tal vez algunos dirán que no han sido bien escogidos–. El Código sigue vigente, podríamos decir, y esa especie de líquido glutinoso y futurista en que se ha convertido el discurso jurídico no ha llegado a todas partes (afortunadamente). Sin embargo, seguramente no nos equivocamos si decimos que esos valores (y algunos otros que los completan o desarrollan) tienden a hacerse hegemónicos en la forma y desarrollo del Derecho en la actualidad. Entre otras cosas –Pero Grullo obliga– porque son valores que tienden hegemónicamente a definir nuestra cultura en general, incluida en ella el sistema jurídico.

En segundo lugar, e insisto, si hacemos referencia a estas ideas no es porque deban ser asumidas en el sentido de «aceptadas» como tales, sino en el sentido de «hacerse cargo» de ellas. Es decir, aunque sea para oponerles resistencia[53]. Pero sabiendo que sólo se podrá transformar la realidad –si se desea– a partir de la propia realidad, y de las posibilidades inéditas de transformación que esta ofrece. Será mérito (y responsabilidad) de la enseñanza del derecho –y de la enseñanza universitaria– estimular y desarrollar un espíritu crítico ante esa realidad, y reflexionar por tanto sobre los valores que deben orientar o impregnar la actividad jurídica (de ahí que no baste con una enseñanza que se reduzca a mera información o formación simplemente técnica). Y para ello, entre otras cosas, convendrá distinguir lo que de novedad o de ripio haya en muchas de las propuestas actuales, ya que esa inmediatez propia de nuestra cultura (y a la que antes nos referíamos) puede llevarnos a olvidar la génesis histórica de nuestros comportamientos y prácticas.

---

labras de Mulgan, «las redes se han creado no sólo para comunicar, sino también para ganar posición, para sobrecomunicar». M. Castells, *La era de la información*, op. cit., p. 89.

[52] Por ejemplo, tal vez podría añadirse la referencia a la *virtualidad*, forma de concebir en la actualidad la *ficción* constitutiva de lo jurídico (agradezco la sugerencia a la profesora Mª José González Ordovás).

[53] Para una «política postmoderna de resistencia», vid. B. De Sousa Santos, *De la mano de Alicia*, op. cit., pp. 122 y sigs.

PROBLEMAS DE FILOSOFÍA MORAL Y POLÍTICA

AUTONOMÍA Y GOBIERNO. SOBRE LA POSIBILIDAD DE UN PERFECCIONISMO LIBERAL*

José Luis Colomer
Universidad Autónoma de Madrid

Como sus actuales defensores se encargan de reivindicar, la filosofía política de inspiración *perfeccionista* tiene tras de sí una larga y gloriosa tradición. Autores tan diferentes entre sí como Aristóteles, Tomás de Aquino, Marx, Nietzsche o T. H. Green pueden ser agrupados bajo el rótulo de «perfeccionistas» porque todos ellos piensan que la comunidad política tiene como misión procurar la vida buena de sus miembros, entendida como búsqueda de su perfección o realización de las cualidades distintivas de la naturaleza humana. Como es, sin embargo, notorio, la filosofía política fundada en tales consideraciones «perfeccionistas» perdió decisivamente su relevancia en el pensamiento académico dominante en el mundo occidental del siglo XX, ante el predominio de pautas empiristas y utilitaristas, por un lado, o historicistas y estructuralistas, por otro, según las posiciones políticas o ideológicas de sus cultivadores. La revitalización de la filosofía moral y política sustantiva en los últimos decenios, debida en gran parte, como se sabe, a la *Teoría de la justicia* de John Rawls, no significa, sin embargo, la recuperación de los modos de pensamiento perfeccionistas, ya que tanto la obra de Rawls como la de algunos de sus más destacados acompañantes en esa recuperación de la razón moral en la teoría política se construye expresamente frente a aquéllos desde sus premisas básicas.

El perfeccionismo contemporáneo, que me ocupará en estas páginas, se presenta como alternativa frente a los principios predominantes en la filosofía política liberal contemporánea. Sus tesis distintivas se formulan en oposición a algunos de los planteamientos centrales tanto del contractualismo, kantiano o rawlsiano, como de la tradición utilitarista, hasta el punto de

* Esta publicación se ha realizado con la ayuda del Proyecto de Investigación DGICYT PB 97-1434. Quiero agradecer expresamente a Elena Beltrán, Francisco Laporta, Pablo de Lora y Alfonso Ruiz Miguel sus generosos y útiles comentarios al manuscrito de este trabajo.

que sus autores se han ocupado más en esa critica que en el desarrollo de sus propias alternativas. En el presente trabajo dejaré, sin embargo, de lado el análisis y evaluación de esas críticas, para ocuparme directamente de la propuesta constructiva del perfeccionismo político liberal y de sus razones.

Las ideas expuestas por Vinit Haksar en *Equality, Liberty and Perfectionism,* en el sentido de que sólo una consideración («perfeccionista«) del valor de las personas, en tanto capaces de proponerse y perseguir ideales de conducta, puede fundar adecuadamente un principio liberal de igualdad de trato, constituye un primer hito de esta historia aún breve. Pero han sido las tesis expuestas por Joseph Raz en *The Morality of Freedom,* las que han hecho de las premisas perfeccionistas una de las piedras de toque ineludibles en la discusión liberal contemporánea sobre la justificación y límites del ejercicio del poder político. Sus aportaciones a la idea de autonomía personal y la calidad y originalidad de sus análisis conceptuales y argumentos normativos han trazado la senda seguida por otros autores en la defensa de la posición que hoy suele denominarse *perfeccionismo liberal o* perfeccionismo de la autonomía[1].

1. Perfeccionismo liberal

La tesis -que define al *perfeccionismo político*- según la cual la acción del Estado debe tener como uno de sus cometidos la promoción de formas de vida moralmente valiosas de las personas[2], vuelve a ser defendida hoy por ciertos autores que, sin embargo, se sitúan en la tradición del pensamiento político liberal, con el que comparten la mayoría de las posiciones sustantivas acerca de los valores que deben presidir la ordenación de la sociedad política y del diseño institucional que debe configurarla. A diferencia del punto de vista sostenido comúnmente en aquellas filas (al coincidir en ellas tanto liberales utilitaristas como kantianos o rawlsianos), según el cual los principios de la acción del Estado deben ser independientes de las concepciones morales sustantivas sobre qué formas de vida son buenas o preferibles para todos los ciudadanos[3], los autores enmarcados en el perfeccionismo liberal defienden que la solución perfeccionista es preferible, tan-

[1] Junto a la obra del propio Raz, las de George Sher (1997) y Steven Wall (1998) son las que me ocuparán centralmente. Aunque en menor medida, por su enfoque o alcance, también los trabajos de Thomas Hurka (1993) y Joseph Chan (2000) merecen ser destacados aquí.

[2] Debe recordarse que los perfeccionistas sostienen que esta tesis constituye un principio de la moral política, es decir, que enuncia un juicio sobre la legitimidad de la acción del Estado o un deber de la moral política, y no una pauta prudencial o pragmática

[3] Entre los que sostienen, con mayores o menores variantes, este tipo de posición se encuentran John Rawls, Robert Nozick, Bruce Ackerman, Thomas Nagel, Charles Larmore, Will Kymlicka, Jeremy Waldron o Brian Barry.

to por su poder justificatorio de la práctica de los Estados liberales que conocemos como por su valor crítico en la formulación de juicios de la moral política sobre cuestiones debatidas en ese ámbito.

La discusión que nos ocupa se refiere, así, a la relación entre los principios que el Estado debe observar en el uso del poder político y los valores o convicciones morales que nos parecen pertinentes para conducir las vidas personales de los ciudadanos. Si la filosofía política dominante en el ámbito liberal busca, en la línea de Mill y Rawls, separar, en mayor o menor medida, la moral política de la moral personal, trazando límites a la recepción que aquélla puede dar a las concepciones sobre la vida buena que los ciudadanos sostenemos en nuestra moral personal, sus críticos perfeccionistas impugnan precisamente esa distancia entre los aspectos público y privado de la moral para defender (como principio de la moral política) que una buena política debe basarse sustancialmente en consideraciones sobre la buena vida propias de la moral personal[4]. Debe advertirse, en todo caso, que esa diferencia no puede interpretarse diciendo que los liberales perfeccionistas fundan su concepción de la acción política en alguna idea o concepción sobre el valor de la vida individual mientras que, por el contrario, los antiperfeccionistas prescinden en su teoría de la justicia de cualquier premisa de ese tipo. Esta segunda posibilidad parece demasiado inverosímil y, de hecho, no refleja las posiciones de autores como Rawls, Nagel, Waldron, Barry etc., para quienes la centralidad de ciertos valores morales para la vida de los individuos (la autonomía personal, la libertad como ciudadanos, la igual consideración de todos como personas morales) está en la base misma de sus propuestas antiperfeccionistas. Las posiciones antiperfeccionistas –a su vez muy diversas entre sí, tanto en sus fundamentos como en su alcance– formulan su posición en términos de «restricción», «abstención» o «neutralidad» del Estado acerca de cómo los ciudadanos deben vivir sus vidas individuales, qué fines deben perseguir o en qué tipos de relaciones, actividades y formas de vida deben embarcarse. Es ya innecesario insistir en que la restricción o neutralidad no se propone ante los valores morales en general, ni ante cualquier tipo de consideración sobre el valor de la vida individual[5].

---

[4] Así Raz escribe sobre su propia *Morality of Freedom* que «las conclusiones positivas que se defienden en este libro sobre la moral de la libertad política se fundamentan en consideraciones de la moral individual en mayor medida de lo que sucede comúnmente en muchas obras contemporáneas de filosofía política (1986: 4). Sobre el mismo punto, Mulhall y Swift, 1996: 404 y 405.

[5] No hace falta recordar que no podría ser así, no sólo porque tal restricción absoluta es imposible si se defiende, como aquí se hace, una posición moral, sino además porque los liberales antiperfeccionistas proponen teorías sustantivas de la justicia en las que asignan derechos, bienes, oportunidades y cargas a los distintos individuos (o, tal vez, a los grupos), lo que difí-

Para delimitar la posición perfeccionista, es conveniente indicar los tres momentos en los que se predica la continuidad entre política y valores de la vida buena de los ciudadanos. El perfeccionismo, en primer lugar, deriva su teoría política a partir de premisas (filosóficas o morales) sobre el contenido de la vida buena de los ciudadanos; desde aquí, piensa que el Estado debe actuar a la luz de esas consideraciones, esto es, desde sus juicios sobre qué formas de vida son buenas para los ciudadanos; por último, el perfeccionismo político sostiene que el Estado debe usar su poder político para hacer que los ciudadanos adopten esas formas valiosas de vida o persigan concepciones válidas del bien. Esta última consideración es importante en la caracterización del perfeccionismo específicamente *político,* que se distingue por una tesis sustantiva sobre la acción del Estado: éste debe formular juicios sobre la corrección o valor moral de las concepciones del bien y las formas de vida personal de sus ciudadanos y actuar política y legislativamente desde esos juicios. Raz lo manifiesta sucinta y rotundamente cuando afirma que «el objetivo de toda acción política es posibilitar que los individuos persigan concepciones válidas del bien y disuadirles de las malas o vacías» (1986: 133).

Recordar los dos componentes (justificador y sustantivo) del perfeccionismo es importante para evitar confundirlo con otros tipos de posiciones filosófico-políticas de las que los propios perfeccionistas manifiestan distanciarse. En primer lugar, y como apunta Steven Wall, cabría partir de la premisa según la cual la moral política (y así la acción del Estado) debe descansar en una concepción de la vida buena de los ciudadanos y concluir que el mejor modo de realizarla es precisamente que el Estado se abstenga de actuar o usar su poder para promover esa vida buena o favorecer los ideales de conducta que contiene. Los perfeccionistas rechazan esta conclusión, argumentando que las concepciones válidas de la vida buena requieren que el Estado intervenga positivamente y actúe en el nivel de la legislación y la política pública para realizar o promover esas formas de vida (Wall, 1998: 3). En segundo lugar, es posible mantener posiciones políticas sustantivas coincidentes con las propuestas por el perfeccionismo político a partir de razones no perfeccionistas, esto es, desde argumentos filosóficos o morales diferentes a una concepción sustantiva sobre la vida buena que el Estado deba tomar como fundamento de sus políticas. Gran parte de las políticas concretas defendidas por los autores de que me ocupo –en cuestiones como la

---

cilmente puede hacerse si no es desde algún tipo de premisas morales sobre qué capacidades o rasgos de los individuos humanos deben considerarse prioritariamente valiosos o sobre qué aspectos valiosos de sus vidas deben ser considerados con mayor relevancia por la autoridad política.

educación, las relaciones económicas, la protección social, la protección del medio ambiente, el apoyo público a la cultura– son compartidas desde justificaciones muy diferentes a las perfeccionistas por quienes se sitúan muy lejos de esta filosofía política; así, desde razones referidas al principio democrático de las mayorías, desde razones contractualistas, o desde principios de igualdad o de imparcialidad[6].

Las razones en que se apoya una determinada pauta de acción política o legislativa son, en todo caso, importantes para la delimitación del perfeccionismo político respecto de otras tesis sobre las premisas morales de la acción del Estado con las que tienden a coincidir en las medidas políticas sustantivas que defienden. La posición perfeccionista se diferencia de ese modo de las de quienes apelan, para obstaculizar o imponer ciertas pautas de comportamiento o formas de vida, a los fueros de la sociedad, o de su moralidad positiva, o a las creencias y convicciones mayoritariamente compartidos en una comunidad[7]. Tambien debe el perfeccionismo político distinguirse de las políticas *paternalistas* que justifican o reclaman la interferencia estatal en las elecciones individuales, no para realizar concepciones de la vida buena que se imponen a las del propio ciudadano sobre el que recaen, sino en nombre de los propios planes de vida de los agentes, o de sus intereses tal y como ellos mismos los conciben (Feinberg, 1984: 12-13; Garzón Valdés, 1988: 157; Dworkin, 1989: 484-485 y 1993: 143 y ss.; Nino, 1989, 414). Las políticas paternalistas, con algunos de cuyos ejemplos estamos bien familiarizados, buscan desalentar o imponer comportamientos para la satisfacción de las propias preferencias de los individuos, en condiciones adecuadas de conocimiento o deliberación y a partir de sus propios planes de vida, o para preservar las condiciones que las hacen posibles. En los términos de Ronald Dworkin, las políticas perfeccionistas[8] justifican la interferencia del Estado no sólo contra la propia voluntad del individuo sino también contra su propia convicción, en tanto que las políticas paternalistas lo hacen para evitar un daño que se supone que los propios individuos quieren evitar [9].

---

[6] Sobre este punto, Hurka, 1995 y Chan, 2000: 34 y ss.

[7] Es el caso del *moralismo jurídico,* que encuentra en Devlin (1967) una de sus muestras más notables.

[8] Dworkin (1993: 142) califica dichas tesis como «paternalismo crítico» para diferenciarlas de las que aquí denominamos paternalistas o, en sus términos, «paternalismo volitivo».

[9] No me detendré aquí en la discusión ulterior acerca de si es verdaderamente posible un paternalismo no perfeccionista, esto es, que no descanse en una concepción del bien que se imponga como correcta a los ciudadanos contra sus propias creencias. Tampoco entraré en la discusión de la legitimidad de las políticas paternalistas y sus límites.

1.1. Concepciones del bien

¿Qué debemos entender por «concepciones del bien» o «de la vida buena» de las personas, en el sentido relevante para la confrontación entre liberales perfeccionistas y antiperfeccionistas? De manera general y aproximada, esas ideas apelan a modelos o ideales de vida personal, esto es, a conjuntos más o menos coherentes o estructurados de juicios sobre el valor o mérito de una forma de vida, es decir, sobre en qué medida esa vida y sus componentes -los fines que busca realizar, las actividades que emprende o en que se emplea, las relaciones y compromisos que establece- son intrínsecamente valiosos o desarrollan las potencialidades superiores o distintivamente humanas del individuo que la vive.

Parece claro que la verosimilitud del liberalismo antiperfeccionista descansa en la posibilidad de distinguir entre los juicios y razones morales que gravitan en torno a esa cuestión y los que se refieren, en cambio, a derechos, necesidades o intereses de otros, a la distribución justa de oportunidades, beneficios y cargas sociales, o a soluciones equitativas de los conflictos entre individuos o grupos. A la diferenciación entre ambos terrenos de la moral nos referimos cuando hablamos respectivamente de moral personal y moral social o intersubjetiva, o de concepciones del bien o de la virtud personal y principios de justicia, en un lenguaje ampliamente compartido, al menos desde Mill, en la cultura política liberal. La expresión «concepción del bien» tal como es usada en la literatura filosófica limita, por tanto, su contenido a los ideales o proyectos de vida o realización personal que pensamos o nos proponemos para nuestras propias vidas cuando buscamos hacer de ellas vidas satisfactorias, valiosas o significativas, y como algo diferente a las obligaciones y prohibiciones que lo que moralmente «debemos a otros» nos impone[10].

Algunos perfeccionistas han impugnado, sin embargo, la distinción entre lo justo y lo bueno, entre lo que nos debemos unos a otros según principios de justicia (y es, por ello, materia adecuada para la acción coercitiva del Estado tanto para perfeccionistas como para antiperfeccionistas) y lo que pertenece al ámbito de los juicios de valor sobre lo que hace que nuestras vidas sean buenas o moralmente satisfactorias. El éxito de esta impugnación constituiría un obstáculo inicial e insuperable a la pretensión liberal antiperfeccionista de limitar al primero de los dos ámbitos la acción políti-

[10] Al hablar de «concepción del bien» en este contexto no se trata, entonces, del bien personal en general, o en su significado más amplio de lo que es bueno para alguien o de lo que constituye el valor o la calidad de la vida de las personas, lo que incluye derechos, libertades, oportunidades y otros bienes de diverso tipo, incluidos rasgos de justicia y otros valores políticos de la sociedad en la que vive.

ca del Estado. Se ha dicho, por ejemplo, que no disponemos de un criterio satisfactorio que fundamente esa diferenciación y provea sus límites de acuerdo con nuestras intuiciones usuales sobre la materia (Sher, 1997: 37-43), o que la misma distinción es inaceptable desde una comprensión adecuada de la moral. Ésta sería la posición de Joseph Raz, para quien, si es posible y expositivamente conveniente («en un nivel superficial») diferenciar entre los dos segmentos de la moral, tal diferencia no se da en «un nivel fundamental» que permita «dividir los principios de acción de alguien en los que se refieren a los propios fines personales y los que conciernen a otros, de modo que sean mutuamente independientes», ya que ambos «proceden de un núcleo moral común» (1986: 136-137 y 214).

Pero lo cierto es que si analizamos más despacio este tipo de consideraciones podemos afirmar que no plantean una dificultad conceptual decisiva para la delimitación de lo que se entiende por concepciones del bien a los efectos de la confrontación entre las dos tesis políticas que nos ocupan. En primer lugar, y ante todo, porque dichas objeciones no se refieren a la diferenciación misma de la moral en distintos tipos de valores, razones, exigencias o deberes, buena parte de los cuales pueden englobarse en los dos ámbitos de la moral (el de la justicia y el de la vida buena) que venimos manejando, sino que apuntan a consideraciones ulteriores a la propia distinción conceptual o metodológica. Así Joseph Raz, como otros autores cercanos, ha dirigido sus críticas a la tesis de la separación entre las dos partes de la división, afirmando, por ejemplo, que no cabe identificar los derechos de otros ignorando «qué valores hacen una vida significativa y satisfactoria y qué fines personales tiene alguien en su vida», o que tampoco es posible, a la inversa, «pensar que uno puede comprender los valores que dan significado a una vida y tener objetivos e ideales personales ignorando los deberes que se tienen hacia otros» (Raz, 1986: 214). Lo que Raz rechaza en este punto no es la distinción entre derechos de otros y valores de la propia vida sino su mutua independencia, es decir, que podamos establecer el contenido o fundamento de cada uno de los dos conceptos prescindiendo del otro. A alguno de los aspectos de esa relación deberemos volver con cierto detenimiento al dar cuenta de los argumentos sustantivos manejados en la discusión del perfeccionismo.

La negativa a aceptar la distinción entre justicia y concepciones del bien se confunde en otros autores (Wall, 1998: 95 y 100) con el rechazo a la diferencia en las posibilidades de fundar intersubjetivamente la validez de los juicios respectivos de uno y otro ámbito. Lo que estos autores objetan es la plausibilidad de un escepticismo «selectivo» o «circunscrito», según el cual podemos afirmar la validez de ciertos valores o principios de la moral política (así los de autonomía o tolerancia requeridos por el liberalismo políti-

co) o argumentar válidamente en su favor, en tanto que no podemos, por el contrario, demostrar la superioridad de algunas concepciones del bien frente a otras, lo que se convierte en problema insalvable para el perfeccionismo político. Raz, Sher o Wall, entre otros, insisten en la insuficiencia de los argumentos en favor de tal escepticismo limitado sobre el que volveremos más adelante (Raz, 2001: 99 y 109; Sher, 1997: 143-151; Wall, 1998: 91-100). Lo que ahora me importa es que tampoco esta cuestión debe confundirse con la de la posibilidad de distinguir entre los dos tipos de consideraciones morales y, por tanto, de manejar un concepto diferenciado y adecuado de modelos o ideales de vida buena.

Creo que estas objeciones proceden de la confusión entre la distinción conceptual y sus consecuencias normativas, como si éstas se derivaran necesariamente de aquélla. Esto es, parecería que aceptar la distinción entre dos ámbitos de la moral nos conduce de manera inmediata o inevitable a conclusiones sobre la competencia o legitimidad de la acción política estatal en uno y otro. Esto se deja ver en la exposición de George Sher, que apunta a sus posibles fundamentos, señalando entre ellos uno de índole sociológica (la idea del bien comprendería precisamente las cuestiones en que existe de hecho un mayor o más inevitable grado de desacuerdo), o un argumento epistemológico según el cual se trataría de las cuestiones en que las disputas no pueden ser racionalmente resueltas, esto es, en que existirá desacuerdo entre personas racionales (Sher, 1997: 38-41). Pero resulta bastante claro que estos no son los criterios con los que en principio intentaríamos diferenciar los dos ámbitos de la moral sino las razones para que el Estado diferencie entre justificaciones aceptables o no del uso de su poder sobre los ciudadanos. Se está confundiendo aquí la distinción conceptual con la discusión normativa sustantiva, cuando realmente aquélla es sólo un presupuesto o condición necesaria de ésta.

Para concluir estas consideraciones previas es suficiente con comprobar que los propios autores perfeccionistas manejan la idea de esa parte de la moral que puede denominarse «concepción del bien de una persona», y lo hacen prestándole un contenido significativo básicamente coincidente al que le dan sus adversarios antiperfeccionistas. Así Rawls escribe que «una concepción del bien normalmente consiste en un esquema global de objetivos finales, esto es, de objetivos que queremos realizar por sí mismos, así como vínculos con otras personas y lealtades para con varios grupos y asociaciones (...)»; y continúa: «también ligamos a esa concepción una noción de nuestra relación con el mundo –religiosa, filosófica y moral-, en referencia a la cual se entienden el valor y el significado de nuestros objetivos y de nuestros vínculos» (1996: 49-50). Raz, por su parte, utiliza términos muy similares al referirse al «bien personal», al «arte de vivir», o a la eva-

luación por las personas de «opciones acerca de la clase de vida que es para ellas valioso vivir», que incluyen sobre todo proyectos personales, actividades valiosas, relaciones y compromisos personales. Éstos determinan «cuán buena o lograda es esa vida para la persona» que la vive, excluyendo, a efectos de la distinción, «su contribución al bien de otros, o a la cultura, o al ecosistema, etc.»[11].

No es necesario insistir en que las dudas o discrepancias acerca de la «extensión» de los dos ámbitos, o la ausencia de acuerdo pacífico sobre un criterio que formule las características «intensionalmente» definitorias de uno y otro son compatibles con nuestra cotidiana e inevitable familiaridad al manejarlos en el lenguaje cotidiano y en el discurso normativo más complejo. Sí me parece interesante, en cambio, recordar aquí la propuesta de Thomas Scanlon para diferenciar entre los tipos de juicios pertenecientes a los dos ámbitos de la moral que vengo considerando. Scanlon se refiere a ellos, respectivamente, como aquél que contiene juicios acerca de «lo que nos debemos unos a otros» y aquél en que se formulan juicios que van más allá del «núcleo central de la moral» al que atiende su propia construcción contractualista de los deberes morales (por ejemplo, juicios acerca de los valores de la amistad o la paternidad, o sobre los valores de la excelencia en algunas de nuestras actividades o en el desarrollo de nuestros talentos, o relativos a la importancia y valor de las relaciones y el placer sexual). Estos valores e ideales morales –que comprenden el dominio de lo que aquí denominamos «moral personal» o «concepción de la vida buena»– comparten, para Scanlon, con los situados en el ámbito «de lo debido a otros», rasgos que caracterizan a los requerimientos o patrones de juicio de conducta propiamente llamados «morales»[12]: proveen «exigencias de conducta que los agentes tienen razón para considerar como extremadamente importantes» y que «dan a éstos razones para tener sentimientos de culpa (o reproche moral a uno mismo) como consecuencia de su violación». Pero se distinguen de las exigencias y valores pertenecientes al núcleo central de lo moral, en primer lugar, en que su trasgresión no da a otros –que no compartan esos valores o ideales– «razón para el resentimiento o la indignación» y, en segundo lugar, en que el hecho de que una acción sea autorizada o exigida por

[11] Raz, 1986: 119, 154, 289-290, 306, y cap. 12 *passim* ; 2001: 106, 116, 118, etc. Raz, sin embargo, se separa agriamente de la idea de «planes de vida» manejada por Rawls calificándola de «rather repugnant thought» (2001: 119), pero éste no es un aspecto en el que debamos detenernos.

[12] Scanlon diferencia este otro tipo de valores y juicios morales de aquéllos -sobre lo «debido a otros«- que comprende su teoría contractualista rechazando, sin embargo, tanto que queden fuera del ámbito de la moral como que puedan separarse unos de otros como mutuamente independientes (1998: 173-177).

este tipo de criterios morales no evita, al contrario de lo que ocurre con lo moralmente debido a otros, que los afectados por ella deban aceptarla sin queja (Scanlon, 1998: 334 y 349).

Pero algunas precisiones son aún pertinentes en la delimitación de lo que entenderemos por «concepción del bien».

a) En primer lugar, en cuanto a su alcance, Joseph Chan ha analizado la idea de una concepción de la vida buena que el perfeccionismo político necesita manejar, y ha distinguido en ella tres tipos de componentes. El primero se refiere a los «valores de la propia acción«: virtudes o disposiciones constitutivas de la vida buena, tales como racionalidad, valentía, integridad, templanza o sinceridad. Junto a ellos, deben contarse «valores prudenciales» –valores que «contribuyen» a hacer buena una vida– como experiencia estética, relaciones y afectos personales, conocimiento, ocio, etc. Finalmente cabe hablar de la «forma de vida» de una persona, que implica la ordenación de los bienes de las dos clases citadas y una pauta o modo distintivo, personal, de su realización. En este punto, Chan distingue entre dos aproximaciones a los juicios sobre formas de vida: de un lado, las concepciones comprehensivas o globales sobre ellas, que requieren de una ordenación completa de las dos clases de bienes, según el bien conocido modelo del *Liberalismo político* rawlsiano[13]; de otro lado, juicios específicos o *locales* sobre ciertas formas de vida y juicios comparativos de su valor relativo respecto a otras en términos de los mismos bienes (2000: 11-13). Esta distinción le permite caracterizar una versión *moderada* del perfeccionismo político, que se separaría del perfeccionismo extremo por su renuncia a adoptar entre sus premisas una concepción global de la vida buena y evitaría, así, las indudables dificultades para el acuerdo entre ciudadanos que las doctrinas comprehensivas plantean. El perfeccionismo moderado se sustrae a la objeción, decisiva en el antiperfeccionismo de Rawls, de que supone un intento de imponer doctrinas comprehensivas en una situación de pluralismo razonable. El Estado perfeccionista asumirá la responsabilidad de promover valores de acción y prudenciales y de desalentar los modos de vida deficientes en estos bienes y se abstendrá, por el contrario, de discriminar entre los diversos modos de vida «suficientemente buenos» en aquéllos valores (ibid.: 14-17).

b) Una segunda precisión es relevante para evitar cierto malentendido sobre el alcance del perfeccionismo político. Y es que a partir de la consi-

[13] Para el propio Rawls, sin embargo, el carácter general y comprehensivo de una doctrina moral es una cuestión de grado, tanto en lo que se refiere a su extensión o alcance como en lo que toca a su mayor o menor articulación interna. En consonancia con ello, Rawls distingue entre concepciones «plena» y «parcialmente comprehensivas» (Rawls, 1996: 43).

deración de la autonomía como bien o valor central en la vida de las personas, cabe pensar que los filósofos liberales que justifican su posición antiperfeccionista en el valor de la autonomía están realmente sosteniendo una teoría de la legitimidad de la acción del Estado basada en una concepción de lo que es bueno o valioso para las personas, es decir, en una «concepción del bien». También desde esa posición se estaría propugnando que el Estado actúe desde una concepción particular de lo que es bueno para los individuos, que se enfrenta a otras concepciones del bien alternativas. Por ello cabría decir que el liberalismo de la autonomía está bien lejos de la «neutralidad» o «imparcialidad» moral que pretende, y que cabe emplazarlo, más bien, en una posición muy próxima al perfeccionismo liberal. Desde esta perspectiva, Steven Wall ha distinguido un primer tipo de perfeccionismo que sostiene que «es moralmente permisible que los Estados promuevan, activa e intencionadamente, el ideal de autonomía», de un segundo tipo que defiende que los Estados han de promover no sólo la autonomía personal sino también los objetivos y actividades valiosas frente a las disvaliosas. El primero se plasmaría en las posiciones de autores como Waldron y Kymlicka, en tanto que en el segundo se encuadrarían Raz o él mismo[14].

Pero esta posibilidad teórica es inadecuada tanto en lo que concierne a la idea de «concepción del bien», como para una delimitación esclarecedora del perfeccionismo político. En cuanto a lo primero, si es cierto que nos proponemos, o podemos proponernos, el ideal de autonomía como uno de los elementos de nuestra concepción de la vida buena, también lo es que queremos proponérnoslo autónomamente. Lo que esto significa es que, como se ha señalado muchas veces, la autonomía personal debe ser considerada como un valor de la vida del individuo diferente de aquellos otros a los que precisamente englobamos en la idea de «concepción del bien». La diferencia se halla en el carácter «abstracto» o «formal» del primero, y así en su posición «de segundo nivel», en el sentido de que, lejos de identificar el contenido del bien, es compatible con cualquier concepción del bien, siempre que se haya llegado a ella autónomamente[15]. Por otro lado, encuadrar en el perfeccionismo las filosofías políticas que tienen su punto de partida en alguna consideración de lo que es bueno o valioso en cualquier sentido (lo que incluye la autonomía personal o la satisfacción de cualesquiera intere-

[14] Ambos tipos de perfeccionismo deberán distinguirse, para Wall, de las posiciones de aquéllos que, como Rawls, Nagel o Larmore, rechazan las dos posibilidades de acción del Gobierno, para optar por la estrategia de la abstención o«paréntesis» (Wall,1998: 197-198).

[15] En este sentido, Barry (1997: 183-189) y Mulhall y Swift (1996: 335). La misma posición es adoptada por Nino cuando propugna considerar la autonomía, no «como una propiedad de algunos planes de vida», sino como la «capacidad para elegir entre la más amplia variedad de planes de vida» (1989: 210)

ses subjetivos) desvirtúa la discusión que nos ocupa o al trazar la línea divisoria entre adversarios en algún punto más artificial y menos significativo[16]. Lo que divide a perfeccionistas y antiperfeccionistas es la posición del poder político ante concepciones sustantivas del bien entre las que el individuo podría elegir autónomamente.

c) Si el perfeccionismo, en el sentido en que nos interesa, está comprometido con la tesis de que «las autoridades políticas deben desempeñar un papel activo en la creación y mantenimiento de las condiciones sociales que mejor posibiliten a los ciudadanos a llevar vidas valiosas» (Wall, 1998: 8), parece claro que descansa ineludiblemente en una posición ética objetivista. Para que el Estado deba favorecer que las personas emprendan actividades valiosas, persigan fines dignos de ser realizados y, en general, vivan buenas vidas, debemos poder determinar válidamente qué fines, actividades y formas de vida son realmente valiosos. El perfeccionismo debe poder rechazar con éxito las objeciones escépticas a esa pretensión. En segundo lugar el perfeccionismo presupone una teoría ética que se enfrente con éxito a las posiciones *subjetivistas* que «remiten todo valor a alguna combinación de deseos, preferencias o elecciones, reales o ideales, de los individuos». Sus autores compartirán posiciones que ellos mismos calificarán de *objetivismo* o *perfeccionismo moral,* que comparten como mínimo «la negación de que aquellos factores agoten lo que determina qué es valioso» y sostienen, por tanto, que el valor de una actividad o una forma de vida depende de algo diferente o que está más allá de las preferencias o apreciaciones de los individuos relevantes[17].

d) Finalmente cabe preguntarse por el contenido sustantivo de la moral perfeccionista, es decir, acerca de qué es para los perfeccionistas una vida buena. Aunque los aspectos de esta cuestión más directamente relevantes para el objeto de este trabajo se verán en los epígrafes siguientes, es pertinente destacar aquí que, junto a referencias comunes muy genéricas, a la realización (*flourishing)* de las potencialidades del ser humano, al desarrollo de las capacidades del individuo, a la excelencia en virtudes, etc.[18], los au-

---

[16] Pese a las relevantes diferencias que los separan, las posiciones de Kymlicka o Waldron son más cercanas a las de Rawls, Nagel o Larmore que a las de Raz y Wall. Un examen detenido muestra que la defensa de la restricción por Rawls o Nagel descansa en exigencias morales derivadas de la consideración de cada individuo como capaz de autonomía (de formar, revisar y seguir fines o concepciones del bien).

[17] George Sher, 1997: 8 y 9.

[18] Hurka distingue entre un «perfeccionismo en sentido amplio» o «inclusivo» que valora en general el desarrollo de ciertas capacidades o los logros en la excelencia, y un «perfeccionismo estricto», al que él se adhiere, que parte de un concepto de «perfección» que «no significa excelencia en general, sino excelencia definida por la naturaleza humana» (Hurka, 1993: 3-4).

tores que me ocupan han dado respuestas enfrentadas a la cuestión sobre si las formas de vida buena son universales o, por el contrario, dependen de los marcos u horizontes sociales y culturales en que se sitúan. Encontramos en el perfeccionismo liberal contemporáneo versiones tanto *universalistas* como *comunitaristas.* En la primera de las dos posiciones se encuadra, por ejemplo, el perfeccionismo naturalista de Thomas Hurka, de inspiración netamente aristotélica. Es también el caso de George Sher, quien a la vez que manifiesta su escepticismo ante la importancia de los valores de participación y compromiso comunitario en la consecución de una buena vida, se opone a la concepción comunitarista sobre el papel de las convenciones y prácticas de grupo social, o de su historia, en la génesis de los valores perfeccionistas[19].

Joseph Raz y Steven Wall se colocan claramente, por el contrario, en las filas del comunitarismo, al sustentar una concepción del bien necesariamente vinculada a las culturas comunitarias particulares de las que las personas forman parte. Así para Raz, el bien de alguien «depende en gran medida del éxito en objetivos y actividades socialmente definidas». Sin sostener una posición convencionalista que haga depender lo valioso de los socialmente aprobado, Raz establece una conexión necesaria entre los fines que podemos proponernos, y así lo que *puede* ser valioso para nosotros, y las *formas sociales*[20] que configuran el marco en el que actuamos y que da sentido a esos fines. Una vez establecida esta dependencia, cabe sostener que algo puede llegar a ser bueno o valioso para alguien (esto es, convertirse en un fin para él) «sólo si está fundado en formas sociales» (Raz, 1986: 309-310). Steven Wall, por su parte, mantiene la «estrecha interconexión existente entre formas sociales [en el sentido de Raz] e ideales valiosos» de vida. Los contextos socio-culturales determinan, para Wall, «la naturaleza y ámbito de las relaciones, proyectos y opciones disponibles» para las personas y, por lo tanto, las «posibilidades de perfección (*flourishing)* que les son asequibles. A partir de esta premisa, Wall opone a la ambición del perfeccionismo universalista un perfeccionismo político «localista» (*parochial)*

[19] Sher, 1997: 11 y capítulo 7. Sher dedica la parte constructiva de su libro a la defensa filosófica de una concepción moral objetivista y teleológica, en la que los elementos definitorios de una vida buena se unifican por su conexión a un conjunto de «fines cuasi-universales y cuasi-inevitables» de los seres humanos (ibid.: caps. 8 y 9). En cuanto al contenido de aquéllos elementos definitorios, Sher se decanta por la ejemplificación formulada por Derek Parfit (desde un punto de vista «distanciado», no perfeccionista) y que incluye «la bondad moral, la actividad racional, el desarrollo de las propias capacidades, tener hijos y ser un buen padre, el conocimiento y la conciencia de la verdadera belleza» (ibid.: 201).

[20] Por «formas sociales» entiende Raz «la percepción pública de formas sociales comunes de acción, cada una de las cuales posee la riqueza y complejidad interna que la convierte en un posible fin personal comprehensivo» (1986: 309-310).

que justifica la acción del Estado en una comunidad política si «promueve un ideal particular de perfección humana» sustentado en ciertas comunidades políticas a partir de las condiciones específicas que las configuran (1998: 19-21 y 165-166).

1.2. Pluralismo valorativo

El perfeccionismo liberal se caracteriza primordialmente por dos rasgos que alejan sus propuestas políticas de las de los clásicos de la «tradición» perfeccionista y le permiten competir cómodamente en el debate actual de las ideas sobre los fundamentos de la legitimidad del Estado liberal. Se trata de su defensa del pluralismo valorativo y de la consideración de la autonomía personal como un ingrediente necesario y de gran peso en una vida buena.

La apelación al pluralismo moral o pluralismo de valores ha sido uno de los motivos más frecuentemente aducidos en favor de la tolerancia o «neutralidad» del Estado liberal. La diversidad de formas de vida buenas que las sociedades contemporáneas complejas reconocen y la multiplicidad de convicciones acerca del bien que coexisten en ellas se han alzado como un formidable obstáculo al intento perfeccionista de atribuir a los poderes públicos responsabilidad sobre la calidad de la vida moral de los ciudadanos. El perfeccionismo liberal se sustrae a este inconveniente ya que no sólo no se opone al pluralismo desde la defensa de una única concepción del bien moral como uniformemente válida para todos, sino que convierte el propio pluralismo moral en una premisa necesaria de su teoría política.

Pero hablar genéricamente de «pluralismo moral» o «valorativo» es inadecuado, ya que esa denominación puede hacer referencia a realidades o cuestiones muy distintas. Se habla con frecuencia de «pluralismo moral» para referirse a la existencia en una sociedad o grupo social de concepciones morales divergentes, o en mutuo conflicto, sostenidas por diversos individuos o subgrupos dentro de aquélla. Este significado del término «pluralismo» puede formar parte, lo hace en muchas ocasiones, de enunciados sobre hechos sociales, que simplemente constatan la realidad del desacuerdo o pluralidad de las convicciones morales entre los miembros de una sociedad, pero puede incorporar también una valoración positiva del mismo

[21] Este es el caso de los autores que suelen encuadrarse en el «liberalismo pluralista», entre los que se hallan los casos bien conocidos de Isaiah Berlin, Stuart Hampshire o John Gray. En sentido opuesto, Raz se distancia del «pluralismo» entendido como posición según la cual «deben tolerarse diferentes formas de vida y concepciones del bien independientemente de su valor moral» (1994: 118). Una variante de aquella posición, con diferentes consecuencias políticas, se encuentra en la idea rawlsiana de «pluralismo razonable», sobre la que se volverá más adelante.

pluralismo como rasgo deseable, intrínsecamente o por sus consecuencias, de una cultura o grupo social[21]. Un significado diferente se da a la idea de pluralismo cuando se refiere al desacuerdo o divergencia moral entre personas razonables, como ocurre con el bien conocido uso que hace Rawls de la idea de «pluralismo razonable» como rasgo de las sociedades democráticas contemporáneas.

A diferencia de los dos sentidos anteriores, se habla de «pluralismo de valores» para indicar la existencia de una pluralidad de valores morales incompatibles entre sí, en el sentido de que no pueden ser simultáneamente realizados en una misma vida, y heterogéneos porque no derivan de otro valor fundamental común desde el que pueda determinarse el peso relativo de cada uno y adjudicarse entre ellos en caso de conflicto[22]. En este sentido, que es el que el perfeccionismo liberal acoge, reconocer el pluralismo de valores significa constatar que existen formas de vida que, siendo todas ellas valiosas o moralmente aceptables, son a la vez incompatibles entre sí porque no pueden ser realizadas por una persona, o en una misma vida. Dichas formas de vida son definidas por virtudes cuyo desarrollo satisfactorio impide (debido a hechos de la vida humana, como la limitación temporal y de capacidades de cada uno) el cultivo de otras virtudes características de modos de vida alternativos y también moralmente valiosos (Raz, 1986: 395-399; Raz, 1994: 118-119; Wall, 1998: 17-18)[23]. A diferencia de lo que ocurre en los otros significados de pluralismo, éste no se refiere a las creencias de las personas, sino a los propios valores y formas de vida sobre los que versan estas creencias, por lo que estamos ante una tesis estrictamente emplazada en el ámbito de la filosofía moral (Wall, 1998: 18). Pues bien, esta afirmación de pluralismo moral se va a convertir en un componente no sólo necesario sino imprescindible de una filosofía política perfeccionista a la

---

[22] Este es el pluralismo de valores central en la obra de Isaiah Berlin. Sobre su significado y alcance, y sobre su relación con la idea de pluralismo de Raz, puede verse Elena García Guitián: *El pensamiento político en la obra de Berlin,* Madrid, 2001, cap. 2.

[23] En *The Morality of Freedom,* Raz distingue entre «pluralismo *débil*» (que únicamente se refiere al rasgo de incompatibilidad entre formas de vida valiosas) y «pluralismo *fuerte*» que sostiene además lo siguiente: en primer lugar, que «las virtudes incompatibles no están completamente jerarquizadas entre sí para cada individuo«; en segundo lugar, que esas virtudes no están tampoco completamente jerarquizadas entre sí según algún criterio impersonal de lo moralmente valioso; y finalmente, que aquéllas virtudes «ejemplifican intereses fundamentales diversos», esto es, que «no derivan de una fuente común o de ciertos principios comunes últimos» (1986: 396-397). A diferencia de Raz, George Sher presenta una filosofía moral perfeccionista que asume el pluralismo únicamente en su sentido débil, ya que para éste autor el valor de los diversos rasgos, actividades y relaciones valiosos «procede de una única fuente» (1997: 199).

vez que liberal[24]. Explicaré esta importancia en relación con el valor que los mismos autores adscriben en sus tesis a la autonomía personal.

1.3. Autonomía personal

La insistencia en el valor moral de la autonomía personal es, finalmente, el rasgo diferenciador decisivo del perfeccionismo liberal. Esta importancia no es de extrañar si se recuerda que los críticos del perfeccionismo tradicional han tenido en el valor de la autonomía su principal baza argumental. Encomendar al poder político la realización del bien de las vidas de los ciudadanos parece incompatible con el respeto a la autonomía de éstos en la determinación de lo que es para ellos una vida buena y en la prosecución de la misma[25]. Los autores que me ocupan en este trabajo han negado la incompatibilidad entre perfeccionismo político y reconocimiento del valor de la autonomía personal y han dedicado buena parte de sus argumentos a mostrar que ese mismo valor, correctamente entendido, conduce al Estado a adoptar como fin de su acción política el objetivo de que los ciudadanos vivan buenas formas de vida. En términos de uno de los protagonistas de esa perspectiva, «una teoría perfeccionista liberal es una teoría que sostiene que la autonomía personal es un componente central de la perfección humana (*human flourishing*)» (Wall, 1998: 127). El «perfeccionismo de la autonomía» requiere, por tanto, como el propio Wall reconoce inmediatamente, de un análisis de la concepción de la autonomía que maneja y del valor moral y político que le concede. A su vez, este análisis deberá constituir el objeto central de nuestro examen del perfeccionismo y de la plausibilidad de sus posiciones políticas.

La noción de autonomía personal manejada por los perfeccionistas liberales es la noción de autonomía personal, autodeterminación, o «autodirección», frecuente en la filosofía liberal contemporánea y que alude sustancialmente a la posibilidad de cada individuo de ser «autor, en parte de su propia vida», esto es, «de controlar en alguna medida su propio destino, perfilándolo por medio de sucesivas decisiones a lo largo de su vida» (Raz,

[24] Este sentido de «perfeccionismo pluralista» no debe confundirse con el que dan a esta denominación otros autores (así Rawls, 1971: 325; o Chan, 2000: 15) al aplicarla al perfeccionismo que ve en el bien, la perfección o la excelencia personal uno, pero no el único, de los fines del Estado.

[25] El argumento desde el valor de la autonomía personal al principio político liberal antiperfeccionista es formulado en términos casi canónicos en Nino: «siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que facilitan la prosecución ideal de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente, e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución» (Nino, 1989: 204).

1986: 369)[26]. Al igual que otros autores que se han ocupado contemporáneamente de la cuestión, Raz, Wall o Sher destacan tres condiciones básicas necesarias de la autonomía personal.

a- En primer lugar, la posesión de ciertas competencias mentales y psicológicas como la autoconciencia, la capacidad de actuar de acuerdo con fines de los que somos conscientes o de formarnos intenciones de acción, la capacidad de actuar por razones, así como la capacidad de articular planes, proyectos o emprender actividades que en cierta medida constituyen el contenido de esa vida dirigida por uno mismo o autónomamente conducida. Estamos ante las condiciones básicas de la racionalidad teórica y práctica, y de la capacidad de la voluntad para llevar adelante los cursos de acción decididos por uno mismo[27].

b- En segundo lugar, la independencia en las elecciones. Se trata de la idea de libertad como ausencia de obstáculos a nuestras elecciones, ante todo de coerción o manipulación por otros. La coerción «desde fuera» y la manipulación por otros eliminan la autonomía, tanto en la medida en que aquélla nos priva de las opciones necesarias para una verdadera elección, como en el sentido de que una y otra impiden ver nuestras acciones como propias, y la vida que éstas configuran como dirigida o guiada por uno mismo. La coacción o manipulación intencionales por parte de otros se nos aparece, confirman Raz y Wall, como un ataque o daño a la autonomía personal que va más allá de los impedimentos de hecho a nuestras elecciones al someternos a voluntades de otros y convertirnos en medios para sus fines (Raz, 1986: 377-378; Wall, 1998: 133-136). El valor simbólico de desconsideración o desprecio que supone la coacción intencional por otros tendrá consecuencias relevantes en la política del perfeccionismo liberal.

c- En tercer lugar, para ser autónomo se requiere disponer de una diversidad de opciones suficiente o adecuada. La elección autónoma presupone, en efecto, la existencia de opciones sobre las que ejercerse. Sin una cierta

---

[26] Tanto Raz como Wall se ocupan de precisar que sus argumentos se basan en esta noción genérica de autonomía individual, distinta a otras como las de la libertad de la voluntad en sentido metafísico, o la autonomía específicamente moral en su significado kantiano (Raz, 1986: 370, n. 2; Wall, 1998: 127-128).

[27] (Raz, 1986: 372-373; Wall, 1998: 138-139; Sher: 1997, 46 y ss.) Como sabemos, se ha discutido mucho acerca del grado o nivel en que deban darse estas condiciones de racionalidad y capacidad práctica de la autonomía, así como de las carencias y aflicciones intelectuales, caracterológicas o emocionales que la impiden (Silvina Álvarez, 2002a: 162-164). De acuerdo con su impronta comunitarista, las posiciones de Raz y de Wall en este ámbito de cuestiones se han decantado en la línea de rechazar elevadas exigencias de autoconciencia individual (capacidad reflexiva, autocrítica o «de autointerpretación»...) para insistir en los rasgos de carácter afectivo y social (capacidad de vinculación a afectos estables y compromisos duraderos, etc.)

diversidad o pluralidad de opciones, nuestra adopción de fines, actividades o planes de vida difícilmente puede verse como resultado del ejercicio de la autonomía personal. No voy a detenerme aquí en la pluralidad de cuestiones que plantea este componente de la autonomía, así la diversa índole o importancia de las opciones entre las que elegimos (más o menos «centrales» o «periféricas» en el conjunto de nuestra vida), o acerca de lo que deba entenderse por «una variedad suficiente o adecuada de opciones *significativas* (Raz, 1986: 373-375; Wall, 1998: 141-143). Me interesa observar en cambio dos aspectos de esta condición que cobran una especial importancia en la argumentación perfeccionista: de un lado, la dependencia de estas opciones respecto de las *formas sociales* en cuyo marco se configura la vida de un individuo y de otro, el papel del Estado en el mantenimiento o provisión de esas opciones que hacen posible la autonomía significativa en la vida del individuo.

El primero de estos puntos proporciona a Raz el instrumento de una concepción comunitarista de la autonomía personal. Como ya se apuntó más arriba, para el filósofo británico, nuestros fines (sobre todo los «fines comprehensivos», que permean dimensiones importantes de nuestras vidas) dependen de las «formas sociales» existentes, esto es, de la percepción pública de formas de acción o patrones sociales de conducta dotados de riqueza y complejidad interna. Ciertas opciones de vida sólo pueden convertirse en fines de nuestra elección si se hayan fundadas en formas sociales (1986: 308-310)[28], por lo que el ejercicio de la autonomía personal requiere un rico tejido social, institucional y cultural: «la oportunidad de formar un familia de una u otra clase, de desarrollar capacidades, profesiones u ocupaciones (...) de participar en muchas de las actividades comunes de ocio; éstas y otras oportunidades requieren una cultura común apropiada para hacerlas posibles y valiosas» (1986: 247). En segundo lugar, el principio perfeccionista que hace de la vida buena de los ciudadanos un objetivo de la acción del Estado, pone en manos de éste la tarea de realizar o promover las condiciones de la autonomía personal, y entre ellas, la que se refiere a los contextos sociales que hacen posibles las opciones requeridas por la elección autónoma. Raz pone así especial énfasis en el deber del Estado de preservar y crear las formas sociales exigidas para el ejercicio de la autonomía personal, esto es, «de crear un entorno que proporcione a los individuos un

[28] Aproximándose sustancialmente en este punto a las posiciones de Taylor, Raz explica esta conexión por un lado, desde la índole social, cultural o institucional de la mayoría de nuestras acciones y fines, y por otro desde la necesidad de familiarización con esas formas sociales que exige el aprendizaje, concepción y evaluación de los mismos fines y actividades (1986: 310-313). Sobre la misma idea, véase Wall, 1998: 164-165. Sobre las posiciones comunitaristas acerca de la idea de autonomía personal, véase Silvina Álvarez, 2002b, capítulo 3.

abanico adecuado de opciones y de las oportunidades de elegirlas» (1986: 418; 2001: 121-122). Los requerimientos comunitarios del ejercicio de la autonomía dan contenido a aspectos importantes de la teoría de la acción legítima del Estado en el perfeccionismo liberal.

Los contenidos de la teoría perfeccionista de la autonomía en que centraré el presente análisis atañen más bien, sin embargo, a la concepción de su valor, o de su contribución al conjunto de una buena vida, ya que en ella se encuentran las premisas desde las que se busca reconciliar el reconocimiento de dicho valor con la intervención del Estado en la elección y prosecución de concepciones del bien por parte de los ciudadanos.

1.3.1. El valor de la autonomía personal

La autonomía personal es valiosa para los perfeccionistas, y es importante subrayar aquí este punto, en su condición de componente de una vida valiosa. La conexión entre autonomía y acción del Estado deriva de la premisa fundamental según la cual el deber primordial del Estado es promover que los individuos vivan buenas vidas: «el fin de toda acción política es permitir que los individuos sigan concepciones válidas del bien y disuadirles de las malas o vacías» (Raz, 1986: 133). Las exigencias que el valor de la autonomía personal impone a la acción política del Estado proceden de su condición de componente o ingrediente de la vida buena. Los filósofos liberales se han equivocado al separar el deber del respeto a la autonomía de la consideración general del bien de las personas, en el que el valor de la autonomía debe enmarcarse. «Valoramos la autonomía en la medida en que contribuye al bien (*well-being)* de la persona autónoma», por eso «sólo a través de una concepción del bien basada en la autonomía y en el pluralismo de valores podemos restaurar la verdadera perspectiva del papel de la moral en la política» (Raz, 1986: 369, 412; 2001: 118, 120). Los deberes del Estado hacia la autonomía dependerán, por consiguiente, del grado o medida en que la autonomía cumpla ese papel en las vidas individuales, es decir, de hasta qué punto haga valiosa o contribuya al valor del conjunto de la vida de una persona. Los autores perfeccionistas se han ocupado específicamente de esta cuestión manteniendo ciertas tesis que los singularizan en el contexto de la filosofía política liberal y de cuyo acierto dependerá la verosimilitud de su intento de conciliar autonomía personal y acción perfeccionista del Estado[29].

[29] En los casos de Joseph Raz, Steven Wall y otros, el valor de la autonomía personal, aunque calificado como valor «intrínseco» y no meramente instrumental, se vincula decisivamente al marco de las «modernas sociedades occidentales». Los rasgos característicos –movilidad geográfica social y personal, innovación, pluralismo, etc.- hacen, para estos autores, de la capacidad y el ejercicio de elecciones autónomas una condición del éxito y la realización perso-

A. La primera de estas tesis contiene una cualificación de la premisa fundamental del perfeccionismo que enuncia el deber del Estado de actuar para procurar que los ciudadanos lleven vidas moralmente valiosas. Ahora bien, los perfeccionistas insisten en que el contenido de ese deber es que los individuos lleven vidas que *sean realmente buenas*, y no que los propios sujetos que las viven *crean* que lo son. La concepción del valor manejada por los autores perfeccionistas se opone, como ya anticipé más arriba, al punto de vista subjetivista para el que el valor de acciones, actividades o formas de vida depende de nuestros deseos o preferencias, o «se halla de alguna manera enraizado en nuestra constitución psicológica» (Sher, 1997: 176).

El rechazo del modelo de las preferencias (*taste model)* (Griffin, 1996: 20-29; Páramo, 1993:19-20) se ha convertido en uno de los caballos de batalla de la crítica al utilitarismo y a las filosofías políticas liberales que vinculan lo justo o lo moralmente correcto a la satisfacción de preferencias. En lo que aquí específicamente nos interesa, debe recordarse que, si bien la aceptación de una concepción no subjetivista del valor moral no es condición suficiente de la credibilidad del perfeccionismo político -y así lo muestran quienes conjugan antiperfeccionismo y posiciones morales no subjetivistas[30]- sí es, en cambio, una condición necesaria de la misma. No es de extrañar, por tanto, que nuestros autores hayan dedicado buena parte de sus esfuerzos argumentales a la crítica del subjetivismo ético[31]. El núcleo de sus críticas se centra, como sabemos, en la incapacidad de la ética subjetivista para dar cuenta del aspecto *interno,* central a nuestras creencias morales y de la deliberación en torno a éstas: deseamos ciertas cosas, adoptamos ciertos fines o elegimos ciertas opciones *porque* pensamos que son valiosas, no porque resulte que las deseamos o preferimos independientemente de cualquier examen o juicio sobre su valor[32].

Joseph Raz hace de este aspecto de nuestra acción un componente decisivo de su teoría de la vida buena: no seguimos ciertos fines simplemente por el hecho de que «los tengamos», por el contrario «nuestros fines se nos

---

nal en esas sociedades (Raz, 1986: 390-395; Wall, 1998: 164-179). No me detendré en esta posición, ya que no es necesario para el objeto preciso de estas páginas.

[30] Así , para Dworkin, «no podemos dar sentido a la experiencia ética a menos que supongamos que es objetiva: una vida particular no puede ser buena para mí sólo porque yo piense que lo es, y yo puedo equivocarme al pensar que una vida particular es buena» (1993: 141). Véanse asimismo Rawls, «El constructivismo kantiano en la teoría moral», en Rawls 1986 ; Nagel, 1990: 96-99; Kymlicka, 1989a, 10-12 y 1995: 27-28 y 222-223.

[31] Como muestra pude verse: Raz 1986, cap. 12 y Sher, 1997, cap. 8.

[32] Una formulación destacada de esta argumentación se halla en David O. Brink: *Moral Realism and the Foundation of Ethics,* Cambridge, 1989, 225-226. A partir de ella argumenta Sher (1997: 185-188).

presentan como objetos de nuestro juicio» y, así, «sostenidos en razones» acerca de las características deseables o valiosas que poseen. La prosecución o realización de nuestros objetivos y proyectos es buena para nosotros (contribuye al bien de nuestras vidas) si dichas razones son válidas o apuntan a lo que es verdaderamente valioso[33]. El bien de la vida de las personas depende, entonces, en una medida sustancial, del valor de los objetivos y proyectos cuyo éxito buscamos bajo la condición de ese carácter valioso. Lo que importa a nuestro bien, lo que entonces nos importa a nosotros acerca de nuestras vidas, no es nuestra creencia o convicción de que sus contenidos sean valiosos, sino que lo sean realmente (Raz, 1986: 300-303 y 2001: 116)[34]. De esta premisa se sigue que nuestros deberes hacia el bien de otros, y el deber del Estado hacia las vidas de sus ciudadanos, son deberes hacia lo que verdaderamente es bueno para ellos, y no hacia la satisfacción de sus preferencias o el logro de los fines y proyectos que ellos mismos juzgan como buenos.

B. En segundo lugar, la autonomía personal es un componente importante del valor global de una vida, y en esa medida es valiosa, pero esto no significa ni que sea una condición *necesaria* de ese valor, ni que su aportación a éste incline por sí sola la balanza en un sentido o tenga un peso decisivo que siempre haya de prevalecer frente a los demás valores que hacen una vida globalmente valiosa.

Stephen Wall se ha detenido en el análisis de los diversos aspectos del valor de la autonomía como ingrediente de un vida globalmente buena. Desde su punto de vista, la autonomía es, en primer lugar, intrínsecamente valiosa, en el sentido de que su realización es valiosa *por sí misma*, en tanto valorada por lo que es –y no como medio para un valor ulterior–, sin ser, en cambio, *valiosa en sí misma*[35], porque no posee en ella misma ese valor, ya

---

[33] El fracaso en el logro de un proyecto o en la realización de un objetivo no sería, según Raz, malo para nosotros si uno y otro resultan ser disvaliosos o descansar en creencias erróneas sobre su valor; en este caso, la incapacidad para alcanzar el fin es «una bendición disfrazada» (1986: 301).

[34] Dworkin escribe, casi en los mismos términos, que nuestro interés superior en vivir una vida buena no debe entenderse «en el sentido de que lo que interesa fundamentalmente a cada persona es tener una vida que ella cree buena». Pues «lo que realmente importa a las personas es tener una vida que sea de hecho buena». Por eso cabe decir que las personas tienen «un interés *transparente*, no un interés *opaco* en llevar una buena vida» (1983: 27). Raz, por su parte, combina esta posición con otras tesis que la matizan al reconocer los componentes subjetivos del bien individual. Así, por un lado, al destacar la relevancia que los propios fines que el individuo se ha propuesto tienen en la determinación de su bien (1986: 290-294); y, por otro, al dar cabida al carácter relativo a las circunstancias y posibilidades de cada individuo que deben tener los juicios acerca de su bien personal (ibid.: 298-299).

[35] Esta distinción es tomada por Wall de Christine Korsgaard: «Two Distinctions in Goodness», *The Philosophical Review,* 92, 1983.

que «no es un ideal completo» o absoluto de vida valiosa sino «un componente de un todo más amplio», siendo su contribución a éste lo que le da su valor intrínseco. En segundo lugar, la autonomía personal es instrumentalmente valiosa, como medio para el valor perfeccionista fundamental del desarrollo de los talentos y capacidades de cada persona, entendido como desarrollo por uno mismo o desde la propia actividad autónoma (Wall, 1998: 150-159)[36]. Finalmente, y como consecuencia de las dos afirmaciones anteriores, Wall considera la autonomía como «un componente central de una vida plenamente buena».

La estimación adecuada de la contribución de la autonomía personal al conjunto de una vida buena exigiría, sin embargo, evitar ciertos errores por exceso, producidos al sobreestimar el peso relativo que debe darse a la autonomía en el juicio global sobre una vida y que conducirían a conclusiones prácticas desafortunadas para el conjunto de ésta. Conocer los límites del valor y la importancia de la autonomía evitará «que el compromiso con la autonomía sea utilizado para justificar el antiperfeccionismo»[37]. Más concretamente, la correcta determinación del valor de la autonomía requeriría rechazar las siguientes posibilidades:

a) La tesis según la cual el valor de la autonomía para una vida buena da a todos razón para realizar o ejercitar esa capacidad, esto es, para vivir autónomamente. Wall recurre a casos de tipos de vida en los que la elección autónoma de opciones ha conducido, por razones debidas al carácter de una persona o a la mala fortuna, a vidas empleadas en actividades degradantes o abyectas, o dominadas por el fracaso en los proyectos emprendidos, para sostener que una vida autónomamente conducida puede ser globalmente peor y que, en esos casos, los individuos concernidos no tendrían razones concluyentes para ser autónomos (ibid.: 159-161).

b) El argumento *maximizador,* según el cual, a partir de la centralidad del valor de autonomía, se sostiene que hay una razón conclusiva para maximizarla o realizarla en la mayor medida posible. Además de apuntar las dificultades teóricas de caracterizar y medir este objetivo, Wall niega que sea un fin válido de la acción política. Las razones para esta posición han sido ya sustancialmente avanzadas: la autonomía sería valiosa sólo en la medida en que contribuye a una vida globalmente buena, un mayor grado de autonomía no contribuye en todos los casos a una vida globalmente me-

[36] Este papel instrumental de la autonomía para el desarrollo de las capacidades no deberá entenderse como condición necesaria o indispensable sino como instrumento «facilitador» de su éxito (Wall,1998: 150).

[37] Wall, 1998: 183. Thomas Hurka insiste igualmente en la consideración de la autonomía como un bien junto a otros bienes de la vida humana, y que puede ser superado por éstos, como la perspectiva perfeccionista adecuada sobre el valor de aquélla (1993: 148-149).

jor, luego no habría una razón concluyente para maximizar la autonomía para todos los individuos. Pero tampoco se da, según Wall, esa razón para promover la mayor autonomía para cada individuo, dados sus talentos, capacidades y rasgos de carácter personales, y ello porque «la autonomía no es lo único que importa» y, por tanto, «en ocasiones las razones para promover la autonomía deben ceder ante las razones para promover otros ideales» (ibid.: 185). Tampoco, finalmente, y por razones similares, deberá aceptarse la tesis que defiende el objetivo de maximizar las opciones disponibles entre las que cada individuo pudiera elegir en el ejercicio de su autonomía[38].

c) La *tesis de la adhesión*. El tercer tipo de error que habría de evitarse es el que sostiene que la autonomía, aunque sólo sea uno de los componentes o condiciones de una vida buena, es una condición o componente *necesario* de ésta, ya que los proyectos, relaciones o actividades valiosos que configuran en su conjunto una vida buena, dejarían de cumplir este papel si el sujeto de esa vida no se adhiriese a ellos o no los valorara como tales.

Ronald Dworkin ha defendido este tipo de posición en su concepción *constitutiva* acerca de la relación entre los componentes de una vida buena y el significado o valor que el propio sujeto les da[39]. Frente a la concepción *aditiva* (para la que la valoración por el propio sujeto añade valor a la vida, sin ser sin embargo condición de éste) la concepción constitutiva sostiene que ningún componente puede contribuir al valor de la vida de alguien si éste no lo percibe como tal, una vida no es mejor por la existencia de componentes valiosos cuando éstos no son juzgados como tales, o son desdeñados como disvaliosos por el sujeto de esa vida[40]. Pero la concepción aditiva sólo es aceptable, para Dworkin, desde una concepción del valor ético que solamente atienda al «impacto» objetivo que nuestras acciones tienen en el

---

[38] Wall apunta además, tanto a la dificultad de determinar cuál sea el conjunto máximo deseable de opciones del que debería intentar proveerse a cada individuo, como a la irrelevancia –o incluso los inconvenientes– que para la propia elección autónoma satisfactoria de un individuo puede suponer el proveerle de opciones ulteriores (ibid.: 185-189). Pero me parece que los argumentos de Wall ponen en cuestión sobre todo la tesis que él mismo comparte con Raz, y que cumple un papel decisivo en su perfeccionismo político, sobre el deber del Estado de proporcionar un conjunto adecuado de opciones sociales y culturales valiosas para el ejercicio de la autonomía. Sobre esta tesis volveremos más adelante.

[39] En 1983, Dworkin hace derivar la «condición de la adhesión» (*endorsement constraint)* de la constatación de la diferencia que supone el hecho de que el Estado sustituya al propio individuo al buscar realizar políticamente su interés superior en una vida buena. Pues sucede que cuando el sujeto de la acción es el propio sujeto de esa vida, «aunque su interés superior es un interés *transparente,* sólo puede perseguir ese interés desde sus propias creencias acerca de qué clase de vida es buena«; pero si se trata de otra persona (así del Gobierno, o las autoridades políticas) «que lo sustituye en el papel de agente, entonces los intereses trasparentes y los intereses opacos no sólo pueden separarse sino que se separarán inevitablemente» (1983: 28).

[40]Dworkin, 1989: 486; 1993: 107. Kymlicka, 1995: 224-225.

mundo. Si, por el contrario, la intención o significado que uno da a su actividad es parte de esa actividad, la vida de alguien no puede ser mejor para él por los aspectos que intenta evitar, o que no puede reconocer desde su perspectiva (aunque sea retrospectivamente) como valiosos. La superioridad de la concepción constitutiva se vincula al modelo preferible sobre el valor que es el *modelo del desafío*, desde el que «el valor ético de una vida radica en el valor inherente a un vivir diestramente realizado» (1993: 111-112 y 116 y ss.). Tal superioridad quedará suficientemente acreditada si tenemos en cuenta, por un lado, que la concepción aditiva no puede explicar por qué una vida es distintivamente valiosa para la persona que la vive y, por otro, que es implausible pensar que alguien pueda llevar una vida mejor contra sus más profundas convicciones que de acuerdo con ellas[41]. Desde tales premisas, cabe concluir que, aún partiendo de la idea de que el Estado tiene un interés político legítimo en el bien moral de sus ciudadanos, y un deber positivo hacia éste, ello no puede justificar la acción perfeccionista de los poderes públicos.

Ahora bien, si la tesis de la adhesión es cierta, entonces, reconoce Wall, «los Gobiernos no pueden mejorar las vidas de sus ciudadanos induciéndoles a seguir no autónomamente actividades o formas de vida» (1998: 190). En su crítica a la tesis de la adhesión, Wall distingue entre dos versiones de ésta. De acuerdo con la versión fuerte, el valor de una actividad requiere como condición necesaria «que la persona se adhiera *activamente* a ella por la creencia de que es valiosa». De acuerdo con la versión débil, para que la actividad sea valiosa, basta con que la persona la asuma *pasiva* o *voluntariamente,* esto es sin que medie coerción o manipulación, pero sin que sea necesario el juicio sobre ese valor, por lo que esta «adhesión débil» es compatible con la prosecución de la actividad por razones de mero hábito o rutina, o por la ausencia de alternativas en un determinado contexto social o personal. La crítica a la tesis de la adhesión parte de la identificación de su «versión fuerte» como la requerida por quien quiera extraer consecuencias antiperfeccionistas del valor de autonomía, que no se halla en la acción por

[41] 1989, ibid.; 1993: 141 y ss. Para evitar una apreciación apresurada que llevaría a consecuencias contraintuitivas es necesario recordar, respecto de la concepción constitutiva, algo que ya hemos señalado más arriba; Dworkin no sostiene en esa concepción que el valor de una vida sea sólo consecuencia de la valoración que el propio sujeto hace de ella, sino que, desde su perspectiva, sigue siendo posible que la valoración errónea de los componentes de la vida tiene como consecuencia que ésta sea peor de lo que habría sido en otro caso. Es decir, la concepción constitutiva se separa de la posición según la cual la propia adhesión o reconocimiento autónomo del valor es un componente más, junto a otros, del valor de una vida -cuya ausencia puede ser compensada por un incremento mayor de otros componentes-, sin que, por ello, sostenga que la convicción valorativa del propio sujeto determine por sí sola el carácter globalmente valioso de su vida, o sea condición suficiente de éste.

mera rutina o por ausencia de otras opciones disponibles. Pero, para Wall, dicha versión fuerte choca con nuestros juicios y convicciones comunes, desde los que no se juzga que cualquier actividad llevada a cabo en aquéllas condiciones sea incapaz de añadir valor a la vida de quien las realiza (ibid.: 190-192).

Pero, y lo que es desde mi punto de vista más importante, tampoco la «versión débil» de la tesis de la adhesión es aceptable en la óptica perfeccionista desde la que Wall argumenta. La razón de este rechazo –que determina su importancia en el conjunto de la posición perfeccionista– es, de nuevo, la afirmación de que el valor de una forma de vida o de un componente de ésta, es distinto de la creencia (aún del propio sujeto que la vive) en ese valor. Frente a la posición de Dworkin, que justifica ciertos casos de paternalismo sólo si cabe seriamente presumir la posterior adhesión de la persona que sufre la coacción paternalista[42], Wall pone en cuestión la relevancia del juicio de esa misma persona frente al del «observador razonable que contempla los efectos de la actividad impuesta sobre la vida global de la persona y juzga correctamente su valor para esa vida» (1998, pp. 193-194). La discrepancia entre una y otra perspectiva deberá resolverse en favor de la segunda, ya que «es un hecho común de la vida humana que las personas se equivocan al valorar sus vidas», y «no tenemos razón para pensar que no podrían hacerlo al valorar si una actividad que fueron obligados a realizar añadió valor a sus vidas». Si esto es así, «la tesis de la adhesión es falsa» y no puede, por tanto, «prestar ningún apoyo a la autonomía» (ibid. pp. 195-196)[43]. De este modo, las razones contra la tesis de la adhesión definen significativamente la perspectiva perfeccionista sobre la autonomía personal y su alcance en la determinación de una vida buena. Este alcance se ve siempre limitado por el peso de la consideración del valor real u objetivo (independiente del juicio del sujeto protagonista de la misma) de esa vida; el juicio correcto sobre ese valor real puede bien ser el de un observador externo bien informado, racional o «experto», de acuerdo con la concepción objetivista del valor que el perfeccionismo tiene como premisa básica.

---

[42] Dworkin exige además que la acción paternalista en cuestión no limite seriamente las futuras opciones de la persona sobre la que se ejerce y que los modos de la intervención no disminuyan las capacidades del individuo para poder posteriormente apreciar de manera reflexiva y crítica los méritos relativos de las opciones (1993: 144-145 y 1989: 486).

[43] En el mismo sentido Haksar, 1993: 149. Sin justificar suficientemente la diferencia, Wall exceptúa de su posición general ciertos aspectos de nuestras vidas, como la fe religiosa, en los que «es cierto que la persona debe creer en su valor para obtener valor de ellas», pero esto es, para Wall, un rasgo de esas actividades y no de valor en general (ibid. pp. 196-197).

C. En tercer lugar, para nuestros autores la autonomía sólo es valiosa, en el sentido perfeccionista de que añade valor al conjunto de una vida, si se realiza en la elección entre opciones moralmente valiosas. Joseph Raz mantiene que «el valor de la autonomía requiere que exista elección entre buenas opciones» y no sólo entre buenas y malas opciones, ya que del mismo modo en que no consideramos autónomo al individuo cuyas acciones son continuamente conducidas por la necesidad de la supervivencia física, tampoco realiza la autonomía personal quien «está constantemente luchando por su supervivencia moral». Ante la pregunta por el valor de la elección autónoma de una mala opción, Raz insiste en que lejos de ser valiosa, la mala acción «arroja una sombra más oscura sobre su autor si [éste] ha actuado autónomamente», de lo que deduce que «la autonomía sólo es valiosa si se actúa buscando el bien». Valoramos las elecciones autónomas «sólo si son elecciones de lo que es valioso y digno de ser elegido», lo que significa que la autonomía valiosa para una vida requiere sólo «la disponibilidad de opciones moralmente aceptables», no «la de opciones moralmente repugnantes» (1986: 379-381, 411-412 y 417; 2001: 120)[44].

Es este aspecto de la concepción del valor de la autonomía personal el que confiere importancia decisiva al pluralismo moral en la construcción de Raz. Según él mismo hace ver, el recelo que tal concepción despierta entre muchos autores liberales, debe disiparse una vez que se acepta el pluralismo valorativo, es decir, cuando se es consciente de que existen diversas opciones a la vez valiosas e incompatibles entre sí. La concepción perfeccionista de la autonomía personal no conduce a la uniformidad o a la imposición política de opciones, ambas incompatibles con la elección autónoma. Si hay una pluralidad de formas de vida buena, distintas e incompatibles entre sí, el perfeccionista evita que el valor de la vida autónoma, que es la del que elige opciones moralmente valiosas, le conduzca a imponer una única forma de vida buena; «el pluralismo, y no el escepticismo o la neutralidad, es el baluarte liberal contra la uniformidad» (2001: 120). Limitar el valor de la elección autónoma a la que se da entre opciones moralmente valiosas convierte el pluralismo moral en una condición imprescindible de la autonomía: «si la autonomía es un ideal, entonces estamos comprometidos con esa visión [pluralista] de la moralidad: valorar la autonomía lleva a adherirse al pluralismo moral». Por eso, «podemos decir que una sociedad pluralista no sólo reconoce la existencia de una multiplicidad de valores sino que hace de su seguimiento una opción real disponible para sus miembros» (1986: 399, 412; 2001: 119-121; Wall, 1998: 169 y 177).

[44] En el mismo sentido Wall, 1998: 141-142, 213.

2. Autonomía personal y acción perfeccionista del Estado

El deber básico del Estado enunciado en la primera premisa de la política perfeccionista -procurar que las personas vivan vidas moralmente buenas- recibe su contenido de la concepción descrita de la autonomía personal y de su valor. Los liberales antiperfeccionistas se equivocan al conectar el valor de la autonomía individual con la neutralidad del Estado ante las concepciones del bien, olvidando el objetivo básico de la acción política de que «que las personas sigan concepciones válidas del bien». La concepción correcta del valor de la autonomía personal conduce a conclusiones bien diferentes.

Es cierto que la autonomía no es un valor que pueda realizarse por un agente distinto al propio sujeto de la vida de que se trate: «alguien no puede hacer autónomo a otro», por lo que «un gobierno dedicado al pluralismo y a la autonomía no puede hacer a las personas buenas». Pero esto no significa que tengamos hacia el bien de otros (del que la autonomía es un ingrediente importante) sólo deberes negativos, como los que prohíben la coacción y la manipulación. Tenemos, y tiene también la autoridad política, deberes positivos de promover las condiciones necesarias para el ejercicio de la autonomía, entre ellos las capacidades cognitivas y emocionales y los rasgos de carácter que la conducta de la persona autónoma requiere, pero también el deber de proveer el «abanico adecuado de opciones» que hacen posible la elección autónoma. El deber del Estado de crear y proteger el entorno que hace posible la vida autónoma se refiere tanto a condiciones o bienes materiales como al entorno cultural («bienes públicos» para Raz) que posibilita y da significado a las opciones en cuestión. El marco comunitario desde el que, según Raz, ha de entenderse la autonomía personal, debe ser protegido por una «política comunitarista de la autonomía», volcada a la preservación de las *formas sociales* que constituyen, desde esta concepción, la cultura y el «bien común» (1986: 407-408; 2001: 120-122).

Ahora bien, aunque Raz considera que también la elección de malas opciones puede ser una elección autónoma, insiste en negar el valor de esa mala elección. Pero nuestro deber hacia la autonomía de otros, recuerda, lo es sólo «en tanto ésta contribuye a una buena vida» y así sólo hacia la autonomía que resulta en elecciones valiosas. Ocurre así que el valor de autonomía «no da razón alguna para proveer ni para proteger opciones desprovistas de valor, y aún menos malas opciones». La interpretación expuesta del valor de la autonomía personal conduce hacia un principio político perfeccionista que obliga al Estado a juzgar sobre la calidad moral de las formas de vida y discriminar entre éstas, promoviendo las que estima buenas y disuadiendo de las que considera innobles o disvaliosas: «el principio de autonomía

permite e incluso exige a los gobiernos la creación de oportunidades moralmente valiosas y la eliminación de las moralmente repugnantes» (1986: 411 y 417; 2001: 123)[45].

La conclusión perfeccionista sobre el deber de intervención del Estado respecto de las actividades, proyectos y formas de vida disponibles al ejercicio de la autonomía individual se ve, sin embargo, matizada en dos puntos importantes: en primer lugar, en cuanto a la autorización, que la tesis perfeccionista parece implicar, para imponer las creencias de ciertas personas a aquéllas otras que no las comparten y, en segundo lugar, en lo que respecta a la contradicción entre el valor otorgado a la elección autónoma y la coacción que solemos considerar instrumento privilegiado de la acción estatal.

2.1. Perfeccionismo e imposición de creencias

El tipo de argumento antiperfeccionista expuesto por Ronald Dworkin en términos de un «derecho a la independencia moral» se encuentra en el origen de esta primera precisión por los perfeccionistas de sus propias posturas. Este derecho se opone a la posibilidad de que alguien sufra desventajas sociales, «incluidas las desventajas en las libertades que el derecho penal le permite», por la sola razón de que «las autoridades públicas o sus conciudadanos piensen que sus opiniones sobre el modo correcto de conducir su propia vida son equivocadas o innobles» (Dworkin, 1985: 353). La respuesta de Raz contra esa objeción a sus tesis no se hace esperar: la prohibición que enuncia tal «derecho a la independencia moral» no es un argumento válido contra el perfeccionismo político, puesto que «no excluye como fundamento de la acción política los ideales de vida, sino el hecho de que la gente crea en ellos»[46].

El perfeccionismo liberal contemporáneo pone, en efecto, especial interés en evitar lo que había sido, al menos desde Mill, uno de los argumentos básicos de los liberales contra la acción del Estado basada en consideraciones acerca de la vida buena: esta pauta de acción política significará que las convicciones o creencias de algunos sobre lo que es bueno se impondrán a los demás dando lugar a formas de opresión o tiranía moral (de la mayoría

[45] Desde la misma premisa de que «la vida buena no es simplemente la vida autónoma, sino la vida autónoma empleada en general en actividades valiosas», Wall argumenta asimismo en favor de la «promoción de opciones valiosas y de la disuasión de las ruines» (1998: 213)

[46] Sher responde a Dworkin con un argumento independiente y, desde mi punto de vista, más acertado, alegando que el contexto utilitarista de la teoría de la igualdad que subyace a su tesis (se trata de la igualdad en el peso que se otorga a los deseos y preferencias de los distintos ciudadanos) impide su pertinencia frente al razonamiento perfeccionista sobre la legitimidad, que no apela a cómputos o balances utilitaristas de preferencias (Sher, 1998: 94-97).

o sus representantes en el caso de gobiernos democráticos). Pero los perfeccionistas no sostienen la legitimidad de la intervención del Estado por la razón de que la mayoría o sus representantes consideren que algo es bueno o malo. Por eso Raz se ocupa de establecer que al igual que, en el ámbito de nuestras deliberaciones personales, mi *creencia* en algo raramente es una razón para que yo trate a otro de algún modo –lo será, en cambio, el contenido o la verdad de esa creencia– la autoridad política no debe actuar en base a la creencia, propia o de la mayoría, en el disvalor de concepciones del bien, sino sólo en base a su disvalor real (Raz, 2001: 114). La posición de los perfeccionistas descansa por tanto en dos consideraciones complementarias: a) debe distinguirse entre lo que es bueno para las personas y lo que algunos, o muchos, piensan que es bueno para las personas; b) sólo lo primero constituye una buena razón para la acción del Estado (Raz, 1986: 158; Sher, 1997: 96)[47].

Es cierto, y así lo reconoce el propio Raz, que no cabe la acción en base a ideales válidos como no sea a partir del juicio de alguien sobre dicha validez, aunque no sea ese juicio (el hecho de que alguno o muchos lo sostengan o afirmen) la razón de la acción política, que se funda *en el valor* predicado de aquéllos. Es más, en los sistemas políticos que conocemos, democráticos o no, la validez jurídico-política y la imposición de la decisión de la autoridad no descansan en la solidez de la creencia de la autoridad o en sus razones, sino en el hecho de ser la decisión o la creencia de la autoridad, por lo que las decisiones erróneas son igualmente vinculantes. A partir de esta constatación se puede concluir por los críticos de Raz, y correctamente desde mi punto de vista, que aunque la razón de la autoridad no sea

[47] En términos similares se produce la réplica de Raz al argumento que Thomas Nagel había utilizado en su intento de buscar una imparcialidad moral de segundo orden desde la que justificar la limitación antiperfeccionista del poder político (Nagel, 1990). Nagel rechazaba el escepticismo como premisa de la restricción liberal para formular, en cambio, una propuesta de *restricción epistemológica* que parte de «una distinción entre lo que justifica la creencia individual y lo que justifica apelar a esa creencia en apoyo del ejercicio del poder político». A partir de la diferencia entre «la creencia en algo y el hecho de que ese algo sea verdadero», Nagel formula su idea de que «cuando contemplamos desde fuera algunas de nuestras convicciones, por muy justificadas que puedan ser desde un punto de vista interno, el recurso a su verdad tiene que ser visto, sin más, como un recurso a nuestras creencias y tratado como tal, salvo que pueda demostrarse que éstas se pueden justificar desde un punto de vista impersonal» (Nagel, 1990: 97 y 98). En «Facing Diversity: the Case of Epistemic Abstinence», Raz rechaza esta posibilidad como inaceptable, ya que, en términos cercanos a los que hemos visto, «si desde un punto de vista interno es una apelación a la verdad y no a la mera existencia [de la creencia] debe ser reconocida como tal igualmente desde el punto de vista externo» (Raz, 2001: 90). Posteriormente Nagel renunciará a este componente epistemológico de su fundamentación de la tolerancia liberal (Nagel, 1991, 163). Sobre el mismo punto, puede verse Barry, 1997: 245-250.

su creencia en el valor de las concepciones del bien que impone –o de las que disuade– sino ese mismo valor, ello no evita que de hecho, e inevitablemente en el Estado perfeccionista, las creencias de la autoridad se impongan a quienes no las comparten. Raz defiende, sin embargo, su postura contra ésta conclusión advirtiendo, entre otras cosas, contra la «confusión conceptual» que ignora la diferencia entre dos tipos de razones: de un lado, las razones de la autoridad para actuar, que, como hemos visto, consisten en el valor de la solución adoptada; de otro, la razón para la obligatoriedad de la decisión de la autoridad que, conforme a una bien conocida teoría del mismo autor, se basa en la afirmación de que «el reconocimiento de las decisiones de la autoridad, aún si erróneas, tiende a producir comportamientos fundados en buenas razones en mayor medida que cualquier otro método alternativo de decisión». Estamos ante la justificación, de segundo nivel, de una regla que justifica a su vez la decisión encuadrada en ella (Raz, 1986: 159; 2001: 114-117).

Independientemente del valor de la tesis de la justificación *normal* de la autoridad de Raz[48], sobre la que no voy a detenerme aquí, me parece que ésta no sirve para justificar la imposición perfeccionista de concepciones del bien. La discusión en esta cuestión se diferencia de la discusión sobre el fundamento de otras decisiones políticas porque en este caso las dos posiciones en discordia no son simétricas. Y no lo son porque una de las dos opciones enfrentadas es precisamente la de que no haya ninguna decisión «positiva» de imponer alguna de las concepciones del bien, sino sólo la decisión «negativa» de no imponer ninguna. Y si no se impone nada, ninguna conducta, proyecto o forma de vida, entonces no es necesaria la justificación normal de la autoridad (ni, respecto de esa decisión, ninguna otra).

Además de la distinción conceptual examinada, Raz presenta argumentos adicionales frente a la objeción liberal de que estamos ante una imposición de algunos ciudadanos o grupos sobre otros. Entre ellos, que tal imposición no tiene por qué darse, ya que «la acción política perfeccionista puede adoptarse en apoyo de instituciones sociales que disfruten del apoyo unánime de la comunidad» con el objetivo de prestarlas reconocimiento jurídico, ordenar otras instituciones conforme a ellas, facilitar su uso etc. (1986: 161)[49]. Pero el argumento no parece tener un peso considerable, pues la jus-

[48] Raz, 1986, cap. 3. Sobre la aplicación de esta justificación de la autoridad al perfeccionismo político, vid. Patrick Neal, 1994: 32-33y 37-40.

[49] Otros argumentos ofrecidos por Raz en este punto (así, el que rechaza el escepticismo selectivo, o el que apunta a métodos no coercitivos para la acción política perfeccionista) son tratados en otros momentos de este trabajo. Otros aún (como el que se refiere a la posibilidad de error de la decisión política) son considerados por los propios perfeccionistas como argumentos pragmáticos más que «de principio» y, así, razones «impuras», «lamentables» o «pro-

tificación de la acción perfeccionista del Estado pierde su razón de ser cuando la intervención estatal deja de convertirse en un instrumento necesario para el fin propuesto (que los ciudadanos persigan concepciones válidas del bien) y tal necesidad instrumental habrá dejado de existir si todos los ciudadanos comparten y siguen espontáneamente esas concepciones del bien ¿Desde qué necesidad práctica se justificaría entonces la intervención estatal con todos sus costes e inconvenientes ante los que el propio Raz no deja de ser sensible? Ocurre además que los casos de instituciones que gocen del «apoyo unánime» de los ciudadanos son más bien escasos[50] (existen noticias recientes de que no lo es el matrimonio monógamo) y, sobre todo, son argumentalmente poco significativos: basta que los adversarios antiperfeccionistas apunten a los casos de desacuerdo valorativo en la comunidad para que Raz deba apoyarse en argumentos más sólidos (Neal, 1994: 44).

2.2. Autonomía personal y coacción jurídica

Parece inevitable que los «perfeccionistas liberales» aborden la cuestión de importancia primordial que cualquier observador se verá empujado a dirigirles de inmediato: ¿cómo cabe conciliar la defensa de la autonomía personal como un valor central de la vida buena y la interferencia estatal en la libertad de los ciudadanos que la política perfeccionista preconiza? Es bien sabido que el respeto a la autonomía personal ha sido una razón destacada en pro de la tolerancia, abstención o imparcialidad del Estado ante las concepciones del bien preconizada por un buen numero de filósofos liberales. La importancia de la conexión entre autonomía personal y antiperfeccionismo político nos lleva de inmediato a cuestionar la coherencia de un «perfeccionismo de la autonomía».

Aunque las respuestas de los autores de que nos estamos ocupando difieren en su valoración de los diferentes modos en que el Estado puede (y de, hecho, suele) intervenir en la realización de sus fines perfeccionistas, coinciden mayoritariamente a la hora de distinguir entre la diferente consideración que debe darse a los instrumentos más «peligrosos» o drásticos (la coacción y la manipulación de las decisiones) respecto de otras posibilidades, más leves o inocuas, abiertas a la acción del Estado.

---

filácticas», basadas en la incapacidad práctica del Estado para cumplir con su papel legítimo, para la restricción antiperfeccionista (Raz, 1986: 428; Sher, 1997: 106 y ss.)

[50] Y no me parece que, como pretende Joseph Chan (2000: 14-17), el acuerdo extenso o casi unánime se obtenga si al delimitar las «concepciones del bien» nos ceñimos sólo, como lo haría el *perfeccionismo moderado,* a las «virtudes prudenciales y de la acción» que constituyen su contenido básico y prescindimos de las «doctrinas comprehensivas» sobre su ordenación. En todo caso, tampoco Chan evita el argumento de principio para los casos, más o menos numerosos, de desacuerdo sobre el bien.

a) Los perfeccionistas tienden a destacar los instrumentos «no coercitivos» de la acción estatal, a los que apelan en sus respuestas a las críticas que se les dirigen en nombre del propio valor de autonomía que ellos mismos entronizan como un valor primordial de la vida buena. Así, frente a la crítica de que «el antiperfeccionismo es necesario para impedir que las personas impongan a otros las formas de vida que consideran preferibles», Joseph Raz replica que «no toda acción perfeccionista implica la imposición coactiva de una forma de vida», ya que «gran parte de ella puede consistir en estimular y facilitar la acción deseada y desalentar los modos de conducta indeseados». Esto puede hacerse por medios tales como el otorgamiento de honores, la concesión de subvenciones o préstamos, o la imposición de cargas fiscales (1986: 161). Tanto Raz como otros perfeccionistas consideran que estas formas alternativas de intervención política son, o bien las únicas legítimas para el Estado liberal o bien, en todo caso, preferibles por su compatibilidad con la autonomía personal, que sólo excluiría la coerción y manipulación de las decisiones individuales[51].

A esta compatibilidad se han opuesto razones en gran medida convincentes que apuntan, ante todo, al hecho de que tanto la imposición de cargas fiscales[52] o la concesión de subvenciones[53], como la discriminación en el reconocimiento de efectos y protección jurídica a ciertas prácticas y relaciones, implican interferir en los costes de oportunidad de las diferentes opciones abiertas a la elección individual, modificándolos artificialmente, lo que introduce en esa elección razones diferentes a la estimación del valor propio de las opciones, que es parte del ideal de la elección autónoma. Jeremy Waldron argumenta en este sentido, respecto de los tres métodos de intervención, que en ellos se ataca o amenaza la autonomía pues, al igual que ocurre con la manipulación de preferencias personales, «se distorsiona la estimación» por las personas sobre el valor moral o de bienestar de las actividades o modos de vida en cuestión. Se obstaculiza o dificulta, de este

[51] Entre ellos, Wall (1998: 198-199, 219-222); Sher (1997: 61 y ss.); Chan (2000: 14); Hurka (1993: 159).

[52] Sobre el carácter coercitivo de la imposición fiscal, véanse Raz (1986, 417-418) y Waldron (1989: 1147-1148).

[53] Al igual que con la educación pública, la subvención estatal a la cultura o al arte se presentan como una prueba en favor del perfeccionismo por algunos de sus defensores, que sostienen que sólo si se reconoce que ciertas formas de arte y de realizaciones culturales son bienes intrínsecos, y admite que el Estado tiene el deber («perfeccionista) de promover esas formas de bien, cabe justificar aquéllas políticas (Wall, 1998: 213-219). Pero en la discusión sobre ese punto no ha podido demostrarse que el apoyo público a la cultura y al arte no sea perfectamente justificable desde principios políticos no perfeccionistas. Cifr. por ejemplo, Dworkin, 1985: 220-232.

modo, la elección «por los méritos del caso» que debe caracterizar la decisión del individuo autónomo (Waldron, 1989: 1141-1152)[54].

No voy a detenerme en este punto de la discusión, que ha recibido respuestas, a mi juicio insatisfactorias, de algunos autores perfeccionistas. Así George Sher, quien considera que la elección por razones sobre el valor de las opciones es un componente de la autonomía personal, acepta la objeción de Waldron sobre los efectos negativos que las intervenciones del Estado para inducir a los ciudadanos a elegir actividades valiosas tienen sobre la autonomía. Pero este inconveniente podría superarse, ya que la pérdida de autonomía en la elección en un momento temporal (t1) podrá ser compensado por su contribución a elecciones autónomas en momentos posteriores (t2), ya que la experiencia o conocimiento de la actividad o modo de vida valioso (al que se indujo por la autoridad política) puede haber convencido a la persona de su valor, al que responderán las elecciones posteriores. La predecibilidad de que la acción estatal produzca estos efectos deberá constituir el criterio de la corrección de la interferencia perfeccionista (Sher, 1997: 61-71). Pero la apelación por el propio Sher al uso que hacemos de este argumento en la justificación de las restricciones a la elección autónoma en el proceso educativo (ibid.: 63) apunta suficientemente su debilidad: restringir la autonomía personal en nombre de la autonomía posterior (y de la calidad de las opciones elegidas) del mismo individuo es aceptable, desde una perspectiva liberal, precisamente, en el caso de niños y jóvenes, a la vez que es precisamente la restricción de la autonomía de personas adultas en t1 lo que prohíbe el principio liberal de autonomía[55].

---

[54] Debe recordarse que hablamos de la legitimidad de estos métodos de intervención estatal por razones estrictamente perfeccionistas (hacer que las personas persigan concepciones válidas del bien y desechen las equivocadas) y no por otras razones políticas –de protección de la autonomía personal, redistributivas, de protección de la sociedad política liberal, etc.– para las cuales esos métodos «promocionales» de acción política no se impugnan desde el liberalismo igualitario (como tampoco se rechaza en principio el uso de la coacción jurídica desde esas otras justificaciones).

[55] Contra la posibilidad de que la elección por buenas razones pueda ser inducida por habituación ya escribía Humboldt en 1792: «Quien es dirigido mucho, y con frecuencia, tiende a sacrificar, de un modo espontáneo, lo que le queda de su independencia. Se considera libre del cuidado de dirigir sus actos, confiándolo a manos ajenas, y cree hacer bastante con esperar y seguir la dirección de otros. Esto hace que sus ideas acerca de lo que es mérito y lo que es culpa se oscurezcan» (Humboldt, 1988: 26). Desde el campo perfeccionista se manifiesta en el mismo sentido Hurka (1993: 155).

Un segundo argumento, utilizado tanto por Sher (1997: 66-67) como por Wall, (1998: 199-200) se refiere a la inevitabilidad del tipo de modificación de costes de oportunidad que se produce cotidianamente en nuestras elecciones, tanto por las decisiones y preferencias de otros individuos, como a consecuencia de innumerables decisiones y acciones políticas motivadas desde otras razones. Pero no hace falta insistir en que el hecho de que este efecto sobre los elementos de nuestras elecciones se produzca inevitablemente en la vida económica social y po-

b) La coacción (o la amenaza de ésta) constituye, como era de esperar, el modo de uso del poder político en que predominantemente se han centrado las discusiones sobre la legitimidad de dicho ejercicio. Para algunos de los autores que nos ocupan (y esta es la posición que me parece más coherente desde sus propias premisas) el uso de la coacción jurídica por el Estado no puede rechazarse tajantemente desde el perfeccionismo liberal. Si, como hemos visto, la concepción perfeccionista sobre el valor de la autonomía personal sostiene no sólo que éste depende de la calidad de las opciones elegidas sino, sobre todo, que ese valor consiste en su contribución a una vida globalmente buena, entonces no cabe justificar una negativa radical al uso de la coacción que, aún disminuyendo en cierto grado la autonomía del individuo, mejora globalmente el valor de su vida. A la luz del conjunto de la doctrina perfeccionista cabrá sostener, entonces, la conveniencia de minimizar la coacción política en atención al papel central de la autonomía, pero no la de excluirla. La razón consecuencialista para limitar el uso de la coacción en pro de la autonomía personal aconsejará, por el contrario, recurrir a ella cuando así se obtengan mejores consecuencias para el conjunto de la vida de una persona[56].

Joseph Raz se separa, en cambio, de esa respuesta, al rechazar el recurso a la coacción para disuadir a los ciudadanos de seguir pautas de conducta, relaciones o formas de vida disvaliosas[57]. Raz lleva a cabo una revisión del principio del daño de Mill en la que propone reinterpretar el concepto de daño como concepto normativo dependiente «de una moralidad que valora la autonomía». Se trata de sostener, en pocas palabras, que se causa daño a una persona cuando se afecta a los proyectos o perspectivas de vida autónoma que ella ha elegido. Limitar la coacción como medio de interferencia estatal a la prevención del daño así entendido significa, entonces, restringir la coerción estatal al objetivo «de impedir las acciones que disminuirían la autonomía de las personas y forzar a realizar aquéllas que son necesarias para mejorar las opciones y oportunidades de los individuos» (1986: 413-416).

Esta posición no parece, sin embargo, concordar con la que el propio Raz ha sostenido anteriormente acerca de la identificación del valor de la elección autónoma con la elección en favor de buenas opciones. De acuerdo con el «principio perfeccionista de autonomía», que permite y aún obli-

---

lítica, no significa que esté justificado producirlo intencionada y expresamente por medio de decisiones políticas tendentes a ello.

[56] En este sentido, Sher, 1997: 71; Wall, 1998: 193-195, 200; Chan, 2000: n. 21.

[57] Sobre la significación precisa que la coacción tiene respecto de la autonomía personal, véase Raz, 1986: 151-157 y 377-378.

ga al gobierno a eliminar las opciones disvaliosas, su principio del daño revisado autorizará el uso de la coerción con ese fin, ya que «la actividad moralmente repugnante no puede ser defendida de la interferencia coactiva sobre la base de que ser autónomamente elegida la dota de valor». La restricción al uso de la coacción para disuadir de actividades y preferencias inmorales se ve, como el propio autor reconoce, «amenazada por el hecho de que la elección autónoma de lo inmoral es contraria al bien de la persona», de lo que se sigue que «el gobierno no está obligado a respetar a quienes llevan a cabo actividades inmorales o innobles, y que éstas pueden ser suprimidas por la autoridad» (1986: 417-418 y 2001: 123) Pero Raz niega tajantemente esa conclusión: «el principio del daño [que «excluye el uso de la coerción para desalentar oportunidades que no causen daño«] puede defenderse a la luz del principio de autonomía» en su interpretación perfeccionista, y ello porque el medio usado, la interferencia coactiva, viola la autonomía de quien la sufre». Dos son las razones que sostienen esta conclusión: de un lado, la coacción «viola la condición de independencia y expresa una relación de dominación y una actitud de falta de respeto hacia el individuo coaccionado»; de otro, «la coerción mediante sanciones penales es una invasión global e indiscriminada de la autonomía», esto es, no sólo obstaculiza la mala opción en un terreno determinado sino que impide a quien la sufre cualesquiera elecciones autónomas en otros ámbitos de acción (1986: 418-419; 2001: 124).

Pero los argumentos de Raz no son suficientes para hacer concordar esta conclusión con sus premisas perfeccionistas sobre el valor negativo de la elección de opciones disvaliosas. En lo que parece ser su argumento más claro, el carácter invasivo de la coacción es cierto si se piensa en las penas privativas de libertad, pero no lo es de otras medidas coactivas a las que el Estado puede recurrir para evitar ciertas actividades inmorales. Así la confiscación de publicaciones «obscenas» no afecta, como apunta Wojciech Sadurski, al conjunto de las opciones de los agentes más allá de las de producir, distribuir y consumir tales publicaciones, como no lo hacen las multas impuestas al editor de dichas publicaciones, o la confiscación de estupefacientes o de anticonceptivos, o la clausura de ciertos locales… (Sadurski, 1990a: 132-133 y 1990b: 110-111). No hace falta, en suma, ir muy lejos para advertir posibilidades de acción coactiva que eliminan o restringen ciertas opciones sin afectar a la autonomía global del individuo coaccionado[58].

[58] Así, desde razones próximas a las de Raz, la defensa de la autonomía deliberativa del sujeto como componente esencial de la vida buena, Hurka rechaza «la imposición coactiva de la mejor opción» pero defiende la posibilidad de impedir las peores opciones como compatible con la autonomía general del individuo (1993: 156).

Raz debería aceptar esas formas de coacción o buscar premisas diferentes para su rechazo.

En segundo lugar, tampoco la apelación a la dominación y actitud irrespetuosa hacia el ciudadano, ocasionados por «la violación de la condición de independencia», es una razón satisfactoria para rechazar la coacción desde la propia teoría perfeccionista. De un lado, porque, el significado o importancia moral que la condición de «independencia frente a la coacción» parece adquirir en este momento de la argumentación de Raz, como valor distintivo respecto al concepto complejo de autonomía personal del que forma parte, ni encuentra sustento previo en sus premisas morales o en su teoría del valor de la autonomía personal, ni resulta fácilmente conciliable con buena parte de ellas. De otro lado, porque la limitación de esa independencia en los supuestos considerados no puede –siempre desde los propios presupuestos de Raz- ser considerada contraria al respeto debido a las personas, o como una forma de dominación ilegítima, ya que estas nociones –como la de «daño»– sólo pueden delimitarse en el marco de una teoría moral a cuya luz aparezcan como ilícitas, lo que no sucede desde las premisas del perfeccionismo político. Así lo hace ver el propio Raz cuando, al responder a la objeción que Dworkin presenta a la imposición a las personas de concepciones del bien en nombre del respeto que se les debe, responde que «tratar a otro con respeto es tratarlo de acuerdo con principios morales sólidos»[59]. Pero esta «solidez» es precisamente reclamada por los perfeccionistas sobre su propios principios políticos, que justifican la imposición de pautas de comportamiento o modos de vida a quienes no la comparten desde la justificación del valor moral que esa imposición añade a las vidas de los ciudadanos[60].

---

[59] Raz, 1986: 157. En una dirección coherente con esta perspectiva perfeccionista se sitúa, a mi juicio, la concepción sobre el respeto a las personas como dependiente del «respeto al valor moral» que Raz expone en su reciente *Value, Respect and Attachment,* Cambridge, 2001, cap. 4.

[60] Véase, sobre este punto, y como muestra de la concepción perfeccionista del «respeto a las personas», la exposición de Steven Wall, para quien la apelación al respeto requiere de un argumento moral ulterior que dé contenido a ese concepto y demuestre que la imposición de principios morales sólidos es incorrecta» (Wall, 83-85). El propio Dworkin considera que un principio abstracto de «igual respeto» es compatible con la posición perfeccionista «conservadora» si se sostiene que tratar a alguien con igual respeto supone tratarle como la moral exige o como el hombre moral querría ser tratado (1985: 198). El mismo argumento es expuesto, desde las filas perfeccionistas, por John Finnis (1987, p. 437). Sobre la insuficiencia de la idea de respeto como fundamento de las posiciones antiperfeccionistas, cifr. igualmente Sher (1997: 72-104).

3. La incompatibilidad entre perfeccionismo y autonomía personal

A la hora de evaluar las razones del perfeccionismo debemos tener presente el alcance de su posición política. Y esta insistencia no está de más si recordamos que el propio Raz ha escrito que la carga de la prueba en el debate debe trasladarse al campo antiperfeccionista, que «niega al Estado el derecho a buscar objetivos valiosos», e «impide actuar por razones válidas» y modificar en un sentido valioso los estados de cosas existentes. El perfeccionismo, por el contrario, no necesitaría un principio especial de justificación al requerir de la autoridad política que actúe por buenas razones», o promueva o «mantenga estados de cosas valiosos» (Raz, 1986: pp. 110-111 y 136). Pero, como Waldron observa acertadamente, «la conexión entre evaluación e intervención perfeccionista no es tan directa», ya que si es cierto que «la consideración de un ideal como disvalioso provee a una persona de una razón para no adoptarlo», no es en absoluto tan claro que esa consideración «provea a otros, y aún más, al Estado, de una razón para disuadir a esa persona de adoptarlo» (Waldron, 1989: 1137). Y es que, como hemos visto, de lo que se trata no es de actuar desde premisas morales correctas o concepciones válidas del bien, sino de hacer que otros actúen así, contra su propio juicio y elección, y mediante los instrumentos del poder político del Estado[61]. Ahora bien, la conclusión perfeccionista así formulada parece requerir que se satisfagan umbrales de justificación más estrictos que la mera apelación a la solidez de la concepción del bien que se impone, sobre todo si, como en el caso de estos autores, se valora la autonomía en la configuración de la propia vida[62].

Es en la determinación perfeccionista del valor de la autonomía personal donde se encuentran, a mi parecer, los motivos primordiales que conducen a sus defensores a conclusiones políticas incompatibles con las convicciones liberales sobre el respeto a la autonomía personal. Dos de los aspectos de aquélla determinación deben ser recordados ahora. Según el primero, la autonomía individual es un componente importante, junto a otros, del

---

[61] Steven Wall expone claramente su posición en estos términos en su concepción del «ciudadano modelo» perfeccionista y en sus argumentos contra el principio rawlsiano de «tolerancia democrática» (1998, pp. 51 y 79-81). La solidez de una concepción del bien es igualmente, para George Sher, la justificación para que una persona pueda imponerla a otra frente al rechazo de ésta motivado en su propia concepción del bien (Sher, 1997: 102-104).

[62] Es imprescindible tener presente en todo momento que hablamos aquí de opciones de vida moralmente malas no porque en algún sentido causen daño a otros sino sólo por su disvalor intrínseco, esto es, porque hacen peor la vida del propio individuo, degradan su carácter o su sensibilidad, o perjudican la excelencia en sus realizaciones. Damos, así, por supuesto, que la competencia moral del individuo es defendida, en lo que aquí concierne, dentro de los límites de los principios de justicia en lo que afecta a intereses de otros, esto es, en el marco del principio de Mill.

conjunto de una vida valiosa o satisfactoria, que debe sumarse a éstos, o compararse o sopesarse con ellos en la determinación de la calidad o valor global de aquélla. El segundo se refiere a la tesis perfeccionista según la cual las elecciones autónomas añaden valor a una vida sólo en caso de que se resuelvan en favor de opciones valiosas. La importancia de estos dos aspectos de la concepción perfeccionista del valor de la autonomía personal puede medirse a partir de las dos siguientes consideraciones: en primer lugar, ambos desempeñan una función decisiva en la justificación de las tesis políticas perfeccionistas; en segundo lugar, ambos determinan que esas tesis sean incompatibles con las ideas básicas en las que la filosofía política liberal ha venido coincidiendo acerca de la relación entre acción del Estado y autonomía personal.

3. 1. El juicio sobre el valor de las opciones

Como se ha expuesto más arriba, los perfeccionistas vinculan estrictamente el valor de la elección autónoma al valor moral de la opción elegida. La autonomía personal moralmente valiosa requerirá no sólo la pluralidad de opciones moralmente valiosas[63] entre las que elegir, sino también que la opción elegida tenga esa cualidad. Pero esta restricción, además de insuficientemente fundada, es objetable porque supone un vaciamiento excesivo de los propios contenidos de la autonomía valiosa, y porque es «descriptivamente» inadecuada para dar cuenta de experiencias morales relevantes y significativas en nuestras vidas.

El argumento específico que Raz utiliza para contestar negativamente a la pregunta por el valor de la mala elección autónoma apunta al peor juicio moral que dictamos sobre el malhechor que actúa autónomamente: la mala acción se agrava si se actúa autónomamente, luego en la elección autónoma disvaliosa no podemos encontrar el valor independiente del ejercicio de la autonomía, «la autonomía sólo contribuye al bien de alguien si le conduce a seguir actividades y proyectos valiosos» (Raz, 1986: 380, 2001: 120). Pero me parece que de aquél juicio no se puede extraer esta consecuencia. Es cierto, sin duda, que juzgamos más severamente la mala vida de quien la ha elegido, y que en este sentido la autonomía agrava la condena del malhe-

[63] Raz parte de la observación acertada de que la autonomía requiere una diversidad de opciones valiosas ya que no consideraríamos autónomo al individuo entre cuyas opciones sólo una es moralmente aceptable, y que elige, por tanto, por lo que denomina «supervivencia moral» (Raz, 1986: 379-380). Pero desde aquí se sigue que para hablar de elección autónoma el sujeto debe disponer de una pluralidad de opciones valiosas *desde su punto de vista.* Raz olvida, en cambio, el sentido de esa premisa de su argumento al formularlo en términos del requerimiento de varias opciones *realmente* valiosas y al utilizarlo, además, para restringir el valor de la elección autónoma al de la opción elegida en ella.

chor. Pero esto es así porque en este caso no sólo juzgamos el disvalor del contenido de la acción o forma de vida, sino que juzgamos también al sujeto como autor de la misma, le responsabilizamos o reprochamos moralmente su elecciones, lo que no hacemos con quien no ha podido elegir sino que ha llevado «una vida inmoral o innoble o disvaliosa» por coacción, incapacidad personal o falta de opciones. El juicio del que hablamos es un reproche moral al propio sujeto, y sólo cabe si éste es responsable de su vida (en tanto autónomo o «autor», en alguna medida, de la misma). Pero formulamos otro tipo de juicio cuando comparamos la vida de dos individuos en los siguientes términos: «Emilia se equivocó con frecuencia y lamentablemente, ha vivido infeliz y ha disipado gran parte de su existencia, pero fue ella quien guió su vida, buscó su camino y tomó sus propias decisiones. Dolores no ha tenido opciones, ha vivido sometida por la necesidad y el miedo, no ha podido elegir, por falta de cualidades personales y de horizontes vitales». Si, lo que no es insensato ni extravagante, juzgamos preferible, o más rica y humana, la vida de Emilia, estamos apreciando el componente de autonomía que en ella existió como algo valioso, lo que es compatible con el juicio de reproche por sus errores que podríamos también dirigirle. Al calificar como moralmente preferible la vida de Emilia estamos diciendo que, en un sentido, es preferible la mala vida de quien la eligió que la de aquella otra persona que se vio sometida o forzada a seguirla. Explicar esta disparidad de juicio sólo puede hacerse distinguiendo su contenido: de un lado el juicio moral al responsable (en tanto autónomo) de la vida disvaliosa que ha llevado, juicio que no se pronuncia sobre quien no ha elegido autónomamente; de otro lado, el juicio sobre el valor, deseabilidad o calidad moral de lo que una vida es o ha sido, en el que atendemos tanto a los contenidos de esa vida como al grado de autonomía del sujeto en la determinación de esos contenidos. Me parece que, al menos *ceteris paribus,* consideramos preferible una vida autónoma (en la que, por cierto, sean posibles los juicios morales condenatorios por las malas elecciones).

La tesis según la cual la elección autónoma recibe todo su valor del de la opción elegida, y de que, por tanto, no existe valor moral alguno en la elección de opciones disvaliosas, impide, por otra parte, dar cuenta de ciertas experiencias morales que nos son familiares. Se trata de las situaciones en que somos testigos de una inminente o previsible mala elección por parte de alguien próximo a nosotros, en la que la opción elegida degradará en algún sentido el valor de su vida o tendrá en ella consecuencias disvaliosas de cierto alcance. Vivimos en tales situaciones un conflicto moral en el que las razones para interferir de algún modo (por medios que van más allá de la advertencia o el consejo) que impida el resultado disvalioso de la elección, se enfrentan a las que tenemos para respetar esa elección de una per-

sona adulta sobre su propia vida. No se trata aquí de valorar lo que debe hacerse en tal caso, o la fuerza respectiva de unas y otras razones, sino de describir la situación en términos de conflicto moral. Es esta calificación la que las tesis de Raz impedirían al negar el valor de la elección errónea y, por tanto, la existencia de razón alguna para respetarla. Me parece que tal incapacidad de principio para dar cuenta de una forma relevante de experiencia moral contiene otro argumento serio contra aquellas tesis.

Un tercer tipo de razón contra la delimitación perfeccionista de la autonomía valiosa se refiere al hecho de que excluye lo que los defensores del valor de la autonomía individual primordial han considerado un componente primordial del mismo: me refiero al juicio *moral* del propio individuo como fundamento decisivo de su elección, esto es, al hecho de que el individuo decide sus cursos de conducta en base a su propio juicio sobre el valor o disvalor moral de las opciones que tiene ante sí, y hace de ese juicio un determinante primordial de su acción. Alguien conduce su vida autónomamente en la medida en que actúa, adopta fines o se embarca en proyectos o formas de vida, guiándose por criterios que él mismo valora como moralmente correctos. Pero este factor central de la autonomía personal es ignorado o desestimado en la construcción perfeccionista. Como se recordará, a partir de la premisa de que la vida autónoma valiosa requiere únicamente una pluralidad de opciones moralmente buenas, Raz concluye que el Estado respeta o promueve la vida autónoma cuando preserva o pone a disposición de los ciudadanos un conjunto adecuado de buenas opciones, y lo es asimismo cuando elimina las opciones moralmente malas, u obstaculiza o desalienta su seguimiento[64].

[64] Debe observarse que, una vez situados en este planteamiento, tampoco parece aceptable la posibilidad contraria a la tratada. Es difícilmente sostenible, en efecto, que la autoridad política deba preservar o promover opciones que, a su juicio, sean moralmente despreciables o disvaliosas. Pero entonces debe rechazarse tanto que el Estado delimite un conjunto de opciones moralmente satisfactorias entre las que los ciudadanos puedan elegir autónomamente, como que facilite y preserve opciones que juzga moralmente indeseables. Y no parece sensato pedir que la autoridad cierre los ojos o prescinda de juicios de valor al determinar el ámbito de opciones que proporciona a los ciudadanos. Ahora bien, la constatación de que cualquiera de las posibilidades de cumplir tal deber del Estado es seriamente insatisfactoria, nos conduce a poner en cuestión la premisa que lo formula. En una lectura más cuidadosa, me parece, en efecto, que la formulación de un deber del Estado de proveer a los ciudadanos un marco adecuado de opciones para que éstos puedan ejercitar satisfactoriamente su capacidad de autonomía, debe ser articulada y justificada en mucha mayor medida si ha de resultar medianamente plausible. A efectos puramente explicativos, apuntaré rápidamente que la propuesta de Raz se explica desde razones que van más allá del deber perfeccionista del Estado para con la autonomía significativa de sus ciudadanos. En ella intervienen, además, tanto la idea comunitarista de la necesidad para una vida autónoma de formas de vida y cultura compartidas («formas sociales«), como la convicción de que la interacción social (el «mercado social de las ideas y de las

La propuesta perfeccionista parece implicar, por tanto, la delimitación de dos ámbitos diferentes de competencia para el juicio y la acción respectivos del Estado y de los ciudadanos. El primero contendría el conjunto de todas las opciones posibles –de actividades, relaciones, formas de vida, etc.– y en él se da competencia al Estado para discriminar entre las que son buenas y las que son malas, y eliminar u obstaculizar la realización de éstas. A partir de aquí resultaría un conjunto más limitado, el de las opciones moralmente valiosas o aceptables, en el que cada persona sería competente para elegir autónomamente. En la lógica de lo expuesto, la elección individual no dependería ya de un juicio sobre la calidad moral de las opciones disponibles sino de otro tipo de razones, referidas a los propios talentos y capacidades, biografía, vinculaciones previas, preferencias, etc. Pero parece claro que este tipo de escenario, además de claramente implausible, es extremadamente insatisfactorio desde un punto de vista moral.

En cuanto a lo primero, no hace falta insistir en que estamos lejos de cualquier cosa que pueda resultarnos reconocible desde la perspectiva de nuestra experiencia en las sociedades que conocemos. El factor decisivo para esta inverosimilitud parece venir dado por la presunción «objetivista» sobre la corrección de los juicios morales desde los que la autoridad política actúa y que, en este punto, oscurece o deja de lado la discrepancia y el conflicto entre esos juicios morales y los de los propios ciudadanos sometidos a la autoridad. Pero esto queda lejos de nuestras experiencias vitales o de observadores. Sucede más bien, y con frecuencia, que buscamos realizar alguna de las opciones descartadas y obstaculizadas por el Estado como disvaliosas y, asimismo, que elegimos desde criterios morales –desde el juicio sobre su bondad o maldad *moral*– entre aquéllas que la autoridad pone a disposición de los ciudadanos. Ahora bien, una vez planteada la cuestión en éstos términos más plausibles, la cuestión relevante es la que se formula en términos de pluralismo como *desacuerdo moral* entre individuos (o entre grupos de individuos), en la que no se trata de la confrontación entre objetivismo y subjetivismo éticos (que se enfrentan en torno a la posibilidad de conocimiento moral, o de validez intersubjetiva) y de la que tampoco da cuenta la idea de pluralismo moral como diversidad de opciones moralmente valiosas. De lo que se trata aquí es del pluralismo moral como diversidad y desacuerdo de juicios y convicciones morales entre los ciudadanos de una misma sociedad política.

---

formas de vida») es insuficiente para preservar formas sociales valiosas. Pero la valoración de estas consideraciones excede del marco de este trabajo. Sobre la última de las cuestiones citadas, pueden verse Kymlicka (1989: 894 y ss.) y Neal (1994: 45-47).

Raz se ha ocupado del desacuerdo moral y lo ha distinguido del argumento escéptico como justificación de la tolerancia. El desacuerdo *razonable*[65] de alguien con las creencias en cuya corrección descansa la acción política o legislativa no debe hacer desistir de esa acción política, aunque sí puede constituir una base limitada para la tolerancia: la creencia razonable en la corrección de ciertas acciones puede aceptarse como excusa frente a la exigencia de responsabilidad penal por esas acciones. Pero, según Raz, la propia existencia de la prohibición legal debe afectar a la calificación de la creencia como razonable, en el sentido de elevar el listón de esa exigencia: «no deberán castigarse penalmente acciones realizadas desde la creencia de que son correctas, si esta creencia sigue siendo razonable aún a la vista de que están penadas por la ley» (2001: 105). Me resulta imposible, sin embargo, entender el argumento de Raz ¿cómo conjugar el rechazo a la penalización de la conducta y la exigencia de considerar que está prohibida por la ley para examinar su razonabilidad?[66]

Aparte de sus reticencias, ya examinadas, hacia la coerción penal como instrumento del Estado perfeccionista, Raz no suministra, siquiera para su limitada propuesta de tolerancia, argumentos que eviten las conclusiones intolerantes que se siguen de sus premisas perfeccionistas: es misión del Estado hacer posible que los individuos vivan vidas que sean realmente buenas, y no las que ellos crean que lo son, la elección por uno mismo o la adhesión del propio sujeto no constituyen condiciones necesarias del valor de la vida. El desacuerdo, aún «razonable», del propio individuo no debe constituir, por consiguiente, una razón decisiva para que el Estado abdique de su deber de disuadir a los ciudadanos de que vivan formas de vida moralmente insatisfactorias.

La competencia que la posición perfeccionista adjudica al Estado para juzgar sobre la aceptabilidad moral de las opciones y para seleccionar desde este juicio las que han ponerse a disposición de la elección de los ciudadanos, tiene consecuencias decisivas para la autonomía personal. Pues la re-

---

[65] En términos parecidos a los expuestos por Nagel o Rawls se habla de «desacuerdo razonable» para referirse al que se produce entre distintos individuos debido a la divergencia en la evidencia de que éstos disponen, o por la dificultad en la evaluación de esa evidencia desde las capacidades humanas normales (Raz, 2001: 104-105).

[66] El mero hecho de que alguien sostenga creencias discrepantes (independientemente de su razonabilidad) es también, para Raz, una consideración para la tolerancia, si se trata de convicciones acerca de aspectos de la propia vida que no afectan indebidamente a otros, como «la perspectiva distorsionada de alguien sobre el significado del sexo en la vida». Aunque niega que deba obligarse a alguien a actuar contra sus convicciones en materias como ésta, Raz defiende sin embargo la acción perfeccionista tendente a modificar esas creencias y actitudes y rechaza que su existencia sea razón para permitir «su desarrollo, conservación o propagación» (2001: 106).

levancia práctica del juicio moral del ciudadano es sustituida por la del juicio del Estado, cuya competencia sustituye a la de aquél. La autoridad política sustrae al individuo el juicio moral sobre el valor de las opciones, y lo sustituye por el suyo propio. A cada ciudadano le resta así el ámbito de autonomía personal que consiste en elegir entre opciones moralmente aceptables. Pero sustraer del ámbito de la autonomía personal el juicio moral sobre el valor o disvalor de fines y formas de vida significa expulsar de la idea de autonomía personal uno de sus aspectos más importantes y valiosos: el que se refiere a la *autonomía moral* del individuo como capacidad para guiarse o determinar sus decisiones desde su propio juicio sobre el valor o disvalor *moral* de acciones, fines o formas de vida. No creo que sea necesario insistir en el carácter primordial que, desde los orígenes de la idea de tolerancia en el marco de las guerras de religión, tiene este componente específicamente moral del valor de la autonomía personal. Aunque la idea de autonomía personal que venimos manejando no coincide con el concepto kantiano de autonomía moral como autolegislación por la razón práctica o voluntad racional de la ley moral, entre uno y otro existen puntos de contacto que no deben ignorarse y que atañen precisamente al aspecto moral de la autonomía personal. Se trata del ideal o exigencia moral de que el individuo adopte sus máximas de conducta por razones derivadas de su propio juicio moral sobre el valor o mérito intrínseco de fines, acciones o formas de vida. Es este aspecto especialmente valioso de la idea compleja de autonomía personal el que la perspectiva perfeccionista ignora o excluye.

3.2. El juicio sobre el valor de la autonomía en el conjunto de una vida

Las dificultades que el perfeccionismo plantea desde el punto de vista del valor de la autonomía personal subsisten aun prescindiendo de la tesis de la dependencia de ese valor respecto del de las opciones elegidas, pues se producen ya inexorablemente a partir de la idea de que dicho valor es sólo uno de los ingredientes de una vida valiosa, que puede ser compensado por otros en la estimación de conjunto que la autoridad política debe llevar a cabo. Pues si pensamos, en primer lugar, que el Estado debe procurar que los individuos tengan vidas moralmente valiosas y si, en segundo lugar, sostenemos que la autonomía es simplemente un componente junto a otros del conjunto de una vida buena, que puede ser vencido por éstos en el cómputo global del bien de aquélla, entonces deberemos concluir que la autoridad política debe calcular en cada caso el disvalor de las malas elecciones para saber cuándo debe interferir en el ejercicio de la autonomía personal de los ciudadanos. O, más brevemente, desde las premisas perfeccionistas la justificación del respeto a la autonomía individual dependerá, en cada caso, del

resultado de ponderar el peso relativo de ese valor con el disvalor de las opciones que, según ciertas previsiones fiables, vayan a ser elegidas.

El principal problema de esta conclusión no es la imposibilidad material de su realización, que podría superarse mediante ciertos expedientes prácticos, como eliminar ciertas opciones que consideramos especialmente disvaliosas, o interferir en las elecciones de ciertos tipos de individuos que nos parecen proclives a graves errores, etc. Lo que debe llevarnos a rechazar, como cuestión de principio, la tesis perfeccionista es que, de nuevo aquí, se traslada al Estado el juicio acerca de cuándo una vida autónoma es disvaliosa y cuándo, por consiguiente, estaría justificado que el Estado interfiriese en el ejercicio de la autonomía por el sujeto de esa vida. Desde la concepción perfeccionista del deber del Estado hacia el bien de las vidas de las personas se confiere competencia a la autoridad política para juzgar el valor relativo de los diversos componentes de la vida de un individuo (entre ellos, destacadamente, el de la autonomía) y realizar el balance de esos valores para determinar en consecuencia cuáles de ellos deben ser respetados o realizados y a cuáles de ellos, por el contrario, debe renunciar el sujeto de esa vida. Ahora bien, tal conclusión, que puede ser defendida o criticada desde diversas razones, como de hecho lo ha sido frecuentemente en la historia de la filosofía jurídico-política, no parece compatible con el ideal de la autonomía personal que el perfeccionismo liberal dice tomar en serio.

Creo que puede afirmarse que para evitar la conclusión que pone en manos de la autoridad política el juicio acerca de en qué medida la autonomía de un individuo contribuye al bien de su vida –y debe consiguientemente ser respetada o facilitada por la acción del Estado– el perfeccionista tiene ante sí dos posibilidades: o bien modificar su posición sobre el valor de la autonomía, dándole un estatus especial, distinto al de uno más de los ingredientes del bien de la vida, o bien reformular o cualificar su premisa básica que propone como deber del Estado el de procurar que los ciudadanos vivan vidas moralmente buenas. Pero cualquiera de estas dos posibilidades, que son las que los filósofos liberales proponen y discuten desde hace decenios, supone renunciar a la alternativa perfeccionista que Raz, Sher, o Wall, entre otros, han buscado construir en el marco del liberalismo político.

Bibliografía

ÁLVAREZ, Silvina (2002a): «La autonomía personal», en E. Díaz y J. L. Colomer (eds.), *Estado, justicia, derechos,* Madrid, Alianza Ed., pp.153-175

– (2002)(b): *La racionalidad de la moral. Un análisis crítico del comunitarismo.* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BARRY, Brian (1997): *La justicia como imparcialidad*, trad. de J. P. Tosau Abadía, Barcelona, Paidós.

CHAN, Joseph (2000): «Legitimacy, Unanimity and Perfectionism», *Philosophy and Public Affairs,* 29, 1.

DEVLIN, Lord Patrick (1965): *The Enforcement of Morals,* Oxford University Press.

DWORKIN, Ronald (1983): «In Defense of Equality», *Social Philosophy and Policy,* 1, 1983, pp. 24-40.

– (1985): *A Matter of Principle,* Cambridge, Mass. Harvard University Press.

– (1989) «Liberal Community «*California Law Review,* 77, 3, 479-504.

– (1993): *Ética privada e igualitarismo político*, trad. de F. Vallespín, Barcelona, Paidós-ICE. U.A.B.

FEINBERG, Joel (1984): *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. I. Harm to Others.* Oxford University Press.

FINNIS, John: «Legal Enforcement of *Duties to Oneself:* Kant v. Neo-Kantians». *Columbia Law Review,* 87, 3, 1987, 433-455.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1988): «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», *Doxa* 5, pp. 155-173.

GRIFFIN, James (1996): *Value Judgement,* Oxford, Clarendon.

HAKSAR, Vinit (1979): *Equality, Liberty and Perfectionism,* Oxford,

Clarendon.

HUMBOLDT, Wilhelm von ([1792]1988): *Los límites de la acción del Estado,* trad. de Joaquín Abellán, Madrid, Tecnos.

HURKA, Thomas (1993): *Perfectionism,* New York, Oxford University Press.

KYMLICKA; W. (1989a): *Liberalism, Community and culture.* Oxford, Clarendon

– (1989b): «Liberal Individualism and Liberal Neutrality». *Ethics,* 99, pp. 883-905.

– (1995): *Filosofía política contemporánea.* Trad. de Roberto Gargarella, Barcelona, Ariel.

MULHALL, Stephen y SWIFT, Adam (1996): *El individuo frente a la comunidad. El debate entre liberales y comunitaristas,* trad. de Enrique López Castellón, Madrid, Ed. Temas de Hoy.

NAGEL, Thomas (1990): «Conflicto moral y legitimidad política», trad. de J. L. Colomer, en J. Betegón y J. R. de Páramo (eds.), *Derecho y Moral. Ensayos Analíticos.* Barcelona, Ariel, pp. 87-105.

– (1991): *Equality and Partiality.* Oxford University Press.

NEAL, Patrick (1994): «Perfectionism with a Liberal Face? Nervous Liberals and Raz's Political Theory». *Social Theory and Practice,* 20, 1, pp. 25-58.

NINO, Carlos Santiago (1989): *Ética y derechos humanos,* Barcelona, Ariel.

PÁRAMO, Juan Ramón de (1993): *Tolerancia y liberalismo,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

RAWLS, John (1971): *A Theory of Justice.* Londres, Oxford, Nueva York, Oxford University Press (existe trad. castellana de Dolores González Soler, México, F.C.E., 1978).

– (1986): «El constructivismo kantiano en la teoría moral», en *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, edición, traducción y presentación de Miguel Ángel Rodilla, Madrid, Tecnos.

– (1996): *El liberalismo político,* trad. de A. Domènech, Barcelona, Crítica.

RAZ, Joseph (1986): *The Morality of Freedom.* Oxford, Clarendon Press.

– (2001): *Ethics in the Public Domain,* Oxford, Clarendon.

SADURSKY, Wojciech (1990a): «Joseph Raz on Liberal Neutrality and the Harm Principle». *Oxford Journal of Legal Studies,* 10, 1, pp. 122-133.

– (1990b): *Moral Pluralism and Legal Neutrality,* Dordrecht y Londres, Kluwer.

SCANLON, Thomas (1998): *What We Owe to Each Other,* Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

SHER, George(1997): *Beyond Neutrality. Perfectionism and Politics.* Cambridge University Press.

WALDRON, Jeremy (1989): «Autonomy and Perfectionism in Raz's *Morality of Freedom». Southern California Law Review,* 62, 3-4, 1989, pp. 1097-1151.

– (1993): «Legislation and Moral Neutrality», en Waldron: *Liberal Rights. Collected Papers (1981-1991).* Cambridge Univ. Press, pp. 143-167.

WALL, Stephen (1998): *Liberalism, Perfectionism and Restraint,* Cambridge University Press.

EL PROBLEMA DE LA ESTABILIDAD

Hugo Seleme
Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

Introducción

Es sobradamente conocido que los cambios más importantes introducidos por Rawls a su «Teoría de la Justicia»[1], con la publicación de «Liberalismo Político»[2], tienen su origen en la manera novedosa en que explica allí la estabilidad de una concepción política de la justicia[3].

Rawls mismo ha dejado en claro desde las primeras páginas de esta obra que la mayoría de las alteraciones realizadas a la versión original de su teoría se deben a que la explicación de la estabilidad que se brindaba en «Teoría de la Justicia» era inadecuada. Así señala que las diferencias entre una obra y otra surgen:

> «...del intento de resolver un serio problema inherente a la justicia como imparcialidad; a saber, el que surge del hecho de que la explicación de la estabilidad en la Tercera Parte de la Teoría de la Justicia no es congruente con el panorama global. Pienso que todas las diferencias en este aspecto son consecuencia del intento de disipar tal incongruencia...»[4]

En lo que sigue me propongo analizar algunas de las objeciones que han sido formuladas en contra de las ideas expresadas por Rawls en su nueva ex-

---

[1] Rawls, John; *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, 1ª reimpresión, 1997.

[2] Rawls, John; *Liberalismo Político*, Fondo de Cultura Económica, 2ª reimpresión, 1996.

[3] La estabilidad de una concepción política es distinta a la estabilidad de un régimen político. Un régimen democrático es estable si es apoyado voluntariamente por la mayoría de sus ciudadanos políticamente activos. Una concepción política de justicia es estable si aquellos que crecen en una sociedad bien ordenada de acuerdo a sus principios desarrollan un suficientemente fuerte sentido de justicia, de manera que actúen normalmente según sus requerimientos, siempre y cuando sus conciudadanos hagan lo mismo. Cfr. Rawls, John; «The Domain of the Political and Overlapping Consensus», en «Collected Papers» ed. Samuel Freeman, Harvard University Press: (473-496) pág. 479.

[4] «Liberalismo Político» Op. cit.pág. 11.

posición de la justicia como imparcialidad. Estas objeciones han sido sostenidas por Brian Barry en su artículo «*John Rawls and the Search for Stability*»[5] publicado en *Ethics* dos años después de la aparición de «Liberalismo Político».

En él, Barry dirige dos tipos de argumentos en contra de Rawls. Unos apuntan a mostrar que «Liberalismo Político» le atribuye a «Teoría de la Justicia» errores que esta no contiene. Otros tienen por objeto establecer que «Liberalismo Político» en sí mismo contiene errores.

El objetivo de este trabajo es discutir algunos de ambos tipos de argumento.

Así en la primera parte del trabajo expondré dos de los argumentos que Barry dirige en contra de Rawls para fundar su afirmación de que «Liberalismo Político» le atribuye a «Teoría de la Justicia» errores que esta no contiene. Intentaré mostrar que los errores que Rawls señala a la versión original de su teoría son reales y que los argumentos utilizados para mostrar lo contrario son inválidos.

En la segunda parte del trabajo me ocuparé de las críticas que Barry dirige en contra de «Liberalismo Político» en sí mismo, especialmente la que sostiene que, a fin de explicar la estabilidad, la apelación al recurso del «consenso superpuesto» de doctrinas razonables es innecesaria.

Reconstruiré de manera abreviada la principal línea argumental que lo lleva a Barry a sostener esta conclusión para luego ocuparme de analizarla. En especial intentaré mostrar por qué, en función de los supuestos básicos de la teoría de Rawls, el argumento no es correcto.

- 1 -

1.1- Barry acuerda con Rawls que los cambios introducidos en «Liberalismo Político» a la concepción de la justicia como imparcialidad están relacionados con el problema de la estabilidad. Sin embargo piensa que los problemas que Rawls ve en «Teoría de la Justicia» no son tales.

Así, no está de acuerdo con Rawls en relación a que:

a) La concepción expuesta en «Teoría de la Justicia» constituya una «doctrina filosófica comprehensiva» o forme parte de una doctrina de este tipo.

b) La concepción de una «sociedad bien ordenada», tal como se la expone allí, implique la aceptación por parte de todos los ciudadanos de una «doctrina filosófica comprehensiva».[6]

---

[5] Barry, Brian; «John Rawls and the Search for Stability», *Ethics* 105 (Julio 1995): 874-915.

[6] Señala Rawls haciendo referencia a los dos problemas señalados «...el serio problema al que me he referido es el de la idea poco realista de una sociedad bien ordenada, tal como aparece en mi *Teoría de la Justicia.* Una característica esencial de una sociedad bien ordenada, aquella que podamos relacionar con la justicia como imparcialidad, es que todos sus ciudada-

1.2- Antes de exponer el argumento de Barry para sustentar su pretensión de que «Teoría de la Justicia» no constituye una «doctrina filosófica comprehensiva», es necesario aclarar qué es lo que Rawls critica a la exposición de su doctrina efectuada en aquella obra.

Pienso que uno de los elementos que Rawls encuentra objetables en «Teoría de la Justicia» es que la exposición de la justicia como imparcialidad es ambigua[7]. Estando ausente la distinción entre una «doctrina comprehensiva» y una «concepción política», la justicia como imparcialidad puede ser interpretada de las dos maneras, esto es, como parte de una «doctrina comprehensiva» o como una «concepción política».

El problema, sin embargo, no es sólo de ambigüedad. Así señala Rawls en «*The Domain of The Political and Overlapping Consensus*»[8] que existen pasajes de «Teoría de la Justicia» que pueden hacer que un lector razonable concluya que la justicia como imparcialidad es parte de una visión comprehensiva.

Estos pasajes son:

a) La afirmación de Rawls en el sentido de que si la justicia como imparcialidad tenía éxito el paso siguiente sería estudiar la concepción más general sugerida por el nombre «la rectitud como imparcialidad».[9]

b) La discusión de la sociedad bien ordenada según la justicia como imparcialidad, en la cual se suponía que sus miembros aceptaban la misma concepción de justicia en tanto aceptaban la misma doctrina comprehensiva de la cual aquella concepción era parte, o a partir de la cual podía ser derivada[10].

---

nos respaldan este concepto basándose en lo que ahora llamamos una doctrina comprehensiva filosófica. Todos los ciudadanos aceptan, como enraizados en esta doctrina, sus dos principios de justicia...Aunque no se analiza en mi Teoría de la Justicia la distinción entre una concepción política de la justicia y una doctrina comprehensiva filosófica, una vez que se ha planteado esta cuestión queda claro, a mi parecer, que el texto considera tanto a la justicia como imparcialidad y al utilitarismo como doctrinas comprehensivas, o parcialmente comprehensivas». *Liberalismo Político* Op. cit., pág. 11.

[7] Uno de los objetivos de *Liberalismo Político* es subsanar esta ambigüedad. «...Desaparece ahora la *ambigüedad* propia de mi Teoría de la justicia, y desde el comienzo la justicia como imparcialidad se presenta como una concepción política de la justicia» (el subrayado me pertenece), Ibid. pág. 12.

[8] «The Domain of the Political and Overlapping Consensus», Op. cit. Los mismos errores atribuibles a *Teoría de la Justicia* han sido señalados por Rawls en la última exposición que ha hecho de su concepción política de la justicia. Rawls, John; «Justice as Fairness: A Restatement», ed.Erin Kelly, Harvard University Press, 2001, pág. 186-187.

[9] Cfr. Ibid. pág. 488-489, y *Teoría de la Justicia,* Op.cit, pág. 29.

[10] Cfr. Ibid pág. 489, y *Teoría de la Justicia*, Op. cit., Parte III pág. 359 y ss.

El primer problema que Rawls ve en su «Teoría de la Justicia» no es, entonces, que la justicia como imparcialidad, dejando de lado su explicación de la estabilidad, sea una doctrina comprehensiva, sino que es presentada allí como parte de una doctrina que sí lo es, a saber, «la rectitud como imparcialidad».

Rawls piensa que es el carácter general de la «rectitud como imparcialidad» lo que hace de ella una doctrina comprehensiva. Así, señala en «Teoría de la justicia»:

> «...si la justicia como imparcialidad tiene un éxito razonable, el siguiente paso sería estudiar la concepción más *general* sugerida por el nombre "la rectitud como imparcialidad". Pero incluso esta teoría más amplia no abarcaría todas las relaciones morales, ya que *parecerá incluir sólo nuestras relaciones con otras personas*, dejando sin explicar cómo habremos de conducirnos respecto a los animales y al resto de la naturaleza» (el subrayado me pertenece)[11].

y refiriéndose a este pasaje agrega en «The Domain of the Political and Overlapping Consensus»:

> «...El lector puede razonablemente concluir, entonces, que la justicia como imparcialidad es presentada como parte de una *visión comprehensiva* que puede ser desarrollada más tarde...» (el subrayado me pertenece)[12].

Es necesario entonces analizar qué relación existe entre el carácter general y la comprehensividad de una concepción, de manera que si una concepción tiene el primero entonces también tiene el segundo.

Una doctrina es general:

> «...cuando se aplica a un amplio espectro de materias (en el límite extremo, a todos los temas)...»[13].

Una doctrina no es general, por el contrario, cuando ha sido elaborada, y se aplica sólo a una materia específica.

Una doctrina es comprehensiva:

> «..cuando incluye concepciones de lo que se considera valioso para la vida humana, así como ideas de virtudes y carácter personales, que conformarán gran parte de nuestra conducta no política (en el límite extremo, toda nuestra vida)»[14].

A su vez una doctrina comprehensiva puede ser plenamente comprehensiva:

> «...cuando abarca todos los valores y virtudes reconocidas dentro de un esquema de pensamiento más o menos bien articulado...»[15].

---

[11] Rawls, John; *Teoría de la Justicia* Op. cit., pág. 29.

[12] Rawls, John; «The Domain of the Political and Overlapping Consensus», Op. cit., pág. 489.

[13] Rawls, John; *Liberalismo Político*, Op. cit., pág. 172.

[14] Ibid.

[15] Ibid.

o parcialmente comprehensiva:

> «...cuando abarca ciertos valores no políticos (mas no todos) y sólo algunas virtudes, y está articulada de manera laxa...»[16].

Por otro lado, una doctrina no es comprehensiva cuando es política, esto es, cuando se aplica sólo a una materia específica: las instituciones sociales, económicas y políticas básicas, y abarca ciertos valores, e ideas de virtud y carácter personal, que sólo son aplicables a las conductas políticas[17].

Una concepción política, a su vez, puede ser también completa o parcial según que se aplique a todas las instituciones sociales, económicas y políticas básicas, o sólo a alguna de ellas.[18]

La «justicia como imparcialidad», tal como se la presenta en «Liberalismo Político», en tanto concepción aplicable sólo a la estructura básica de una sociedad doméstica, sería una parcial concepción política de justicia.

Esta concepción, junto con la concepción de justicia presente en «The Law of Peoples»[19], la cual tiene por objeto el derecho y las prácticas de la sociedad de pueblos organizados políticamente, forman una más completa concepción política de la justicia[20].

---

16 Ibid.

17 Una dificultad con la clasificación que propongo es que Rawls no diferencia las doctrinas comprehensivas de las concepciones políticas en general, sino de una concepción política de la justicia. El problema sería el siguiente, en primer lugar: ¿existen otras concepciones políticas que no se refieran a la justicia? y, en segundo lugar, si existen, ¿las características que diferencian según Rawls a una concepción política de la justicia de una visión comprehensiva son compartidas por todas las concepciones políticas estén o no referidas a la justicia? Dejando de lado el primer problema en el texto he supuesto que aun si existieran otras concepciones políticas aquello que las diferenciaría de una doctrina comprehensiva sería lo mismo que diferencia a estas de una concepción política de la justicia. Apoyando esta interpretación puede utilizarse el hecho de que Rawls en «The Domain of the Political and Overlapping Consensus» luego de presentar (en la sección IV) las características que diferencian a una concepción política de la justicia de una doctrina comprehensiva se refiere a estas (en la sección V) como las características de una concepción política, sin ninguna especificación. Señala en esta sección: «Las tres características de *una concepción política* dejan en claro que la justicia como imparcialidad no es filosofía moral aplicada...» (el subrayado me pertenece), Rawls, John; «The Domain of the Political and Overlapping Consensus», Op. cit., pág. 482. En el texto no me he pronunciado sobre la posibilidad de que existan otras concepciones políticas no referidas a la justicia, simplemente he sostenido que de existir tendrían las mismas caracterísitcas que estas.

18 El término «parcial» no es utilizado por Rawls, sino que simplemente habla de concepciones políticas «más completas» por lo que el rótulo más adecuado parecería ser el de «menos completas». Sin embargo utilizar la palabra «parcial» me ha parecido útil para mantener la analogía con la clasificación de las doctrinas comprehensivas.

19 Rawls, John; «The Law of Peoples», en Freeman, Samuel (ed); *Collected Papers,* pág. 529-564.

20 Al respecto señala Rawls en la última presentación de su concepción: «...Las dos partes de una *concepción política más completa* –la justicia de la sociedad doméstica así como (la justicia) de las relaciones entre sociedades– pueden ser ajustadas una a la otra en el proceso de

Ahora bien ¿de qué manera están interrelacionadas estas clasificaciones?

En primer lugar, no toda concepción específica, es decir no general, es política. Esto en tanto que puede haber sido elaborada para una materia específica distinta a las instituciones sociales, económicas y políticas básicas. Tal sería el caso de una doctrina que hubiera sido elaborada, y sólo fuera aplicable, a la conducta sexual. En este caso estaríamos frente a una doctrina no general y comprehensiva.

En segundo lugar, toda concepción política, en tanto elaborada para una materia específica, no puede ser general.

En último término, y lo que interesa a nuestros fines, toda concepción general no es política. Esto debido a que si se aplica a un amplio espectro de temas entonces excede el ámbito de lo político, entendido como las instituciones sociales, económicas y políticas básicas. Por otro lado, que su ámbito de aplicación exceda lo político exige que su contenido sea más amplio[21], esto es, que contenga valores, e ideas de virtud y carácter personal, no sólo referidos ya al ámbito de las instituciones básicas, es decir, a las conductas políticas, sino referidos a las conductas que exceden ese marco. De esto se sigue, entonces, que toda concepción general es comprehensiva.

Puesto que la «justicia como imparcialidad» era presentada en «Teoría de la Justicia» como parte de una visión más general, entonces, un lector razonable podía concluir que era parte de una visión comprehensiva tal como la «corrección como imparcialidad».

1.3- Pienso que Barry no comparte esta conclusión porque está en desacuerdo con la idea de Rawls de que toda doctrina general, esto es que no tenga por objeto las principales instituciones políticas, sociales y económicas, sea comprehensiva.

Una doctrina tal como la «corrección como imparcialidad» no sería política, sostiene Barry, debido a que su contenido no sería un diseño de las instituciones sociales básicas, sino reglas morales. Pero agrega, siendo esta doctrina una extensión de la «justicia como imparcialidad» sólo poseería reglas diseñadas para permitir a las personas, con diferentes concepciones del

---

elaborarlas» (el subrayado me pertenece). Rawls, John; «Justice as Fairness: A Restatement», Op. cit., pág. 14.

[21] Respecto a la interrelación entre generalidad, la más amplia gama de temas a los que se aplica una concepción, y comprehensividad señala Rawls: «...la distinción entre las concepciones políticas de la justicia y otras concepciones morales es un asunto de perspectiva: esto es, que se refiera a *la gama de temas a los que se aplica una concepción, y al más amplio contenido que exige* una gama de temas más amplia...» (el subrayado me pertenece). Rawls, John; *Liberalismo Político*,Op. cit. , pág. 172.

bien, vivir juntas, es decir poseería reglas que prescribirían límites a las acciones permisibles antes que reglas que establecieran fines sustantivos[22].

La idea de Barry es que la única diferencia que existiría entre la «justicia como imparcialidad» y una concepción más general tal como «la corrección como imparcialidad», sería que su contenido no serían las instituciones básicas, sino reglas morales. Estas reglas, al igual que aquellas instituciones, estarían diseñadas para permitir diferentes concepciones del bien en los ciudadanos. En consecuencia, si la «justicia como imparcialidad» no es una doctrina comprehensiva, tampoco lo es la «corrección como imparcialidad» [23].

Barry sostiene, entonces, que la «corrección como imparcialidad», por un lado, tendría el mismo objeto que la «justicia como imparcialidad»: organizar la convivencia política entre personas con distintas concepciones del bien; y por otro, tendría su mismo carácter deontológico. Su única diferencia es que contendría en lugar de instituciones, reglas morales.

Ahora bien, como estas reglas formarían parte de una concepción deontológica, antes que establecer fines sustantivos a los que considerar valiosos, tal como según Rawls haría una doctrina comprehensiva, prescribirían límites a las acciones permisibles.

1.4- Lo primero que me parece errado en la idea de Barry es su forma de presentar la «corrección como imparcialidad». El objeto de una doctrina moral que abarque *todas* nuestras relaciones con otras personas[24] no puede ser simplemente, como este sostiene, la convivencia política.

Una concepción como la «corrección como imparcialidad» consistiría, o por lo menos incluiría, una concepción general de justicia. Contendría por un lado una concepción de justicia doméstica tal como la «justicia como imparcialidad», por otro, una concepción de justicia internacional tal como la que Rawls presenta en «The Law of Peoples», y finalmente, contendría una concepción de justicia local que se aplique a la vida interna de las asociaciones e instituciones de la sociedad civil.

Pienso que es este último componente de una concepción general de justicia el que la hace una doctrina comprehensiva. Señala Rawls:

> «...debemos concentrarnos en la estructura básica como el tema primario de la justicia política y dejar de lado cuestiones de justicia local. No vemos a la justicia como imparcialidad como una doctrina moral comprehensiva sino como

---

[22] Cfr. «Rawls and the Search for Stability», supra nota 5, pág. 878.

[23] Señala Barry «...Una teoría rawlsiana de «corrección como imparcialidad» desarrollada como una extensión de la «justicia como imparcialidad» estaría interesada entonces con lo correcto más que con lo bueno. En término de Rawls, sería una concepción política...». Ibid. pág. 879.

[24] Cfr. Rawls, John; *Teoría de la Justicia*, Op. cit., pág. 29

una concepción política a aplicarse a aquella estructura de instituciones políticas y sociales» (el subrayado me pertenece)[25].

Contrario sensu, una concepción general de justicia que incluyera cuestiones de justicia local sería, según Rawls, una doctrina comprehensiva.

La razón de esto es clara. Toda concepción moral, incluida la «justicia como imparcialidad», contiene valores e ideales de virtud y carácter personal. Sin embargo esto no la vuelve una doctrina comprehensiva, porque el ámbito de aplicación de estos es únicamente la conducta política.

El incluir valores, ideales y virtudes no es lo que distingue a una doctrina deontológica de una teleológica, sino sólo, la manera de derivarlos y justificarlos, otorgando o no prioridad a lo correcto sobre lo bueno.

Así, la «justicia como imparcialidad», aun siendo una doctrina deontológica, contiene valores tales como, el de la igual libertad y los bienes primarios, ideales, como la concepción de persona y de sociedad bien ordenada, y virtudes, como el poseer un sentido de la justicia[26].

Ahora bien, si la concepción es vista como parte de una visión más general estos valores, ideales y virtudes dejan de aplicarse simplemente a las conductas políticas y pasan a aplicarse a las relaciones humanas en general, con lo cual la concepción más general se transforma en una visión comprehensiva.

Algunas de las objeciones que ha recibido la concepción rawlsiana de justicia han estado fundadas en esta interpretación general de su ámbito de aplicación. Así Sandel, por ejemplo, plantea una situación familiar donde los vínculos afectivos son reemplazados por demandas de imparcialidad y observancia de los derechos. Este es el único ambiente familiar, sostiene Sandel, en donde los principios de justicia podrían ser realizados. Más aún, continúa el argumento, bastaría que los principios de justicia se aplicaran a las relaciones familiares para que la situación se transformara en la antes descripta. Esto porque cuando alguien actúa guiado por un sentido de la justicia en circunstancias donde prevalecen los lazos benevolentes y afectivos, su actuar de esta manera contribuye a quebrantar estos vínculos, de la misma manera que demostraciones físicas de valentía en medio de un ámbito de tranquilidad pueden contribuir a viciarlo [27].

La «justicia como imparcialidad» implicaría un ideal de vida familiar y, en consecuencia, sería una visión comprehensiva. Esto en tanto este ideal o modelo se aplica a conductas que no son políticas [28].

---

[25] Rawls, John; «Justice as Fairness: A Restatement», Op. cit., pág. 12.

[26] Cfr. Rawls, John; *Teoría de la Justicia,* Op. cit., pág. 184, 395-396.

[27] Sandel, Michael, *Liberalism and the Limits of Justice,* Cambridge University Press, (1982), sec. ed. (1998), pág. 33-35.

[28] En igual sentido se pronuncia Sandel en *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy*, Harvard University Press, (1998), Cfr. pags. 108-119.

La réplica de Rawls a esta objeción es iluminadora, porque muestra la vinculación que existe entre el carácter general de una concepción de la justicia y su carácter comprehensivo. Señala, en relación a Sandel:

> «..Un error aquí es que él supone que los dos principios *se aplican en general* a todas las asociaciones, mientras que ellos se aplican sólo a la estructura básica...Alguna concepción de justicia es en verdad vista como apropiada para la familia, así como para otras asociaciones y casos de justicia local...» (el subrayado me pertenece)[29].

Es útil notar que Rawls no cuestiona el argumento de Sandel señalando que si los principios de justicia se aplican a la vida familiar esto implica adoptar una visión comprehensiva, sino que, por el contrario, su réplica es que los principios no se aplican a este ámbito, así como a ninguno que involucre la vida interna de las asociaciones. Esto es objeto de las concepciones de justicia local, no de las concepciones políticas de la justicia.

Aunque la réplica de Rawls muestra que la «justicia como imparcialidad» no es, en sí misma, una visión comprehensiva, deja claro que la manera en que se la presentaba en «Teoría de la Justicia» como parte de una concepción más general era defectuosa. Esto porque esta concepción más general, cuyo objeto eran todas las relaciones humanas, tendría que incluir una concepción general de justicia, la cual abarcaría concepciones de justicia local, las que, a su vez, contendrían valores e ideales de virtud y carácter personal que se aplicarían a la vida interna de las asociaciones y, por tanto, regularían las conductas no políticas de sus miembros. Es decir, esta concepción general, de la cual la «justicia como imparcialidad» se presentaba como una parte, sería una visión comprehensiva.

1.5- La segunda tesis de Barry tiende a controvertir la afirmación de Rawls con relación a que la idea de una sociedad bien ordenada, tal como se la expone en «Teoría de la Justicia», implica la aceptación por parte de todos los ciudadanos de una «doctrina filosófica comprehensiva».

Para defender la tesis que sostiene que Rawls está equivocado al hacer esta afirmación su estrategia es la siguiente: mostrar la idea de «sociedad bien ordenada» que está presente en «Liberalismo Político» y compararla con la que se encuentra en «Teoría de la Justicia» a fin de mostrar que son idénticas. La conclusión es que dado que la manera de concebir una «sociedad bien ordenada» tal y como se la presenta en «Liberalismo Político» no implica, según Rawls, la aceptación de ninguna «doctrina comprehensiva» por parte de los ciudadanos, entonces la concepción presentada en «Teoría de la Justicia» tampoco lo hace.

---

[29] Rawls, John; «Justice as Fairness: A Restatement», Op. cit., pág. 165, nota 48.

Lo único que debe ser probado para que el argumento tenga éxito es la identidad de las concepciones, porque la premisa restante, esto es, que la concepción de «sociedad bien ordenada» presente en «Liberalismo Político» no requiere la aceptación por parte de los ciudadanos de ninguna doctrina comprehensiva, es algo que el mismo Rawls afirma.

La prueba que Barry ofrece se sustenta, entonces, en la comparación de ambos textos, «Teoría de la Justicia» y «Liberalismo Político». Sostiene que si los criterios utilizados para determinar cuándo una sociedad está bien ordenada son los mismos en uno y otro texto, entonces la concepción utilizada es la misma, y la conclusión se sigue.

El paso siguiente tomado por Barry es mostrar que los criterios utilizados son efectivamente los mismos, a saber: a) Todos aceptan, y saben que los demás aceptan, los mismos principios. b) Su estructura básica es públicamente conocida, o con buenas razones creída, satisfacer estos principios. c) Sus ciudadanos tienen normalmente un efectivo sentido de la justicia y obedecen en general a sus instituciones sociales básicas, a las cuales reconocen como justas.[30]

De la identidad de los criterios Barry concluye:

> «...Dejando de lado los detalles verbales, estos son manifiestamente los mismos tres criterios. No existe sustento para el reclamo corriente de Rawls de que una sociedad bien ordenada como era concebida en Teoría de la Justicia requería que los ciudadanos apoyaran los principios de justicia sobre las bases de una doctrina filosófica comprehensiva...» (el subrayado me pertenece)[31].

Pienso que el argumento de Barry es incorrecto y la razón de esto es que se asienta en una confusión entre concepto y concepción[32].

En efecto, de que el concepto de «sociedad bien ordenada» sea el mismo tanto en «Teoría de la Justicia» como en «Liberalismo Político», Barry extrae la conclusión de que las concepciones presentes en ambas obras son idénticas, y de esta manera obtiene su conclusión [33].

---

[30] Para ver la presentación de estos tres requisitos de una sociedad bien ordenada Cfr. Rawls, John; *Teoría de la justicia*, Op. cit., pág. 410-418 y *Liberalismo Político*, Op. cit., pág. 56-60.

[31] Barry, Brian; «John Rawls and the Search for Stability», Op. cit., pág. 879.

[32] Rawls utiliza la distinción entre concepto y concepción en «Teoría de la Justicia» para distinguir entre el concepto de justicia y las diferentes concepciones en relación al mismo. Cfr supra. nota 1 pág. 19. Cfr. Dworkin, Ronald; *El Imperio de la Justicia,* Edit. Gedisa, 2ª Ed. 1992, pág. 74-83.

[33] En apoyo de la confusión en que sostengo incurre Barry puede señalarse su afirmación al comenzar el argumento sosteniendo: «Hemos visto que en "Teoría de la Justicia" Rawls hace uso de la idea de una "sociedad bien ordenada" para realizar su contraste entre lo correcto (sobre lo cual es requerido acuerdo) y lo bueno (sobre lo que no es requerido). Curiosamente, sin embargo, él invoca precisamente este *concepto* en "Liberalismo Político" en el curso de ex-

Ahora bien, por supuesto que Rawls no está disconforme con el «concepto» de «sociedad bien ordenada» utilizado en «Teoría de la Justicia», sino con la particular manera en que se lo entendía o interpretaba en esa obra.

Que los criterios para establecer cuándo una sociedad está «bien ordenada» sean idénticos en las dos obras lo único que muestra es que en ambos casos se está hablando de lo que es una «sociedad bien ordenada», y consiguientemente el concepto utilizado es el mismo. Pero de aquí no se sigue, como Barry pretende, que la manera de entender lo que la existencia de una «sociedad bien ordenada» requiere, esto es, su concepción, sea igual.

Para ejemplificar que el acuerdo en el «concepto» no implica acuerdo en la «concepción» basta con señalar el caso de las diferentes concepciones de justicia tratado por el mismo Rawls. Así, tanto el utilitarismo como la justicia como imparcialidad estarían de acuerdo en que las instituciones justas son aquellas que no realizan distinciones arbitrarias para la asignación de derechos y deberes. Esto, señala Rawls, sería parte del acuerdo sobre el concepto de justicia. Sin embargo, parecería extraño extraer de este acuerdo en relación al concepto, la conclusión de que tanto el utilitarismo como la justicia como imparcialidad entienden la arbitrariedad de la misma manera, y consecuentemente, tienen a este respecto la misma concepción de justicia.

Este paso indebido, desde el acuerdo respecto al concepto a la identidad de la concepción, es el realizado por Barry en relación a la idea de «sociedad bien ordenada».

Para explorar si las concepciones de «sociedad bien ordenada» presentes en «Teoría de la Justicia» y «Liberalismo Político» son las mismas no es suficiente constatar que los requisitos son literalmente los mismos, resta además constatar que son interpretados en ambas obras de la misma manera.

Lo dicho basta para mostrar que el argumento de Barry es inválido, ya que, del hecho de que el concepto de «sociedad bien ordenada» usado en «Teoría de la Justicia» y «Liberalismo Político» sea el mismo, no se sigue que sus concepciones sean idénticas, y esto es lo que hay que mostrar si el argumento ha de tener éxito.

Sin embargo, como es obvio, que el argumento para sostener la premisa que afirma la identidad de las concepciones sea inválido no basta para sostener que esta es falsa. Mostrar esto es el próximo paso.

1.6- Al presentar el problema en «Liberalismo Político» Rawls señala que la raíz de este se halla en la explicación defectuosa de la estabilidad que

---

plicar qué es lo que ahora piensa que está equivocado en "Teoría de la Justicia"...»; para concluir luego: «...No existe sustento para la pretensión corriente de Rawls de que una sociedad bien ordenada tal como era *concebida* en "Teoría de la Justicia" requería de los ciudadanos aceptar los principios de justicia en base a una doctrina filosófica comprehensiva». Barry, Brian; «John Rawls and the Search for Stability», Op. cit., pág. 879.

se encuentra en «Teoría de la Justicia». Señala Rawls refiriéndose a la causa de las modificaciones introducidas en «Liberalismo Político»:

> «...surgen del intento de resolver un serio problema inherente a la justicia como imparcialidad; a saber, el que surge del hecho de que la explicación de la estabilidad en la Tercera Parte de la Teoría de la justicia no es congruente con el panorama global...»[34]

y luego agrega con relación al párrafo precedente:

> «...el serio problema al que me he referido es el de la idea poco realista de una sociedad bien ordenada, tal como aparece en mi *Teoría de la Justicia*...»[35]

Pero ¿de qué manera están relacionadas la explicación de la estabilidad y la de una «sociedad bien ordenada»? ¿Qué clase de relación es esta que produce que si la explicación de la primera es defectuosa la explicación de la segunda también lo sea?

Si entiendo bien el pensamiento de Rawls, la explicación de la estabilidad es referida por el concepto de «sociedad bien ordenada» de manera que aunque sus requisitos permanezcan idénticos, si la concepción de la estabilidad cambia, lo mismo sucede con la concepción, esto es con la manera de interpretar el concepto, de «sociedad bien ordenada». Para decirlo de otra manera, la interpretación que se dé a los requisitos para que exista una «sociedad bien ordenada» depende de la concepción de la estabilidad que se tenga.

La idea sería la siguiente. Uno de los requisitos para que exista una «sociedad bien ordenada» es que los ciudadanos tengan un suficientemente fuerte sentido de la justicia, de tal manera que ellos normalmente actúen como la justicia requiere, siempre y cuando estén seguros de que otros actuarán de igual manera.[36] Este requisito remite a la motivación que deben tener los ciudadanos razonables para obedecer dentro de una «sociedad bien ordenada».

A su vez el que los ciudadanos que han crecido bajo instituciones regidas por una concepción política de la justicia tengan un fuerte y normalmente efectivo deseo de obedecer es condición suficiente, según Rawls, para que aquella concepción política sea estable. Es decir, entonces, que una «sociedad bien ordenada» no puede ser tal, a menos que la concepción política de la justicia que la rija sea estable. En consecuencia las condiciones suficientes para la estabilidad de una concepción política, y la manera de entenderlas y alcanzarlas, son condiciones necesarias de la «sociedad bien ordenada».

---

[34] Rawls, John; *Liberalismo Político*, Op. cit., pág. 11.

[35] Ibid.

[36] Cfr. Ibid. pag 56 y ss, y Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Op. cit., pág. 410-418.

Esto da cuenta de la afirmación de Rawls en el sentido de que si la manera en que se explica la estabilidad de la concepción política de la justicia, esto es la forma en que los ciudadanos que crecen en una sociedad ordenada por aquella concepción pueden adquirir un fuerte y normalmente efectivo deseo de actuar conforme a sus exigencias, es poco realista, entonces la idea de «sociedad bien ordenada» también lo es.

De igual modo, si la forma en que se explica la adquisición de esta motivación por parte de los ciudadanos varía, esto es si varía la concepción de estabilidad, entonces la concepción de «sociedad bien ordenada» también lo hace. Aunque el requisito permanece idéntico, la manera de interpretarlo y, por tanto, de satisfacerlo cambia.

Barry reconoce que lo que está mal en «Teoría de la Justicia» es la explicación que allí se da de la estabilidad al señalar:

> «...podríamos decir que, aunque la teoría de justicia en sí misma no depende de una «visión comprehensiva», la explicación de su estabilidad si lo hace.»[37]

Ahora bien, si lo sostenido antes es acertado, y si una condición necesaria para que la concepción política de la justicia como imparcialidad sea estable es que aquellos ciudadanos de una sociedad ordenada por ella acepten una visión comprehensiva, entonces esto último es también una condición necesaria para que exista una «sociedad bien ordenada» por la justicia como imparcialidad.

Dicho sintéticamente, si la aceptación de una doctrina comprehensiva por parte de los ciudadanos es una condición necesaria de la estabilidad de una concepción política, tal y como se la entendía en «Teoría de la Justicia», y si la estabilidad de la concepción política es una condición necesaria para que exista una «sociedad bien ordenada», entonces lo primero es una condición necesaria de lo último.

Como la manera de entender la estabilidad, según el mismo Barry reconoce, ha variado de «Teoría de la Justicia» a «Liberalismo Político», la concepción de «sociedad bien ordenada», debe reconocer, también lo ha hecho.

Si las concepciones no son idénticas el argumento de Barry sosteniendo que, dado que la idea de «sociedad bien ordenada» en «Liberalismo Político» no implica la aceptación de ninguna doctrina comprehensiva, la idea de «sociedad bien ordenada» presente en «Teoría de la Justicia» tampoco lo hace, es inválido.

Más aun, Barry no sólo debería reconocer ahora que el pasar de la identidad de concepto a la identidad de concepción es inválido, sino que ade-

---

[37] Barry, Brian; «John Rawls and the Search for Stability», Op. cit., pág. 887.

más, y debido al segundo argumento presentado, debería reconocer la falsedad de aquella premisa.

Es decir entonces que el argumento es incorrecto por dos motivos, en primer lugar porque realiza un paso indebido de la identidad de conceptos a la identidad de concepciones al momento de afirmar una de sus premisas. Esto, señalamos, no servía sin embargo para probar que las concepciones eran distintas; Barry podía sostener por medio de otros argumentos la misma conclusión. Aquí es donde entra en juego el segundo contra-argumento ofrecido, que tiene por objeto mostrar que la identidad de concepciones, si es que Barry va a ser consistente con sus afirmaciones con relación a la estabilidad, no puede ser sostenida.

Por el contrario Barry debe reconocer, si el contra-argumento es correcto, no sólo que es incorrecto afirmar la identidad de las concepciones en función de su argumento basado en la identidad del concepto, sino que la concepción de «sociedad bien ordenada», tal y como se la presentaba en «Teoría de la Justicia», implicaba la aceptación por parte de los ciudadanos de una doctrina comprehensiva, que era exactamente lo que se proponía negar.

- 2 -

2.1- La segunda de las críticas dirigidas por Barry a «Liberalismo Político» sostiene que, al igual que la explicación de la estabilidad que se daba en «Teoría de la Justicia», la ofrecida en esta obra, aunque por motivos distintos, es inadecuada.

Así, mientras que, según Rawls, en «Teoría de la Justicia» la explicación era defectuosa porque implicaba la aceptación por parte de los ciudadanos de una doctrina comprehensiva, en «Liberalismo Político» lo es, según Barry, por redundante o innecesaria.

Antes de pasar al análisis de la crítica de Barry será de utilidad hacer algunas aclaraciones en relación a la manera en que Rawls entiende el problema de la estabilidad.

Una primera precisión consiste en remarcar que Rawls sólo está preocupado por formular una concepción de la justicia dirigida a ordenar sociedades democráticas.

Un segundo punto importante a tener en cuenta es la distinción entre la estabilidad de un régimen democrático y la estabilidad de una concepción política de la justicia.

Señala Rawls en «The Domain of the Political and Overlapping Consensus»:

> «Teniendo presente que el tercer hecho general era que un régimen democrático perdurable y estable es aquel que al menos una mayoría sustancial de sus

ciudadanos políticamente activos libremente sustentan...» (la traducción me pertenece)[38].

De lo dicho se sigue que la condición suficiente para que un régimen democrático sea estable es que la mayoría de sus ciudadanos lo apoyen libremente. Como se ve, esta es una cuestión empírica. Para determinar si un régimen democrático es o no estable habrá que comprobar si este hecho se da o no.

Una concepción política de la justicia es estable, en cambio, si satisface dos condiciones: que aquellos que crezcan en una sociedad regulada por ella adquieran un «sentido de la justicia», esto es, un deseo de cumplir las exigencias institucionales; que la concepción de justicia que regula las instituciones básicas de esta sociedad bien ordenada se encuentre en un «consenso superpuesto» en relación con las doctrinas comprehensivas razonables que profesan los ciudadanos[39].

El primer requisito garantiza que los ciudadanos de una sociedad bien ordenada adquieran un sentido de la justicia y tengan por lo tanto un *deseo* de presentar sus actividades frente a otros como justas.

El segundo requisito garantiza que el sentido de la justicia sea *suficiente* para motivar la conducta cuando se lo sopesa con otros deseos surgidos a partir de lo que cada individuo considera bueno en función de su particular «doctrina comprehensiva»[40].

---

[38] Rawls, John; «The Domain of the Political and Overlapping Consensus», Op. cit., pág. 479.

[39] Señala Rawls en «The Domain of the Political and Overlapping Consensus»: «...una concepción política de la justicia (a diferencia de un régimen político) es estable si satisface las siguientes condiciones: aquellos que han crecido en una sociedad bien ordenada por ella –una sociedad cuyas instituciones son públicamente reconocidas ser justas, de acuerdo a lo especificado por aquella misma concepción– desarrollan una obediencia suficiente a aquellas instituciones, esto es, un sentido de la justicia suficientemente fuerte guiado por los principios e ideales apropiados, de tal manera que ellos normalmente actúan como la justicia lo requiere, a condición de que se les asegure que los demás actuarán de igual manera». Ibid. Dando una exposición más completa del concepto señala en «Liberalismo Político»: «La estabilidad implica dos cuestiones: la primera se refiere a si las personas que se desarrollan entre instituciones justas (tal y como las define la concepción) adquieren normalmente un sentido apropiado de la justicia para que generalmente acaten esas instituciones y cumplan su cometido...». Para agregar luego: «...La segunda cuestión es si, en vista de los hechos generales que caracterizan a una cultura pública democrática, y en particular del hecho del pluralismo razonable, la concepción política puede ser el foco de un consenso traslapado...». Rawls, John; *Liberalismo Político*, Op. cit., pág. 143.

[40] En el mismo sentido se pronuncia Samuel Freeman señalando las preguntas vinculadas a la estabilidad de una concepción «...Assuming that citizens in a well-ordered society have public knowledge and agreement on justice and just institutions, how do they come to *care* about them? Rawls contends from the outset that all have a sense of justice and a desire to justify their activities to others as just. In the moral psychology set forth in Chapter 8 of a Theory of

Lo que garantiza, entre otras cosas, que el sentido de la justicia sea *suficiente* es que la concepción política de la justicia sea el foco de un «consenso superpuesto» de doctrinas comprehensivas razonables.

2.2- Pienso que la exigencia de estos dos requisitos está emparentada con la idea de razón práctica bifurcada sustentada por Rawls. Si existen dos poderes de la razón y, consecuentemente, dos ramas de la razón práctica, lo razonable y lo racional; y si estas son complementarias de manera que no pueda entenderse una sin la otra, la explicación de la motivación, y por ende de la estabilidad de la concepción, no está completa hasta que no se ha mostrado cómo es posible, por un lado, que se adquiera el deseo de justificar nuestra conducta ante los demás como correctas, esto es, cómo se adquiere el sentido de la justicia, y por el otro, como este es compatible con lo que consideramos racional a partir de nuestra particular concepción del bien, la cual forma parte de la «doctrina comprehensiva» que profesamos.

El problema que Rawls encontraba en la explicación de la estabilidad presente en «Teoría de la Justicia» se refiere al segundo requisito, esto es, la manera en que allí se explicaba cómo el deseo de actuar conforme al «sentido de la justicia» venía a ser «congruente» con la concepción particular del bien que cada uno de los ciudadanos tenía, y por lo tanto *suficiente* para motivar la conducta.

En particular Rawls encuentra la explicación que allí se da *poco realista*, dado el hecho del pluralismo razonable que caracteriza a cualquier sociedad democrática, puesto que exigía que todos los ciudadanos aceptaran la justicia como imparcialidad basándose en una única doctrina comprehensiva.

En «Liberalismo Político», en cambio, este segundo requisito de la estabilidad no se satisface apelando a una única doctrina comprehensiva, sino a un «consenso superpuesto de doctrinas comprehensivas razonables».

2.3- La crítica de Barry se dirige a mostrar que este recurso, el del «consenso superpuesto», es innecesario puesto que lo que este busca lograr, «...mostrar que personas razonables tienen motivos adecuados para adherir a las demandas de la justicia Rawlsiana...»[41], ya ha sido alcanzado por el ar-

---

Justice, he shows how people can come to acquire this disposition to abide by the principles of justice and their requirements in a well-ordered society. This is the first part of the argument for stability in A Theory of Justice(.) But then a second problem arises: even assuming that each person has sense of justice, why should they *sufficiently* care about justice, to the degree that they recognize and are willing to respect its demands even when these demands conflict with or impede individuals in the pursuit of their conceptions of their good...». Samuel Freeman, «Possibility of a Just Democratic Constitution», en *Chicago-Kent Law Review*, vol 69, 1994, Nº3, pág. 625.

[41] Barry, Brian; «John Rawls and the Search for Stability», Op. cit., pág. 896.

gumento que, mediante el recurso de la «posición original», conduce a los principios de justicia.

Si entiendo bien la idea de Barry sería esta: si el objetivo del argumento a favor de la estabilidad es mostrar que los ciudadanos razonables tienen la suficiente motivación de la clase apropiada para cumplir con los principios de justicia, esto se ha logrado con el primer paso del argumento que, a través del recurso de la «posición original»[42], muestra que los principios allí elegidos son los principios más razonables. Que sean los principios más razonables implica que toda persona que tenga el deseo básico de justificar sus actos ante los demás en principios que ellos, motivados de la misma manera, no podrían rechazar[43], ya tiene la motivación suficiente.

Ahora bien, continúa el argumento, Rawls acepta como parte de su concepción política el principio de la motivación de Scanlon. Si esto es así, habiendo mostrado con la primera parte del argumento que los principios son razonables, está demostrado también que los ciudadanos razonables que se desarrollen bajo las instituciones organizadas por ellos tendrán la motivación suficiente de la clase adecuada.

Pienso que lo que a Barry le interesa mostrar es, por un lado, que basta tener un «sentido de la justicia» para adquirir un deseo de actuar como aquel requiere porque esto hace innecesario el argumento de la congruencia entre lo justo y lo bueno, y por el otro, que dada la inclusión de la motivación de Scanlon dentro de la concepción rawlsiana de persona razonable, la primera parte del argumento de Rawls basta para sostener que toda persona razonable tiene un «sentido de la justicia».

Esta afirmación se ve sustentada por el hecho de que, según Barry, Rawls se ve conducido al argumento de la congruencia debido a su rechazo de la teoría de la motivación de Ross y Prichard, quienes sostienen que «...reconocer algo como correcto es *suficiente* para motivar la acción correcta...» (el subrayado me pertenece)[44].

De este rechazo Barry infiere que la posición de Rawls en este sentido es que existe una brecha entre aceptar los principios de justicia y estar motivados por ellos. Esta es la razón por la que aun si las personas tienen un

---

[42] Es una idea de Barry que si el diseño de la «posición original» está asentado en buenas razones, nada impide pasar directamente de las razones que justifican que el diseño modele las condiciones de razonabilidad a las conclusiones, esto es, a los principios de justicia. Señala al respecto: «Así, puede ser argumentado que los únicos términos que no pueden ser rechazados razonablemente para vivir juntos por los adherentes de cualquier «doctrina comprehensiva» son aquellos corporizados en el primer principio de justicia de Rawls...El segundo principio de justicia se sigue de la premisa de que ningún reclamo válido puede ser hecho en base a ventajas naturales o sociales...». Ibid. pág. 894.

[43] Aquí se hace referencia al principio de Scanlon.

[44] Barry, Brian; «John Rawls and the Search for Stability», Op. cit., pág. 884.

«sentido de la justicia», todavía debe mostrarse que este es acorde con el bien de los individuos.[45]

Esto le permite concluir que si el argumento a favor de la congruencia, y en particular el recurso del «consenso superpuesto», tiene por objetivo mostrar que las personas razonables que aceptan los principios de justicia como tales *desean* conducirse según ellos, esto ya ha sido logrado con la inclusión de la motivación scanloniana y el argumento a partir de la «posición original» que muestra a los principios de justicia como los más razonables.

2.4- No obstante, Rawls nunca ha negado, ni en «Teoría de la Justicia» ni lo hace ahora en «Liberalismo Político», que el tener un «sentido de la justicia» implique tener el deseo de comportarse de acuerdo con los principios de justicia, lo que sí ha negado es que este deseo sea *suficiente* para motivar la conducta de individuos que poseen dos poderes motivacionales, el que surge de su capacidad de tener un sentido de la justicia, y el que lo hace de su capacidad de tener una determinada concepción del bien [46].

Planteadas las cosas de esta manera el argumento de Barry parece mostrar que el tener un «sentido de la justicia» ahora, dada la aceptación del principio de Scanlon, implica tener un *deseo* de comportarse de acuerdo a los principios de justicia, pero esta no es la brecha que el argumento de la estabilidad busca llenar, sino, en cambio, la que existe entre tener un *deseo,* y que este sea un *deseo suficiente* para motivar efectivamente la conducta, teniendo en cuenta los deseos que tienen su fuente en el otro poder moral.

Esto explica que la afirmación de Rawls sosteniendo que

> «...Aceptar la conexión entre los dos aspectos de lo razonable y el principio de Scanlon equivale a incluir esta forma de motivación en la concepción de las personas razonables a partir de la cual empieza la justicia como imparcialidad...»[47]

no lo comprometa con la tesis de que semejante motivación siempre es *suficiente*, y por lo tanto el recurso del «consenso superpuesto» siga siendo necesario.

---

[45] Cfr. Ibid. pág. .885.

[46] Lo que Rawls no acepta de la concepción de W.D. Ross es, en primer lugar, «...que el más alto motivo moral es el deseo de hacer lo que es recto y justo, simplemente porque es recto y justo, sin que sea adecuada ninguna otra descripción, y en segundo lugar que, si bien otros motivos tienen, ciertamente, un valor moral, como, por ejemplo, el deseo de hacer lo que es recto porque el hacer esto acrecienta la felicidad humana...estos deseos son menos valiosos, moralmente, que el de hacer lo que es recto sólo porque es recto...». Rawls, John; *Teoría de la Justica*, Op. cit., pág. 431. Para Rawls, en cambio, es necesario justificar que el deseo de actuar de manera justa tenga prioridad, no basta con postularlo como hace Ross, y esto se logra a través del argumento que muestra el bien del sentido de justicia.

[47] Rawls, John; *Liberalismo Político*, Op. cit., pág. 67-68 nota 2.

Creo que lo que se encuentra detrás de la crítica de Barry es por un lado una manera distinta de concebir la razón práctica, y por consiguiente la motivación moral.

Esto lo lleva a pensar que basta que exista un deseo de actuar de manera razonable, para que este ya sea la «motivación suficiente de la clase adecuada»; esto porque, según su punto de vista, la motivación para ser justos es la mera «imparcialidad» entendida como:

> «...el deseo de actuar de modo que pueda ser defendido ante uno mismo y ante los demás *sin apelar a la ventaja personal*...» (el subrayado me pertenece)[48].

Esta es la razón por la cual Barry sostiene que habiendo Rawls reconocido que las personas razonables tienen el deseo de comportarse de acuerdo al principio de Scanlon, el argumento del «consenso superpuesto» es innecesario.

En efecto, este argumento intenta mostrar que el cumplir con las exigencias de la justicia está sustentado, o por lo menos no es incompatible, con las exigencias que tienen su origen en las «concepciones del bien» que forman parte de sus «doctrinas comprehensivas». Es decir, intenta mostrar que el deseo de cumplir las exigencias de la justicia es acorde, o por lo menos no es contrario, a los deseos que surgen en función de la particular «doctrina comprehensiva razonable» que cada ciudadano profesa.

Para Barry, por supuesto, este paso en el argumento de Rawls es innecesario ya que la motivación para ser justos no debe «*apelar a la ventaja personal*» y por lo tanto es innecesario mostrar que el deseo de actuar de acuerdo a las exigencias de la justicia es compatible con los deseos que surgen de las «doctrinas comprehensivas razonables» que definen lo que es bueno, y por ende lo que es considerado de valor o ventajoso, para cada persona.

Para Barry la personalidad moral se define por un sólo poder: el de ser imparciales, y consecuentemente la motivación moral está completa si se tiene el deseo de actuar de manera razonable, esto es de acuerdo a términos imparciales que puedan ser defendidos ante uno mismo y los demás sin apelar a la ventaja personal.

Para Rawls, en cambio, la personalidad moral posee dos poderes interrelacionados: la razonabilidad y la racionalidad, o lo que es lo mismo, la capacidad de tener un sentido de la justicia, y la capacidad de tener una determinada concepción del bien. Consecuentemente la motivación moral no está completa si se sostiene que las personas razonables tienen el deseo de actuar de acuerdo a los principios de justicia, es necesario mostrar además que este deseo es congruente, o por lo menos no es incompatible, con los

---

[48] Barry, Brian; *Teorías de la Justicia,* ed. Gedisa, trad. Cecilia Hidalgo, 1ª edición 1995, pág. 378.

deseos dependientes de las distintas concepciones del bien que las personas razonables pueden profesar en tanto que partes de sus doctrinas comprehensivas.

La motivación moral no está completa hasta que no se ha mostrado cómo pueden quedar comprometidos los dos poderes morales, es decir, hasta que no se ha mostrado que es racional para las personas razonables comportarse de acuerdo a su «sentido de la justicia»[49].

No basta con sostener que las personas razonables tienen el deseo de comportarse de acuerdo a principios que otras personas motivadas igual que ellas no podrían rechazar. Esta es una parte de la motivación, la que surge de su poder de tener un «sentido de la justicia». Para que este deseo sea *suficiente* para motivar la conducta es necesario mostrar que existen deseos convergentes, o por lo menos no contrarios, fundados en el otro poder de la personalidad moral, esto es, la capacidad de tener una concepción del bien. Esto se logra a través del argumento del «consenso superpuesto».

Es decir, el argumento de Barry se asienta en una manera distinta de concebir la personalidad moral y, consecuentemente, las exigencias de la razón práctica.

Esto es lo que explica porqué Barry mal interpreta la finalidad del argumento en favor de la congruencia en «Teoría de la Justicia» sosteniendo que este sirve para llenar la brecha que existe entre aceptar los principios de justicia, esto es tener un «sentido de la justicia», y tener el deseo de actuar de acuerdo a ellos. Barry se ve llevado a esto porque para él, si las personas razonables que tienen un «sentido de la justicia» ya tienen también un deseo de actuar según ellos, la motivación moral está completa. Esto lo lleva a pa-

[49] Pienso que a partir de la publicación de «Liberalismo Político» Rawls sostiene que los ciudadanos en una sociedad bien ordenada poseen dos concepciones de lo bueno, una que forma parte de su doctrina comprehensiva, y otra que forma parte de su concepción política. De esta manera el requisito de la congruencia entre lo justo y lo bueno es ahora visto en un doble sentido. La congruencia entre lo justo y lo bueno como parte de una doctrina comprehensiva es logrado a través del recurso del consenso superpuesto. No obstante si el argumento se detuviera allí la concepción de sociedad bien ordenada sostenida por Rawls quedaría abierta a la objeción que sostiene que esta es vista como un conjunto de individuos que cooperan únicamente para buscar su ventaja, tal como esta es definida a partir de su particular sistema de deseos o preferencias, sin tener fines considerados valiosos en común. En efecto, si lo valioso viene definido sólo por la concepción comprehensiva de cada ciudadano, y si estos no poseen todos la misma, nada puede ser considerado en común como valioso. De esto se encarga el argumento que muestra la congruencia entre lo justo y lo bueno como parte de la concepción política. Todos los ciudadanos en tanto comparten una misma concepción política, comparten también una concepción política del bien, a partir de la cual pueden considerarse ciertas cosas como igualmente valiosas para todos. Dentro de estas valoraciones compartidas o fines comunes se encuentra el bien de la sociedad política en sí misma, y no como medio para alcanzar objetivos personales. Cfr. Rawls, John; «Justice as Fairness: A Restatement», Op. cit., pág. 198-202.

sar por alto que tanto la finalidad del argumento de la congruencia en «Teoría de la Justicia», como el del «consenso superpuesto» en «Liberalismo Político» es mostrar que, teniendo en cuenta los dos poderes motivacionales de la personalidad moral, el deseo de actuar conforme a los principios de justicia es normalmente *suficiente* para motivar efectivamente la conducta.

Para que el argumento funcione en contra de Rawls, no sólo en contra de su argumento a favor de la estabilidad, sino también en contra de toda la construcción de la «posición original», sería necesario mostrar que su concepción de la razón práctica y la personalidad moral es la más adecuada. Sin embargo no hay nada en el argumento de Barry que tienda a mostrar esto. Su crítica a Rawls no se presenta como una crítica externa a su teoría, sino como aceptando sus propias concepciones, y como tal, por lo señalado, es insostenible.

Conclusión

Las críticas de Barry a Rawls podrían sintetizarse en dos palabras: inconsistencia y redundancia. Inconsistencia en tanto que, al sostener que «Teoría de la Justicia» era o formaba parte de una «doctrina comprehensiva» Rawls no mantenía la noción que de este tipo de doctrinas formulaba en «Liberalismo Político». Redundancia en tanto que la solución que se ofrecía en «Liberalismo Político» al problema de la defectuosa explicación presente en «Teoría de la Justicia» de la estabilidad de la concepción en base a una «doctrina comprehensiva» compartida era innecesaria.

Estas críticas, como he señalado, son internas a la justicia como imparcialidad, es decir no cuestionan sus presupuestos y categorías sino que se asientan en ellos. Así, por ejemplo, no es el objetivo de Barry cuestionar la noción de «doctrina comprehensiva» utilizada por Rawls, sino mostrar que el uso que se hace de esta noción al sostener que «Teoría de la Justicia» era o formaba parte de una doctrina tal es inadecuado. Tampoco Barry cuestiona la noción de estabilidad de una concepción política expuesta por Rawls, sino que señala que dando por sentada esta noción, el argumento que tiende a mostrar la estabilidad de la justicia como imparcialidad no necesita hacer uso del recurso del «consenso superpuesto».

Como el trabajo es un análisis de las críticas de Barry, y estas tienen el carácter antes señalado, no hay nada en él que sirva como argumento acerca de la corrección de la posición de Rawls. Un argumento en tal sentido tendría que referirse a los presupuestos mismos de la concepción de la justicia y no sólo a la correcta interconexión de sus elementos.

Sin embargo, pienso que la tarea no por menor es innecesaria. Esto porque sólo tiene sentido preguntarse por la corrección de una teoría si esta no es defectuosa en su estructura.

Puede afirmarse entonces, por las razones expuestas, que «Teoría de la Justicia» contenía genuinos defectos internos, el carácter comprehensivo de la concepción y la explicación de la estabilidad en base a una doctrina de este tipo, y que «Liberalismo Político» al intentar subsanarlos, a través del recurso del «consenso superpuesto», no ha incurrido en defectos semejantes.

LA DICOTOMÍA PÚBLICO/PRIVADO Y EL LIBERALISMO POLÍTICO DE J. RAWLS*

Isabel Turégano Mansilla
Universidad de Castilla-La Mancha

1. Introducción

Las diversas corrientes del denominado «feminismo de la segunda ola», que se desarrolla a partir de los años sesenta del siglo XX, coinciden en que la consecución de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres no ha logrado eliminar la discriminación que subyace a las estructuras sociales en las que aquellos se relacionan. Tanto la teoría feminista liberal como la marxista y socialista adoptan el concepto de *patriarcado* del feminismo radical conforme al cual la incorporación de las mujeres en el ámbito público se habría producido a costa del mantenimiento de estructuras privadas de subordinación. Por ello se considera que la igualdad exige tanto a la teoría de la justicia como a la teoría política plantearse la discriminación que subyace al sistema económico y laboral, las relaciones familiares, la reproducción, la sexualidad, etc. La teoría política y moral liberal, con su ideal formal de igualdad, habría propiciado una separación u oposición entre lo público y lo privado que perpetúa en este último ámbito relaciones de discriminación.

Se considera que la universalización de los principios liberales conlleva la crisis de los propios presupuestos morales y políticos del liberalismo. En primer lugar, obliga a revisar el alcance de la separación entre los principios de justicia y las exigencias de la «vida buena». En segundo lugar, obliga a reflexionar sobre las formas de participación y representación políticas. Las distintas corrientes feministas han hecho aportaciones diversas a los problemas relativos a la participación política de las mujeres, como el conocido lema radical de que «lo personal es político» o el planteamiento de un nuevo modelo de lo político de autoras como I. M. Young o S. Benhabib.

* Este trabajo ha sido realizado con una ayuda a cargo del Programa Nacional de I+D+I, proyecto BJU2000-0277, del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

La influyente versión del liberalismo de John Rawls, sin embargo, ha respondido a alguno de los retos que el feminismo ha lanzado a la doctrina liberal. La radical separación entre lo público y lo privado del contractualismo clásico, que sirvió para excluir del segundo ámbito –al que se vinculaba naturalmente a las mujeres– los principios de libertad e igualdad formal, se ha transformado en las obras más recientes de Rawls en dos espacios conectados a los que son igualmente aplicables los principios de justicia. Sin embargo, frente al acento que las propuestas políticas más críticas de cierto sector del feminismo han puesto en la diferencia, Rawls insiste en la necesidad de la búsqueda de un ámbito de argumentación pública en el que todos los individuos se orienten a lograr un consenso respecto de los principios básicos de justicia.

2. La crítica feminista a la distinción liberal entre lo público y lo privado

Gran parte de la crítica feminista a la doctrina liberal se vertebra en torno a su separación u oposición entre lo público y lo privado. El feminismo ha contribuido en gran medida al replanteamiento del significado de estos términos inherentemente ambigüos y de las consecuencias que tiene su definición en relación con la legitimidad de la acción estatal.

A pesar de la variedad de perspectivas y de conclusiones de los estudios feministas, creo que las críticas fundamentales a la dicotomía liberal de lo público y lo privado se han dirigido frente a los siguientes argumentos: la identificación del ámbito público con el ejercicio de la política desde el punto de vista de la razón normativa imparcial y universal; la concepción patriarcal de lo público y de la familia que encubre la anterior perspectiva; el carácter natural, y no cultural o histórico, de las desigualdades entre hombres y mujeres; el derecho a la intimidad como límite infranqueable a la acción estatal; la pretendida igualdad y ausencia de restricciones que caracterizan el contexto en el que las mujeres adoptan *libremente* sus decisiones; y, finalmente, la concepción excluyente de la política.

2.1. La razón pública universal

La escisión liberal entre *lo público* y *lo privado* identifica el ámbito público con el ejercicio de la política desde el punto de vista de la razón normativa imparcial y universal. Este es el punto de vista de un observador abstraído de las condiciones histórico-materiales que condicionan la existencia humana, que, en consecuencia, construye el sistema ético eliminando las particularidades de los sujetos y situaciones concretas. La razón solipsista es ajena a las necesidades del sujeto histórico y se expresa en re-

glas o principios generales que atienden a aquello que es común a toda persona[1].

En uso de esa razón, el ámbito público está dominado por la imparcialidad y la generalidad. En él, la pluralidad de personas, con necesidades, intereses y deseos contrapuestos, se reduce a un sujeto único titular de derechos universales. La generalidad de la ley se fundamenta en el reconomiento de los intereses comunes y en la posibilidad de la voluntad general rousseauniana. Para ello, se excluyen de la decisión pública aquellos aspectos de la existencia humana que puedan amenazar la unidad. Los sentimientos, afectos, deseos y necesidades particulares dominan la esfera privada. En ella, cada individuo persigue fines propios o compartidos con los miembros de algún grupo o asociación y es el mercado el que resuelve conflictos y logra una armonía social.

El punto de vista racional e imparcial que preside lo político depende de que la necesidad y el sentimiento sean contenidos en el ámbito privado, que es el terreno de la particularidad y la diferencia[2]. La crítica feminista ha puesto de manifiesto cómo a la distinción liberal entre público y privado subyace una pretensión de homogeneidad que excluye la consideración política de las diferencias. Las desigualdades que subsisten en el ámbito privado quedan ocultas bajo la artificial unidad de lo público. En concreto, bajo el manto de la igualdad de oportunidades y libertad de elección se oculta la desventajosa posición de la mujer en el ámbito familiar –fundamentalmente por una desigual división del trabajo doméstico– que restringe la ca-

[1] Un sector relevante del feminismo ha opuesto a esta razón normativa universal de inspiración kantiana un modo distinto de razonamiento moral propio de las mujeres. Esta concepción de la moral, que adopta un punto de vista contextual y particularista, ha sido denominada «ética del cuidado y la responsabilidad» frente a la «ética de la justicia y los derechos» (vid. C. GILLIGAN, *In a Different Voice: Psycological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1982; Nel NODDINGS, *Caring: A Feminine Approach to Ethics and Moral Education*, University of California Press, Berkeley, 1984; L. BLUM, «Gilligan and Kohlberg: Implications for Moral Theory», *Ethics*, 97, 1988, pp. 472-491. Algunas aclaraciones de Gilligan al significado de su obra en C. GILLIGAN, «Moral Orientation and Moral Development», en E.Feder y D.Meyers, *Women and Moral Theory*, Rowman and Littlefield, Totowa, 1987, pp.19-33). Una aproximación crítica a esta concepción de la justicia desde el feminismo se encuentra en W. FLANAGAN y K. JACKSON, «Justice, Care and Gender: The Kohlberg-Gilligan Debate Revisited», *Ethics*, 97, n. 3, 1987 y S. M. OKIN, *Justice, Gender and the Family*, Basic Books, New York, 1989, p. 15.

[2] I. M. YOUNG, «Imparcialidad y lo cívico-público. Algunas implicaciones de las críticas feministas a la teoría moral y política», en S.Benhabib y D.Cornell (eds.), *Teoría feminista y teoría crítica. Ensayos sobre la política de género en las sociedades del capitalismo tardío*, Alfons el Magnànim-IVET, Valencia, 1990, p.103-104; y *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Alvarez, Cátedra, Madrid, 2000, cap. IV, pp. 165-205.

pacidad de las mujeres para desarrollar sus propios intereses (económicos, laborales, culturales, etc.)[3].

Seyla Benhabib ha denominado al punto de vista moral universalista la perspectiva del «otro generalizado» y lo critica, no sólo porque conduce a la privatización de la esfera de las mujeres, sino porque es incompatible con los criterios mismos de reciprocidad y universalidad que pretenden satisfacer los defensores del universalismo. Por una parte, la reciprocidad moral implica la capacidad de adoptar el punto de vista del otro, pero la exigencia de imparcialidad y neutralidad, la total abstracción de su identidad en definitiva, presenta al otro como una máscara vacía difícilmente identificable con seres humanos. El otro tiene una identidad puramente *definicional* tras la que no existe una verdadera pluralidad humana. Por ello, la reciprocidad en las teorías morales universalistas es incompleta, dado que su principal requisito, es decir, la distinción coherente entre tú y yo, no se puede sustentar en esas circunstancias. Bajo la condición de imparcialidad el otro desapare-

[3] A este primer argumento de la crítica feminista subyace un cierto eco de la distinción marxista entre la igualdad formal o jurídica y la igualdad real o fáctica, que implica una desvalorización de la primera por su carácter ideológico y su contribución al mantenimiento de las desigualdades sociales, fundamentalmente económicas (K. MARX (1875), «Crítica al Programa de Gotha», en K. Marx y F. Engels, *Obras escogidas*, Progreso, Moscú, tomo III, 1976. Vid. F. LAPORTA, «El principio de igualdad: Introducción a su análisis», *Sistema*, 67, 1985, pp. 27-31). Sin embargo, esta distinción oscurece el papel esencial que puede tener el Derecho tanto en la eliminación de discriminaciones como en el tratamiento diferenciado de situaciones distintas en aspectos relevantes. De este modo, se puede afirmar –en la terminología ampliamente aceptada- que aunque la igualdad *ante la ley* no coincide con la igualdad *sustancial* y, en este sentido, es una igualdad insuficiente, los sistemas jurídicos de los *Estados de bienestar* recogen la exigencia de que la ley tienda a lograr la igualdad real y efectiva. La distinción entre las esferas pública y privada cambió en las sociedades del denominado *capitalismo tardío* como consecuencia de la mayor actuación del Estado. Ambitos que se habían considerado tradicionalmente propios de la esfera doméstica –tales como la educación, el cuidado de niños y de ancianos, la salud, el aborto, el maltrato a mujeres y menores, la división sexual del trabajo, etc.- comenzaron a tener relevancia jurídica. El Derecho se convierte en un instrumento que puede operar efectivamente a favor de la igualdad real. Esto es así cuando se emplea en políticas de acción «positiva» o «afirmativa» que tienden a eliminar la discriminación injusta que sufren ciertos grupos o colectivos (M. Angeles BARRERE UNZUETA, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997. R. ALEXY contrapone las acciones «positivas» del Estado social a las acciones «negativas» del Estado liberal clásico en *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 419). Como afirma Barrère, no toda acción positiva que favorezca la igualdad real es necesariamente una discriminación inversa que lesiona derechos fundamentales del individuo a favor de la igualdad de ciertos grupos. Ambas, no obstante, aunque en mayor medida las acción positivas en cuanto menos «discriminatorias», pueden estar éticamente justificadas (ibídem pp.93-96. En el mismo sentido, A. RUIZ MIGUEL, «La discriminación inversa y el caso Kalanke», *Doxa*, 19, 1996, pp. 123-140). La modificación que sufre la relación entre lo público y lo privado en el Estado de bienestar ha sido tratada desde el feminismo en Anne SHOWSTACK SASSOON (ed.), *Las mujeres y el Estado*, prólogo de Lidia Falcón, Vindicación Feminista, Madrid, 1996.

ce. Por otra parte, este punto de vista impide la universalización de nuestros juicios morales, puesto que para llevarla a cabo es preciso conocer cuándo las situaciones individuales son semejantes y este razonamiento exige, según Benhabib, abarcar el punto de vista del «otro concreto». Este punto de vista considera a todos y cada uno de los seres racionales como un individuo con una historia, una identidad y una constitución afectivo-emocional concretas. Cuando empleamos esta perspectiva intentamos comprender las necesidades del otro, sus motivaciones y deseos, que nos permitirán conocer si su situación es semejante a la nuestra. La teoría moral universalista descuida este punto de vista y adopta la perspectiva pública de la justicia[4].

2.2. La ideología patriarcal

La crítica feminista no sólo ha puesto de manifiesto el carácter excluyente de la esfera pública como consecuencia de su noción abstracta de persona sino que, además, ha mostrado cómo los ideales liberales de igualdad formal y racionalidad universal están definidos desde la posición dominante del hombre y conforme a su concepción del ser humano y la sociedad. Así, la concepción abstracta de lo público cumple una importante función ideológica que limita la participación de las mujeres en la vida pública, al mismo tiempo que presenta a ésta como un orden universal e igualitario[5].

---

[4] La autora no pretende centrar la teoría moral y política en torno al «otro concreto» sino que éste es sólo un concepto crítico que designa los límites ideológicos del discurso universalista. En este sentido, defiende un *universalismo interactivo* como proceso político y moral que no busca un consenso ideal de seres definidos ficticiamente sino que parte de las diferencias entre seres concretos y trata de llegar a un punto de vista aceptable para todos, en la línea de las éticas comunicativas (Seyla BENHABIB, «El otro generalizado y el otro concreto: la controversia Kohlberg-Gilligan y la teoría feminista», en S. Benhabib y D. Cornell (1987), *Teoría feminista y teoría crítica*, op. cit., pp. 119-149).

[5] Este es uno de los argumentos centrales de la crítica feminista a la dicotomía público/privado. Vid., entre otros, Z. EISENSTEIN, *The Radical Future of Liberal Feminism*, Longman, New York, 1979; L. J. CLARCK y L. LANGE (eds.), *The Sexism of Social and Political Thought*, University of Toronto Press, Toronto, 1979; J. ELSHTAIN, *Public Man, Private Woman: Women in Social and Political Thought*, Princeton University Press, Princeton, 1981; A.JAGGAR, *Human Nature and Feminist Politics*, Rowman and Allenheld, Totowa, N. J., 1983; C. PATEMAN (1983), «Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy», en Anne Phillips (ed.), *Feminism and Equality*, New York University Press, New York, 1987, pp.103-126; H. PITKIN, *Fortune is a Woman*, University of California Press, Berkeley, 1984; L. NICHOLSON, *Gender and History*, Columbia University Press, Nueva York, 1986; C. MACKINNON, *Feminism Unmodified: Dicourses on Life and Law*, Havard University Press, Cambridge, Mass., 1987; I. M. YOUNG (1987), «Imparcialidad y lo cívico-público», op.cit., pp. 89-117; C. PATEMAN y E. GROSS (eds.), *Feminist Challenges: Social and Political Theory*, Northeastern University Press, Boston, 1987; S. M. OKIN, *Justice, Gender, and the Family*, op.cit. En nuestro país, Ana RUBIO CASTRO, «El feminismo de la diferencia: los argumentos de una igualdad compleja», *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Epoca, n. 70, 1990, pp. 185-207.

En el liberalismo clásico, la pretensión de *lo público* de afirmar la razón normativa como algo universal e imparcial supuso en la práctica la exclusión política de las personas asociadas naturalmente con la afectividad y los sentimientos, como es el caso de las mujeres. Se concibe que el ámbito natural de éstas es el hogar y la vida familiar en la que predominan relaciones de tipo afectivo. En consecuencia, no se consideran aptas para adoptar decisiones públicas racionales. La propia idea de igualdad que subyace a la noción de *consenso* de los contractualistas clásicos es una igualdad entre los individuos varones, quienes, como en el caso de la teoría de Locke, son los únicos que –en cuanto propietarios– tienen capacidad para contratar[6].

La crítica feminista considera que la concepción patriarcal de la sociedad que llevó al liberalismo clásico a excluir a las mujeres de lo público, se prolonga en el liberalismo contemporáneo en una visión patriarcal de la dicotomía público/privado. Esta visión no supone, en primer lugar, que las desigualdades entre hombres y mujeres tengan su origen en la incapacidad de las mujeres para competir en un marco de reglas imparciales y universales, sino que supone que tienen su origen en el hecho de que tales reglas han sido definidas de acuerdo con los intereses y valores de los hombres. Los roles y posiciones sociales relevantes han sido definidos de modo tal que los hombres –en cuanto independientes de las cargas familiares– resulten más aptos para ellos y, en consecuencia, la estructura de la sociedad es desigualitaria aunque aparentemente no existan discriminaciones arbitrarias[7].

En segundo lugar, la distinción liberal entre lo público y lo privado ha excluido de la consideración teórica el ámbito familiar, al que se vincula a la mujer por sus caracteres naturales. Esta exclusión está presente en los dos sentidos que puede adoptar la distinción liberal. El uso que el liberalismo hace de los términos «público» y «privado» es ambigüo[8]. Es posible entender, en primer lugar, que la distinción entre ambas esferas pretende separar la sociedad (incluyendo tanto lo estrictamente social como lo político) de la esfera íntima. Esta última se configura como un refugio del individuo no sólo frente a la coerción estatal sino también frente a las presiones sociales.

---

[6] Carole Pateman expone cómo en el pensamiento de John Locke existe, con anterioridad al contrato social, un derecho natural de los hombres sobre las mujeres y cómo con el nacimiento de la sociedad civil ese derecho se transforma en un derecho civil patriarcal mediante el contrato de matrimonio [C. PATEMAN (1988)], *El contrato sexual*, Anthropos, Madrid, 1995).

[7] Catharine A. MACKINNON, *Feminism Unmodified*, op. cit., pp. 32-45; S. M. OKIN, *Justice, Gender, and the Family*, op. cit.

[8] En lo que sigue adopto las distinciones de C. PATEMAN, «Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy», op. cit., pp. 106-108 y Will KYMLICKA (1990), *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, trad. de R. Gargarella, Ariel, Barcelona, 1995, pp. 273-287.

Es el ámbito de las relaciones íntimas tales como el parentesco, el amor, la amistad o el sexo, que está protegido por el Derecho mediante el derecho a la intimidad.

Tradicionalmente se ha considerado que la vida familiar pertenece a esa esfera de intimidad y goza, consecuentemente, de inmunidad frente al control social y político. En cuanto ámbito privado, la familia se fundamenta en principios distintos de los que están en la base de la esfera pública: mientras que la participación en esta última está presidida por los principios liberales universales (igualdad, propiedad, libertades), la vida familiar está presidida por relaciones de subordinación que se consideran connaturales a la distinción entre hombres y mujeres. La teoría liberal ha creido posible definir universalmente el mundo público como una esfera igualitaria haciendo abstracción de las relaciones de dominación que perduran en la vida familiar. La crítica feminista no cuestiona el carácter privado de la esfera doméstica, pero muestra cómo ésta se interrelaciona con la vida social y política. Esto es así no sólo porque las desigualitarias relaciones familiares limitan en gran medida la plena participación de la mujer en lo público, sino también porque en muchos casos la intimidad de la familia sirve para encubrir la violación de derechos esenciales del individuo. Ello es fruto de la confusión entre un concepto descriptivo y uno normativo de lo privado, al que me referiré más adelante.

La distinción liberal se puede entender en un segundo sentido. Partiendo de la separación anterior, se reestablece la división entre lo público y lo privado en el seno de la propia sociedad, dejando a un lado la vida doméstica. Así entendida, la distinción se ha expresado en diferentes binomios: Estado y sociedad, política y economía, coerción y libertad, político y social, en los que la categoría que hace referencia a lo privado prevalece sobre la referente a lo público. Como ha puesto de manifiesto Kymlicka, el ideal liberal de la vida privada no era el de proteger al individuo frente a la sociedad, sino el de liberar a la sociedad de la interferencia política. El liberalismo ensalza el asociacionismo y la cooperación. Lo social es el ámbito en el que el individuo puede perseguir libremente sus intereses privados, mientras que la fuerza y la violencia es el monopolio del Estado.

Esta conceptualización de la sociedad civil al margen del Estado deja fuera a la familia, por lo que ésta acaba siendo olvidada de la discusión teórica. La separación entre lo privado y lo público se presenta así como una división en el seno de lo que, conforme al primer sentido al que he hecho referencia, era el mundo de los hombres. Por ello, las críticas feministas insisten en que cualquier alternativa al concepto liberal de lo político, como las propuestas de reintegrar la política en el ámbito social de Wolin o Habermas, no pueden olvidar la relación entre lo social y la vida doméstica. La

idea de una esfera pública despolitizada (lo social o lo económico) tuvo desde el principio un significado patriarcal, al excluir de la consideración teórica y práctica la vida doméstica a la que se vinculaba naturalmente a la mujer. Esta escisión de la esfera social y familiar sirve para perpetuar en la segunda la desigual distribución del poder y del trabajo al remitir la igualdad exclusivamente a la esfera social. Al mismo tiempo, la desigualdad de la esfera familiar se proyecta en una desigualdad social: la división sexual del trabajo doméstico perpetúa la dependencia económica de la mujer que se ve obligada a elegir trabajos a tiempo parcial o peor remunerados y, en cualquier caso, tiene menor capacidad para perseguir libremente sus propios intereses.

En todo caso, por tanto, la teoría liberal ha desatendido las relaciones internas de la familia y no se ha planteado la vinculación entre lo doméstico y lo público, al mismo tiempo que se ha mostrado reticente a juzgar la vida doméstica a la luz de los criterios de justicia. Como ha puesto de manifiesto S.Benhabib, los primeros teóricos del contrato distinguen entre la justicia y la vida buena; es decir, entre los principios morales dirigidos a la resolución de conflictos interpersonales o sociales y las especiales exigencias de cuidado que están relacionadas con dominios más personales, tales como el parentesco, el amor, la amistad o el sexo. Las demandas de la justicia sientan las bases para la cooperación social, mientras que las exigencias de la vida buena son definidas por el sujeto autónomo conforme a su propia conciencia. Es esta distinción entre justicia y vida buena la que está en la base de la escisión entre público y doméstico[9]. La crítica feminista ha llamado la atención sobre la necesidad de que la teoría de la justicia, así como la filosofía política, se ocupe de la estructura de la familia[10].

Sorprende que, conforme al segundo de los sentidos de la distinción liberal entre público y privado –aquel que distingue lo político de lo social– se excluya del segundo a la familia, que se puede considerar la institución social paradigmática, «en principio basada en ese tipo particular de cooperación que los liberales admiran en el resto de la sociedad, pero que hoy se encuentra todavía estancada en razón del tipo de restricciones propias del feudalismo, que los liberales aborrecen»[11]. El argumento con el que se ha

---

[9] Seyla BENHABIB, «El otro generalizado y el otro concreto», op. cit., pp. 127-135. La autora ha criticado más recientemente la vinculación de las cuestiones de justicia con la esfera pública universal que lleva a cabo el liberalismo en «Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition and Jürgen Habermas», en C. Calhoum (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, MIT, 1993.

[10] Vid., entre otras, J. B. ELSHTAIN, *Public Man, Private Woman*, op.cit.; S. M. OKIN, *Justice, Gender and the Family*, op. cit.; y C. PATEMAN, «Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy», op. cit.

[11] W. KYMLICKA, *Filosofía política contemporánea*, op. cit., p. 276.

tratado de justificar esta actitud excluyente ha sido la vinculación de las mujeres con la naturaleza.

2.3. El carácter natural de las desigualdades entre hombres y mujeres

La desigual posición de las mujeres y los hombres en la vida familiar se ha tratado de justificar en virtud de argumentos de naturaleza antropológica y biológica. Los primeros descansan en el dualismo entre naturaleza y cultura. La devaluación del trabajo doméstico y de la crianza de los hijos deriva de que son consideradas tareas puramente naturales, mientras que el objetivo de la humanidad consiste en trascender la existencia natural para desarrollar actividades culturales. La vinculación de la mujer con los niños y la casa las aproxima a la naturaleza y las subordina necesariamente al hombre que desempeña las actividades de carácter más elevado[12].

En la mayoría de casos, el confinamiento de las mujeres a la vida doméstica se ha justificado con argumentos que parten del hecho biológico de la procreación para afirmar la naturaleza afectiva, particularista o emocional de las mujeres que las incapacita para la toma de decisiones públicas[13].

Algunas feministas han puesto de manifiesto cómo la reducción de la justificación de las desigualdades sociales a argumentos acerca de la naturaleza conduce a un callejón sin salida. El camino adecuado ha de encontrarse desde una perspectiva que tenga en cuenta las relaciones sociales entre mujeres y hombres en estructuras históricas de subordinación[14]. J.S.Mill ya criticó la apelación a la naturaleza para justificar una excepción a los principios liberales de libertad e igualdad. Afirmó que no es posible conocer si existen o no diferencias naturales entre hombres y mujeres hasta que no podamos conocer sus respectivos atributos en el seno de relaciones e instituciones igualitarias distintas de las relaciones históricas de subordinación[15].

2.4. La intimidad en sentido normativo

La separación de lo público y lo privado, en cualquiera de los dos sentidos a los que he hecho referencia, los presenta como dos ámbitos herméti-

---

[12] Vid. S. B. ORTNER, «Is Female to Male as Nature is to Culture», en M. Z. Rosaldo y L.Lamphere (eds.), *Women, Culture and Society*, Stanford University Press, Stanford, 1974.

[13] Veánse las obras de E. KENNEDY y S. MENDUS, *Women in Western Political Philosophy*, Wheatsheaf Books, Brighton, 1987; S. OKIN, «Women and the Making of the Sentimental Family», *Philosophy and Public Affairs*, 11/1, 1981, pp. 65-88; Alison JAGGAR, *Feminist Politics and Human Nature*, op. cit.

[14] C. PATEMAN, «Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy», op. cit., p. 112.

[15] J. S. MILL, «La discriminación de la mujer», en J.S.Mill y H.Taylor, *La igualdad de los sexos*, trad.de Jesús Villa y Sofía Martín-Gamero, Ed.Guadarrama, Madrid, 1973, pp. 107-108.

cos, desconectados entre sí y presididos por principios distintos: el primero está gobernado por principios racionales universales –fundamentalmente la igualdad y la libertad formales– mientras que el segundo está presidido por relaciones de dominación y por el reparto desigualitario de las cargas. Al mismo tiempo se ha empleado esta separación para marcar los límites de la acción estatal: no se considera un uso legítimo de la coerción el que afecta a la vida privada de las personas. Puesto que lo íntimo se estima propio de la vida privada, se ha considerado que las acciones llevadas a cabo en la intimidad del hogar son inmunes a la intervención estatal.

La crítica feminista ha puesto de manifiesto, sin embargo, que esta conclusión confunde varios significados de lo privado[16]. En primer lugar, confunde aquello que es íntimo y aquello que sólo afecta al propio individuo. Las acciones privadas que han de constituir el límite de la acción estatal legítima son las acciones que no causan daños a terceros. Confundirlas con las acciones que se llevan a cabo en la intimidad conlleva el riesgo de que el Estado tolere graves actuaciones en el seno de la familia, tales como la violencia doméstica o la desigual distribución de cargas y responsabilidades.

En segundo lugar, y derivado de lo anterior, las relaciones familiares sólo se pueden considerar privadas en un sentido descriptivo y no en un sentido normativo. Lo privado, en sentido descriptivo, hace referencia a la vinculación con el individuo (bien porque sea algo íntimo, porque se relacione con la propia identidad o porque sólo afecte al propio individuo) y en un sentido normativo hace referencia a aquello que no debería regularse por el Estado. Afirmar que la vida familiar es una esfera íntima y, por tanto, privada en un sentido amplio, como reconocen las autoras feministas, no implica necesariamente que deba excluirse de la coerción estatal. Lo doméstico sería privado sólo en un sentido descriptivo y no normativo, al menos hasta que se presuma que se trata de relaciones consensuadas o voluntarias.

2.5. Autonomía de la elección individual

Esa presunción de voluntariedad implica un riesgo para las teorías políticas fundadas en la autonomía y el consentimiento individuales. El uso de la noción de consentimiento como justificación de una acción exige que el individuo cuente con la información, opciones y falta de coacción suficien-

[16] Para una clasificación de los distintos significados del binomio público/privado, que en parte sigo a continuación, vid. S. I. BENN y G. F. GAUS, «The Liberal Conception of the Public and Private», en la obra colectiva edictada por las propias autoras *Public and Private in Social Life*, Croom Helm, Kent, 1983, p. 31; y Ruth GAVISON, «Feminism and the Public/Private Distinction», *Stanford Law Review*, 45, 1, 1992, pp. 1-45.

tes para que su decisión de actuar se pueda considerar autónoma. El feminismo ha criticado al liberalismo por aceptar como elecciones libres aquellas que están condicionadas por numerosos factores exógenos. En él, «la imposibilidad de elegir deviene en elecciones libres»[17]. Las decisiones que adoptan las mujeres pueden estar condicionadas por coerciones de distinto tipo que nos obligan a plantearnos su carácter autónomo. Así, por ejemplo, no es una elección libre la de la mujer que opta por permanecer en el hogar a pesar de sufrir violencia marital. Sería interesante, en este sentido, tener en cuenta las investigaciones sobre la formación de preferencias llevadas a cabo por J.Elster y C.Sunstein[18].

2.6. Concepción excluyente de la política

El movimiento político de las mujeres, del mismo modo que el resto de movimientos sociales de las últimas décadas del siglo XX, ha sometido a crítica la teoría política individualista liberal, proponiendo una concepción alternativa de la democracia. En ésta, la drástica separación entre lo público y lo privado se disuelve en un espacio público en el que los intereses y las creencias particulares sustituyen el individualismo abstracto y el universalismo del pensamiento liberal.

El lema del feminismo radical «lo personal es político» no supone, en todos los casos, la negación de la distinción entre lo público y lo privado, pero sí pone de manifiesto la estrecha vinculación entre ambas esferas. Y ello en dos sentidos. En primer lugar, la posición de subordinación de la mujer en lo privado afecta directamente a su integración plena e igual en lo público y, en este sentido, ha de considerarse un asunto político. La igualdad formal lograda con el sufragio universal no se ha reflejado en una proporcionalidad en la representación política debido, entre otras cosas, a la situación inicial de reparto desigualitario de las responsabilidades y cargas en el ámbito doméstico. Por tanto, la redistribución igualitaria de las responsabilidades familiares es una exigencia democrática y no sólo privada o social[19].

En segundo lugar, ni siquiera es cierto, como mantiene el liberalismo, que el Estado no intervenga en la vida personal y familiar. La familia ha sido siempre una preocupación del Estado cuya regulación del matrimonio y

---

[17] C. A. MACKINNON, *Feminism Unmodified*, op. cit., p. 137.

[18] Vid. J. ELSTER (1983), *Uvas amargas*, Península, 1988, y C. SUNSTEIN, «Preferences and Politics», *Philosophy and Public Affairs*, 3, 1991, pp. 3-34. La propuesta es de R. GARGARELLA, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Barcelona, 1999, pp. 88-89.

[19] Anne PHILLIPS, «¿Qué tiene de malo la democracia liberal?», en *Género y teoría democrática*, Universidad Nacional Autónoma de México. Recopilado en R. del Aguila, F. Vallespín y otros, *La democracia en sus textos*, Alianza, Madrid, 1998, pp. 328-329.

la sexualidad presupone y mantiene la posición subordinada de la mujer[20]. Muchas de las circunstancias personales de las mujeres dependen de factores públicos, tales como las regulaciones jurídicas sobre los métodos anticonceptivos, el aborto, la violación, el matrimonio, políticas de bienestar sobre el cuidado de niños o ancianos, posición de la mujer en la esfera laboral, etc. «Así, los problemas "personales" sólo se pueden resolver mediante medios políticos y acciones políticas»[21].

Un sector relevante del feminismo no se ha limitado, sin embargo, a mostrar las consecuencias políticas de las relaciones privadas y la incidencia de factores públicos en la situación personal de las mujeres, sino que ha tratado de ir más allá planteando una concepción alternativa de la política, que, en cierto modo, implica la disolución de la separación entre lo público y lo privado. Se pretende una generalización de la democracia a todos los aspectos de la vida como revitalización de la vida pública.

Por una parte, algunas autoras propugnan la extensión de los ideales democráticos a todas las relaciones sociales, no sólo las estrictamente políticas. Se suele criticar a la democracia liberal por el carácter limitado de sus ideales, que prácticamente se reducen al igual derecho al voto. A pesar de reconocer la importancia de éste, se exige que la igual relevancia de toda persona inspire no sólo el ámbito del Estado, sino también el del hogar, la educación, el trabajo, etc. Anne Phillips afirma que «una sociedad verdaderamente democrática sería aquella en la que la gente se apoya entre sí con mutuo respeto y en la que todas las relaciones, no importa lo pequeño o íntimo del contexto, están impregnadas del principio de que cada persona tiene igual peso»[22]. Lo que se ha denominado la «democratización de la vida cotidiana» llama la atención sobre la importancia de que la igualdad democrática inspire cada esfera de la existencia humana. Y ello supone cuestionar la validez de la distinción entre la igualdad pública y la subordinación privada. Las relaciones familiares son una excepción injustificable a los principios liberales de libertad e igualdad individuales que rigen el resto de instituciones políticas y sociales.

Además de la democratización de todas las relaciones sociales, desde los años ochenta algunas autoras tratan de construir una «crítica total»[23] a la concepción liberal de lo público, mostrando el camino hacia una política de la heterogeneidad. La esfera pública se concibe como un espacio abierto a

---

[20] Vid. F. E. OLSEN, «The Myth of State Intervention in the Family», *University of Michigan Journal of Law Reform*, 18, n. 4, 1985; L. J. NICHOLSON, *Gender and History*, op.cit., intr. y part.3; S.M.OKIN, *Justice, Gender and the Family*, op. cit., pp. 129-131.

[21] C. PATEMAN, «Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy», op. cit., p. 117.

[22] A. PHILLIPS, «¿Qué tiene de malo la democracia liberal?», op. cit., p. 331.

[23] C. PATEMAN, «Feminist Critiques of the Public/Private Dichotomy», op. cit., p. 122.

la discusión y al debate, en el que los individuos y los grupos puedan afirmar sus diferencias y exigir tanto la satisfacción de sus necesidades específicas como la compensación por las desventajas sufridas por una anterior situación de discriminación[24]. El modo en que se pretende que la vida pública no excluya a personas y grupos es reconociendo su especificidad e introduciendo sus necesidades e historias específicas en la discusión pública. No se niega la separación entre lo público y lo privado, sino la división social entre una esfera pública y una privada, con tipos diferentes de instituciones, actividades y atributos humanos. De ello se derivan dos principios: a) no se debe excluir *a priori* ninguna institución o práctica social como tema propio de discusión y expresión públicas; y b) no se debe obligar a la privacidad a ninguna persona, acción o aspecto de la vida de una persona. La cuestión de establecer dónde debería fijarse la línea de lo privado es, en consecuencia, una cuestión pública[25].

La política se concibe como un medio para la discusión y la representación de intereses diversos e individuales. El individuo se implica en lo colectivo y, de este modo, lo personal puede discutirse en la vida pública. Las autoras insisten en la diferencia y la heterogeneidad como fundamento de una democracia más participativa y más activa que no sea excluyente[26].

Young afirma, en este sentido, que el ámbito público debe suponer el ejercicio de la política conforme a una razón dialógica y no deontológica. Es decir, concibe la política no como la búsqueda de principios imparciales

---

[24] Ello no implica, como señala I.M.Young, que el debate público deba restringirse a las cuestiones distributivas sino que debería permitir la participación activa sobre cuestiones de fondo relativas a la organización y objetivos de la producción, las estructuras y procedimientos de toma de decisiones y otras cuestiones institucionales similares. La autora coincide con Habermas en sostener que en la sociedad capitalista de bienestar la esfera pública se vuelve cada vez más despolitizada, lo que implica la fragmentación de la vida social y la privatización de la relación de la ciudadanía con el Estado (I. M. YOUNG, *La justicia y la política de la diferencia*, op. cit., cap. III, pp. 115-163).

[25] I. M. YOUNG, «Imparcialidad y lo cívico público», op. cit., pp. 112-117; y *La justicia y la política de la diferencia*, op. cit., especialmente caps. IV y VI, pp. 165-205 y 263-321. Vid. también S. BENHABIB, «El otro generalizado y el otro concreto», op. cit., pp. 143-149; y «Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas», op. cit. Este debate feminista se enmarcaría en las discusiones relativas a los problemas derivados de la diversidad cultural de las sociedades modernas que se llevan a cabo desde el «multiculturalismo». Vease, por ejemplo, la crítica al liberalismo de Charles TAYLOR, *El multiculturalismo y «la política del reconocimiento»*, trad. de Mónica Utrilla de Neira, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

[26] Continuando la tradición clásica de Rousseau y J.S.Mill, se atribuye un valor intrínseco a la participación democrática como medio para el desarrollo y el ejercicio de las capacidades de los individuos. También se considera que la democracia es una condición para que la participación pública alcance decisiones justas (I. M. YOUNG, *La justicia y la política de la diferencia*, op. cit., cap. III, pp. 156-163).

y universales desde una posición monológica, sino como la búsqueda racional de un entendimiento mediante el diálogo entre una pluralidad de individuos. A pesar de la evidente inspiración de esta concepción emancipatoria de la política en la ética comunicativa de Habermas, este sector del feminismo ha mostrado los límites de la razón dialógica de ésta como razón no contextualizada, para la que las perspectivas particulares quedan neutralizadas como condición de posibilidad del consenso[27].

3. Público y privado en *El liberalismo político* de Rawls

Deseo a continuación circunscribir el análisis de la teoría de John Rawls a tres de los aspectos que el feminismo ha criticado a la dicotomía liberal entre público y privado[28]. Asimismo limito mi análisis a los escritos más recientes del autor estadounidense, fundamentalmente su *Liberalismo político*, a partir del cual sus referencias a la dicotomía citada son más explícitas y adquieren un nuevo significado[29]. Muestro, en primer lugar, que la teoría

---

[27] Vid. I. M. YOUNG, «Imparcialidad y lo cívico público», op. cit., pp. 105-107; y *La justicia y la política de la diferencia*, op. cit., pp. 181-183, 197-205. Algunos comentarios feministas al pensamiento de Habermas se encuentran en N. FRASER, «¿Qué tiene de crítica la teoría crítica? Habermas y la cuestión del género», en S. Benhabib y D. Cornella, *Teoría feminista y teoría crítica*, op.cit., pp.49-88; y J. MEEHAN, *Feminist Read Habermas. Gendering the Subject of Discourse*, Routledge, Nueva York, 1995.

[28] Respecto de los demás argumentos de la crítica feminista, creo que Rawls argumentaría del siguiente modo: En relación con la crítica al carácter natural que se atribuye a las desigualdades entre hombres y mujeres (apartado 1.3.), Rawls reconoce en *El liberalismo político* que los problemas de género son uno de los problemas característicos de la vida política contemporánea. De esta manera el sexo y el modo en que se concibe por las instituciones políticas y sociales no es concebido como un rasgo natural a ser eliminado del debate público, sino como uno de los problemas básicos a los que se ha de aplicar su concepción política de la justicia. Respecto del apartado 1.4. relativo a la intimidad en sentido normativo, Rawls ha insistido recientemente en que el ámbito no público no implica un límite a la aplicación de sus principios de la justicia. Las asociaciones en las que se inserta el individuo –entre las que se encuentra la familia- están sujetas a restricciones esenciales derivadas de la justicia (J. RAWLS, «The Idea of Public Reason Revisited», *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, n. 3, verano 1997, p. 791). En relación con la presunción de autonomía de la elección individual (apartado 1.5), como ha puesto de manifiesto Gargarella, Rawls se ha referido recientemente al problema de la voluntariedad de las elecciones (R. GARGARELLA, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, op. cit., p. 89). La cuestión, según Rawls, implica distinguir entre lo racional y lo razonable. Una elección puede ser voluntaria en el sentido de racional aunque conlleve condiciones inequitativas; pero sólo será voluntaria en el sentido de razonable cuando las condiciones en las que se adopta son todas ellas equitativas. En el texto interpreta la voluntariedad en el segundo sentido (J. RAWLS, «The Idea of Public Reason Revisited», op. cit., p. 792 n. 68).

[29] La explicación que Rawls hacía del género y de la familia en *Teoría de la justicia* ha recibido numerosas críticas desde el feminismo. Vease Jane ENGLISH, «Justice between Generations», *Philosophical Studies*, 31, 1977, pp. 91-104; Deborah KEARNS, «A Theory of Justice and Love; Rawls on the Family», *Politics*, 18, 1983; pp. 36-42; Karen GREEN, «Rawls,

política de Rawls emplea una argumentación trascendental con pretensión de validez universal, que limitará los aspectos deliberativos de su teoría de la democracia. En segundo lugar, niego que tal pretensión de universalidad suponga una ideología patriarcal. La identificación de lo público con la razón universal que lleva a cabo Rawls no convierte a la esfera privada en una espacio exento de justicia. Por último, contrapongo a la «política de la diferencia» que propone I. M. Young la visión rawlsiana secularizada y universalista de la vida pública, separada de la diversidad de la sociedad civil. Por consiguiente, sólo en el segundo de los aspectos citados –la extensión de la concepción de la justicia a las esferas no políticas– la teoría de Rawls coincidiría con la crítica feminista, con la que discrepa, sin embargo, en su concepción contextual y particularista del razonamiento moral y su noción participativa de la democracia.

3.1. Teoría política universalista

En la teoría política y moral de Rawls la razón pública se identifica con un punto de vista imparcial y universal. A pesar del esfuerzo de Rawls por tener en cuenta la pluralidad de sujetos morales, como trataré de argumentar en el apartado 3.3., su «posición originaria» tiene un carácter monológico que va a condicionar el proceso deliberativo real.

Además, a pesar de la vinculación de la teoría política rawlsiana con los valores políticos de las democracias constitucionales reales, no logra desprenderse de una argumentación de carácter trascendental. No ha sido ésta la interpretación de Bruce Ackerman, quien ha criticado el conservadurismo de *El liberalismo político* por ser una reconstrucción de la moralidad política de las sociedades democráticas y ha defendido el carácter utópico del liberalismo, ya que «ninguna nación sobre la tierra ha alcanzado el tipo de justicia social al cual aspira el liberalismo político»[30]. Así interpretada la

---

Women and the Priority of Liberty», *Australasian Journal of Philosophy*, suplemento al vol. 64, 1986, pp. 26-36; S.M.OKIN, *Justice, Gender and the Family*, Basic Books, New York, 1989, esp. cap. 5, pp. 89-109. Las críticas se centraban en tres aspectos de su teoría: en primer lugar, las personas que participan en la posición original se conciben, no como individuos aislados, sino como «cabezas de familia», lo cual implica limitaciones para el análisis de la justicia en las relaciones familiares. En segundo lugar, se critica la falta de referencia al género como característica individual que ha de quedar oculta bajo el velo de la ignorancia. Por último, el papel fundamental que se atribuye a la familia en la educación moral y la formación del sentido de la justicia no va acompañado por una preocupación por la justicia de la estructura familiar que el desempeño de aquel papel exigiría. En definitiva, Rawls parte de la presunción de que la familia tradicional es justa, a pesar de que, de hecho, esté en contradicción con las principales exigencias de la justicia como equidad. De este modo, se adhiere a la distinción liberal entre lo público y lo privado.

[30] B. ACKERMAN, «Liberalismos políticos», *Doxa*, 17-18, 1995, pp. 38-49.

obra de Rawls, la moralidad política se racionalizaría con el recurso al «equilibrio reflexivo» mediante el que los valores políticos de una sociedad y los principios morales intuitivos se someten a un proceso continuo de ajustes y reajustes mutuos. El concepto de «razonabilidad» se opone al de «verdad». El *liberalismo político* no es una teoría moral *comprehensiva* ni de ella es posible predicar su *verdad*, sino que sólo es una concepción política razonable, en el sentido de que está constituida por pretensiones justificables en virtud de su generalidad y reciprocidad. En sus propias palabras, la justicia como equidad «surge de la tradición de pensamiento liberal y de la amplia comunidad de cultura política de las sociedades democráticas y pertenece a ellas. Así que no acaba de ser propiamente formal ni verdaderamente universal... Como doctrina política, la justicia como equidad no quiere formar parte de ninguna teoría comprehensiva de la forma y los presupuestos estructurales del pensamiento y la acción. Como he dicho, persigue más bien dejar estas doctrinas tal como están y las critica sólo en la medida que no son razonables políticamente hablando»[31].

Sin embargo, como ha puesto de manifiesto Vallespín, la argumentación de Rawls sigue incorporando una argumentación trascendental y, en este sentido, su teoría política pretende imponerse con validez universal. Rawls parece sostener, no sólo que su concepción política de la justicia es la que, tras un ponderado juicio, compartimos de hecho en las sociedades democráticas, sino que es la que *deberíamos* aceptar si queremos una sociedad política democrática y justa. A juicio de Vallespín, Rawls afirma implícitamente que «una vez que reflexionamos sobre la validez moral de las normas público-políticas inexorablemente hemos de incorporar una serie de presupuestos que se nos imponen como necesarios a la razón; no porque sean normas que están ahí latentes en nuestra sociedad y se ajustan a determinadas convenciones morales, sino porque así lo exige su misma naturaleza de normas *políticas* básicas dentro de un sistema constitucional y democrático. La justificación a partir de la reconstrucción de la normatividad política propia de nuestra sociedad ha de convivir, pues, con esta justificación de tipo trascendental»[32].

3.2. La «primacía de lo justo»

El liberalismo político de John Rawls surge, fundamentalmente, como un intento de resolver el problema que la concepción de la justicia de *Teo-*

---

[31] J. RAWLS, «Réplica a Habermas», en J. HABERMAS y J. RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, trad. de Gerard Vilar Roca, Paidós, Barcelona, 1998, pp. 141-142.

[32] F. VALLESPÍN, Introducción a J. HABERMAS y J. RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, op. cit., pp. 21-23. Vallespín coincide aquí con la crítica de Habermas a Rawls en «Reconciliación mediante el uso público de la razón», recopilado en el mismo volumen, p. 55.

ría de la justicia planteaba para la estabilidad de las sociedades pluralistas. En ésta se partía de la idea irrealista de que en una sociedad bien ordenada todos los ciudadanos podían aceptar la doctrina moral comprehensiva de la justicia como equidad. «El liberalismo político parte del supuesto de que, a efectos políticos, una pluralidad de doctrinas comprehensivas razonables pero incompatibles es el resultado normal del ejercicio de la razón humana en el marco de las instituciones libres de un régimen consitucional democrático»[33]. A partir de ahí, el liberalismo político se define como una concepción *política* de la justicia para un régimen constitucional democrático que pueda ser aceptada por la pluralidad de doctrinas filosóficas y morales comprehensivas razonables.

Como quedaba expuesto en *Teoría de la justicia*, el objeto de esta concepción política es la «estructura básica» de la sociedad, es decir, «las instituciones políticas, sociales y económicas principales de una sociedad, así como el modo en que se casan unas con otras en un sistema unificado de cooperación social desde una generación hasta la siguiente»[34]. Entre esas instituciones que «tienen efectos sociales profundos y a largo plazo y modelan de forma fundamental el carácter y los propósitos de los ciudadanos, los tipos de personas que son y que aspiran a ser»[35] la familia habría de constituir un ejemplo paradigmático. Y, de hecho, Rawls la menciona explícitamente en esta obra como parte de la estructura básica a la que van dirigidos los principios de justicia[36]. En su introducción, reconoce que entre las cuestiones fundamentales que había dejado de lado en su obra anterior se encontraba la de la justicia en la familia, aunque afirma que asumía de alguna manera que era una institución justa.

Rawls cree que las críticas que se dirigieron a su concepción de la justicia por implicar una distinción entre lo público y lo privado ineficaz para enfrentarse a los problemas de género y de familia pueden superarse. Ello es posible si se tiene en cuenta que la concepción de la justicia como equidad se limitaba a una serie de problemas básicos a partir de cuyo análisis se podían adquirir los principios razonables para abordar problemas ulteriores. De lo que parece deducirse que los problemas de género y de familia que no son tratados en *Teoría de la justicia* han de ser analizados a la luz de los mismos principios razonables de justicia que allí se exponían. «La misma igualdad de la Declaración de Independencia que Lincoln invocó para con-

---

[33] John RAWLS (1993), *El liberalismo político*, trad. cast. de Antoni Domènech, Crítica, Barcelona, 1996, introducción, p. 12.

[34] Ibídem p. 41.

[35] Ibídem p. 99.

[36] Ibídem p. 293.

denar la esclavitud puede invocarse para condenar la desigualdad y la opresión sufrida por las mujeres»[37].

Sin embargo, Rawls no llega a aplicar en *Liberalismo político* su concepción de la justicia a los problemas familiares y de género y, por el contrario, algunos aspectos centrales de su obra sugieren que la justicia como equidad se aplica sólo al ámbito de lo político y que éste debe distinguirse de lo personal, lo asociativo y lo familiar[38].

Es cierto que en *El liberalismo político* se aprecian algunos cambios significativos tendentes a hacer su teoría de la justicia más imparcial en cuestiones de género. Así, al hablar de la justicia intergeneracional abandona su referencia a los «cabezas de familia»[39] que implicaba una visión tradicional y patriarcal de la misma. Asimismo, Rawls corrige una de las deficiencias fundamentales en materia de género de su anterior concepción de la posición original. Puesto que los participantes en el acuerdo conocen los hechos generales de la sociedad humana deberían conocer que está estructurada en función del género. Por ello, determinar si conocen o no su sexo es lo suficientemente relevante para ser mencionado. A pesar de omitir este aspecto en *Teoría de la justicia*, ahora Rawls extiende el velo de la ignorancia a la información sobre el sexo y el género de las personas[40]. De hecho, en su introducción había señalado que los problemas de la vida política contemporánea son muy distintos de los que preocuparon al liberalismo en sus orígenes. Entre los problemas actuales más básicos cita los raciales, étnicos y de género[41].

A pesar de estas modificaciones, parece que en *El liberalismo político* la esfera doméstica sigue quedando fuera de la concepción de la justicia. Lo que Rawls pretende poner de manifiesto en esta obra es, en definitiva, que la resolución del problema de estabilidad de las sociedades pluralistas exige separar lo político como núcleo de la justicia. Así, insiste en la naturaleza pública y política de las instituciones de la estructura básica y sugiere que las familias no necesitan estar reguladas por los principios de justicia, puesto que se rigen por valores morales propios. Rawls afirma que la concepción política de la justicia no niega que haya otros valores que se apli-

---

[37] Ibídem introducción pp. 24-25.

[38] En el mismo sentido, S. M. OKIN, «*Political Liberalism*, Justice, and Gender», *Ethics*, 105, 1994, pp. 26-27.

[39] J. RAWLS, *El liberalismo político*, op. cit., pp. 308, 310. Rawls sustituye la exigencia de que las partes tuvieran en consideración a sus descendientes por la condición de que deben acordar aquel principio de ahorro que todas las generaciones anteriores hubieran seguido.

[40] Ibídem p. 55.

[41] Ibídem p. 24.

quen al ámbito personal, familiar o asociacional[42] y considera que cada uno de estos ámbitos están presididos por un tipo de razón distinta de la razón pública[43].

Ello supone que hay un ámbito diferenciado de lo político, distinto de lo asociacional, que es voluntario de un modo en que no lo es lo político; y distinto de lo personal y de lo familiar, que tienen una dimensión afectiva de la que carece lo político[44]. Ese ámbito de lo político se identifica por su carácter involuntario –necesariamente nacemos en el marco de una estructura social dada de la que sólo salimos al morir– y por su carácter coercitivo respaldado por el uso estatal de sanciones[45]. El modo en que una sociedad política discute y formula sus asuntos es por medio de la razón pública, que implica que «los ciudadanos tienen que llevar a cabo sus discusiones fundamentales en el marco de lo que cada uno considera como una concepción política de la justicia basada en valores cuya aceptación por otros quepa razonablemente esperar, y de modo que cada uno esté dispuesto a defender esa concepción así entendida»[46]. Rawls considera que los principios sobre los que se produciría un acuerdo en la posición originaria son los que corresponden a su concepción de la justicia como equidad.

Una concepción política de la justicia –que podemos calificar como «ética pública»– se elabora con el fin de ser el núcleo de un consenso entre las doctrinas religiosas, filosóficas y morales particulares –a las que nos podemos referir como «ética privada»–[47]. A partir de aquí me interesa, en primer lugar, exponer los rasgos característicos de la ética pública rawlsiana y su relación con las éticas privadas o, como él las denomina, las doctrinas filosóficas y morales comprehensivas. Lo anterior me permitirá, en segundo lugar, mostrar si efectivamente la concepción de la justicia como equidad es *estrictamente* política y en qué medida condiciona la estructura de aquellos ámbitos que Rawls considera *no políticos* o *no públicos*.

Una concepción política de la justicia tiene los siguientes rasgos característicos. En primer lugar, es una concepción moral de la estructura básica

---

[42] Ibídem p. 40 y 229. En ésta última Rawls afirma que «hay que distinguir las virtudes políticas de las virtudes que definen modos y estilos de vida característicos de doctrinas comprehensivas religiosas y filosóficas, así como de las virtudes típicas de varios ideales asociativos (los ideales de iglesias y universidades, de empleos y vocaciones, de clubs y equipos) y de las que resultan adecuadas en el ámbito de la vida familiar y de las relaciones personales».

[43] Ibídem pp. 255-257.

[44] Ibídem p. 169. También se refiere a la naturaleza afectiva de los vínculos familiares en la p. 253.

[45] Ibídem pp. 167-168.

[46] Ibídem p. 261.

[47] Ibídem pp. 40, 45, 67, 128.

de la sociedad[48]. No se trata de una concepción puramente formal o procedimental sino que su contenido viene dado por ciertos valores materiales. En la justicia como equidad algunos de esos valores importantes son los de «igual libertad política y civil; la igualdad equitativa de oportunidades; los valores de reciprocidad económica; las bases sociales del respeto mutuo entre ciudadanos»[49]. Tampoco se trata de una mera teoría de la elección racional que base la posibilidad del consenso en intereses egoístas y en el resultado de una negociación. La concepción de la justicia que es el núcleo de un consenso entrecruzado se basa en razones morales, que incluyen concepciones de la sociedad –como sistema equitativo de cooperación social– y de los ciudadanos –como personas libres e iguales, dotadas de la capacidad para poseer un sentido de la justicia y para sostener una concepción del bien propia–, así como principios de justicia y una descripción de las virtudes políticas a través de las cuales aquellos principios se materializan en el carácter humano y se expresan en la vida pública[50].

En segundo lugar, no se trata de una concepción de la justicia general o comprehensiva. Trata de elaborar una concepción razonable sólo para la estructura básica y, en la medida de lo posible, no implica compromisos con ninguna otra doctrina ni ideales para la vida humana en su globalidad[51].

Por último, la concepción política de la justicia está expresada en ciertas ideas fundamentales que se entienden implícitas en la cultura política pública de una sociedad democrática. Esa cultura pública abarca las instituciones políticas de un régimen constitucional y las tradiciones públicas de su interpretación, así como los textos históricos que son de conocimiento común. Se diferencia del «trasfondo cultural» de la sociedad civil o cultura social que es la cultura de la vida cotidiana, de sus varias asociaciones. Rawls distingue, así, lo político de lo no político, que coincide con su distinción entre lo público y lo no público, concibiendo al primer ámbito como la esfera de las ideas y principios fundamentales implícitamente compartidos[52].

---

[48] Ibídem p. 41.

[49] Ibídem p. 171.

[50] Ibídem p. 179.

[51] Ibídem pp. 42-43.

[52] Ibídem pp. 38, 43-44. En resumen, cuando Rawls afirma que una concepción de la justicia es política quiere decir tres cosas: «que está armada de tal modo que sólo sirve para ser aplicada a la estructura básica de la sociedad –a sus instituciones políticas, sociales y económicas principales- como un esquema unificado de cooperación social; que se presenta de una manera independiente de cualquier doctrina religiosa o filosófica comprehensiva más amplia y abarcante; y que está elaborada en términos de ideas políticas fundamentales que se entienden implícitas en la cultura política pública de una sociedad democrática» (ibídem p. 258).

Que la concepción política de la justicia sea independiente, como señalaba en el segundo rasgo característico, no implica que los valores políticos estén separados respecto del resto de valores ni que sea una concepción compatible con cualquier proyecto moral. Por lo que se refiere al primer aspecto, la aceptación por los ciudadanos de la concepción política no es un compromiso entre quienes sostienen doctrinas morales o filosóficas diferentes, sino que se basa en un conjunto de razones derivadas de la propia doctrina comprehensiva de cada ciudadano. El consenso de las distintas doctrinas consigue la adhesión mediante un ajuste concordante entre la concepción política y las exigencias de cada concepción del bien (la idea de «equilibrio reflexivo»)[53].

Por otra parte, los principios de cualquier concepción política, aunque no constituyan una doctrina moral general y comprehensiva, deben imponer restricciones a las doctrinas morales –esencialmente la restricción de que sean razonables[54]–, del mismo modo que las instituciones básicas recomendadas por aquellos principios alientan o desalientan determinados estilos de vida. Ello es así, al menos, por dos razones: los estilos de vida recomendados por las doctrinas comprehensivas pueden entrar en conflicto con los principios de justicia; o bien, aun siendo admisibles, pueden perder adeptos en las condiciones políticas y sociales de un régimen constitucional justo. Ejemplo del primer caso sería una doctrina moral que implicara la degradación de determinadas personas por motivos raciales, étnicos o perfeccionistas, como en el caso del esclavismo. Ejemplo del segundo serían determinadas formas de religión, como aquellas que sólo pueden sobrevivir si tienen el control estatal[55].

---

[53] Ibídem pp. 201-205.

[54] Vid. pp. 89-97 sobre las doctrinas comprehensivas razonables. Rawls define lo razonable del siguiente modo: «las personas son razonables en un aspecto básico cuando estando, digamos, entre iguales, se muestran dispuestas a proponer principios y criterios en calidad de términos equitativos de cooperación, y a aceptarlos de buena gana siempre que se les asegure que los demás harán lo mismo... Lo razonable es un elemento de la idea de sociedad como sistema de cooperación equitativa, y que los términos equitativos de ésta sean razonables para todos es parte de su noción de reciprocidad... Las personas razonables no están movidas por el bien general como tal, sino por el deseo mismo de un mundo social en el que ellas, como libres e iguales, puedan cooperar con las demás en términos que todo el mundo pueda aceptar» (ibídem pp. 80-81).

[55] Ibídem pp. 223, 229-231, 245. J. Exdell considera que este aspecto de la doctrina de Rawls es contradictorio con su pretensión de legitimar el Estado liberal y buscar las bases de un consenso general. Por una parte, Rawls se esfuerza por distinguir lo personal de lo político, y el liberalismo político del liberalismo como doctrina moral comprehensiva. Pero, por otra parte, afirma que el liberalismo político impone restricciones a los modos de vida y justifica políticas estatales que favorecen ciertos valores morales. Difícilmente se lograría un consenso universal en torno a una constitución liberal si conlleva restricciones en los modos de vida que defienden ciertas doctrinas conservadoras o fundamentalistas (John EXDELL, «Feminism,

Ello implica la «primacía de lo justo», es decir, que los principios de justicia de una concepción política ponen límites a los estilos permisibles de vida. «La primacía de lo justo otorga a los principios de justicia una prioridad estricta en las deliberaciones de los ciudadanos, y limita su libertad de adoptar ciertos estilos de vida. La primacía de lo justo es característica de la estructura y el contenido de la justicia como equidad y de lo que ésta considera buenas razones en el proceso de deliberación»[56]. La concepción política de la justicia nos indica qué cuestiones pueden eliminarse razonablemente de la agenda política y cuáles no pueden eliminarse. Decir que determinadas cuestiones pueden ser eliminadas de la agenda política quiere decir que no se consideran objeto de decisión política sujeta a la regla de la mayoría, porque las libertades básicas iguales que se refieren a esas cuestiones «se consideran razonablemente fijadas, correctamente sentadas de una vez por todas»[57]. En este sentido, los principios de justicia referidos a esas cuestiones básicas garantizan una protección a los individuos y las asociaciones tanto frente al Estado como frente a otros individuos y asociaciones[58].

S. M. Okin ha afirmado que es difícil reconciliar la tesis de Rawls acerca de que una sociedad política justa no permitiría la práctica de concepciones morales irrazonables con su pretensión de que la justicia como equidad es una teoría estrictamente política. «Parece que, aunque frecuentemente lo niega, él sostiene que las personas que viven en una sociedad justa deben ordenar la totalidad de sus vidas –no sólo sus aspectos políticos– de conformidad con la justicia»[59]. Creo, sin embargo, que Rawls matizaría

---

Fundamentalism, and Liberal Legitimacy», *Canadian Journal of Philosophy*, vol.24, n.3, 1994, pp.449-455).

[56] J. RAWLS, *El liberalismo político*, op. cit., p. 244. También pp. 208-209.

[57] Ibídem p. 183. Rawls pone como ejemplo de asuntos no sujetos a la regla de las mayorías, por estar definitivamente resueltos a partir de los principios constitucionales de libertad de conciencia e igualdad de libertades políticas y civiles, las verdades religiosas, por una parte, y la servidumbre y la esclavitud, por otra. En un artículo anterior, que fue el germen de esta conferencia IV, Rawls es más explícito al señalar que estas cuestiones «son parte del fuero público de un régimen constitucional, y no un asunto apropiado para la legislación y discusión pública continuas, como si pudieran ser cambiadas en cualquier momento, en un sentido u otro» (John RAWLS, «La idea de un consenso por superposición», trad. de J.C.Bayón, en J. Betegón y J. R. de Páramo (coords.), *Derecho y moral. Ensayos analíticos*, Ariel, Barcelona, 1990, p. 75 n. 22).

[58] Rawls se refiere a la libertad de culto como protección del individuo frente a la iglesia, del mismo modo que la libertad de culto y otras libertades, como la libertad de asociación, protegen a las iglesias frente al Estado y otras asociaciones poderosas (J. RAWLS, *El liberalismo político*, op. cit., n. 8 p. 256).

[59] Susan Moller OKIN, recensión a J.Rawls «Political Liberalism» en *American Political Science Review*, vol. 87, n. 4, 1993, p. 1011.

esta conclusión. La concepción política de la justicia no impone un contenido sustantivo a las concepciones comprehensivas del bien, sino que sólo las limita[60]. Cada individuo y cada asociación no política se rige por sus propios ideales y valores, de forma que los principios políticos de justicia no se aplican directamente a su vida interna. Sin embargo, tales principios imponen ciertas restricciones esenciales tanto a los individuos como a las asociaciones[61].

Esta es la interpretación que Rawls ha expuesto en uno de sus escritos posteriores a *El liberalismo político*. «*The Idea of Public Reason Revisited*»[62] es especialmente relevante para el tema que nos ocupa porque en él, por primera vez, el autor se refiere directamente a las cuestiones de familia y género en relación con su concepción de la justicia. Presenta la familia como una institución o asociación no política a la que, en consecuencia, no se aplican directamente los principios liberales de la justicia política. Sin embargo, que no sea una institución política o pública no implica que constituya una esfera ajena a las exigencias de la justicia. Los principios que definen la igualdad de libertades y oportunidades de todos los ciudadanos se aplican igualmente a los miembros de cualquier asociación o institución pública o no pública. Ello no obsta para que la vida doméstica pueda regirse por exigencias morales propias, como las relativas a cómo –dentro de ciertos límites– educar a los hijos. Pero, en todo caso, el liberalismo político no considera el ámbito político y el no político como espacios separados, desconectados, regido cada uno de ellos solamente por sus principios propios. «Las esferas de lo político y lo público, de lo no público y lo privado, caen bajo el contenido y aplicación de la concepción de la justicia y sus principios. Si se pretende que la denominada esfera privada sea un espacio exento de justicia, entonces no existe tal cosa»[63].

Además, el liberalismo igualitario de Rawls reconoce la necesidad de las acciones políticas afirmativas, al asumir que los miembros de los grupos desfavorecidos pueden ver afectados sus derechos individuales. La igualdad plena de todos los ciudadanos exige medidas positivas que la favorezcan. Puesto que, en el caso de las mujeres, una de las causas principales de desigualdad es su mayor participación en el cuidado y educación de los hijos,

---

60 J. RAWLS, *El liberalismo político*, op. cit., p. 245.

61 En relación con la familia, Rawls afirma que los derechos básicos que derivan de la concepción política de la justicia protegen a las familias frente al Estado y a otras asociaciones, así como a los miembros individuales de la familia frente a otros miembros (las mujeres frente a sus maridos, los hijos frente a sus padres). Ibídem n. 8 p. 256.

62 John RAWLS, «The Idea of Public Reason Revisited», op. cit., 1997, pp. 765-807. Se refiere a la familia en las pp. 787-794.

63 Ibídem p. 791.

deben adoptarse medidas para igualar el reparto de cargas o para compensar su mayor participación. En consecuencia, la concepción política de la justicia y los valores políticos que de ella derivan, se aplican a instituciones no políticas. Los valores políticos proporcionan «razones públicas» para todos los ciudadanos[64].

3.3. Lo público universal y la sociedad civil

Frente a la «política de la diferencia» propuesta por una corriente crítica de la teoría política feminista, que subraya la relevancia de la heterogeneidad y la fragmentación moral y cultural en la construcción de lo público, Rawls insiste en la secularización de la vida pública y en la necesidad de distinguir lo político o público de la sociedad civil. Mientras que en el ámbito de lo público los individuos buscan un consenso acerca de una concepción política de «lo justo» que permita la realización de los fines sociales, en la sociedad civil los individuos persiguen sus propias concepciones del bien o sus planes de vida. ¿Quiere esto decir que las diferentes concepciones del bien no tienen cabida en el debate público?, ¿es incapaz la concepción rawlsiana de la política de dar cuenta del conflicto y las diferencias que caracterizan la práctica política[65]?.

Rawls exige que en el foro público[66] las cuestiones sean debatidas conforme al ideal de la razón pública siempre que impliquen consecuencias para los «fundamentos constitucionales» y las cuestiones de «justicia básica»[67]. Ese ideal impone restricciones importantes al debate público, en cuanto que –como he señalado más arriba– exige presentar las pretensiones como justificables desde los requerimientos de generalidad y reciprocidad. Pero no supone la exclusión del debate de las concepciones del bien o los valores no políticos siempre que se aporten razones políticas en su defensa. La justificación pública de cualquier doctrina que se presente al debate público ha de basarse en premisas y alcanzar conclusiones que quepa razona-

---

[64] Ibídem pp. 792-794.

[65] Esta es la crítica que ha dirigido a la teoría de Rawls Chantal MOUFFE en «Political Liberalism. Neutrality and the Political», en *Ratio Iuris*, vol. 7, n. 3, 1994. También en un sentido similar, J. EXDELL, «Feminism, Fundamentalism, and Liberal Legitimacy», op.cit., pp. 456-461. En lo que sigue, adopto, en parte, el planteamiento que de este tema hace Fernando VALLESPÍN en su Introducción a J. HABERMAS y J. RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, op. cit., pp. 24-27.

[66] J. RAWLS, *El liberalismo político*, op. cit., p. 250.

[67] Los fundamentos constitucionales definen la estructura general del Estado y el proceso político así como la igualdad de derechos y libertades básicos de los ciudadanos que han de respetar las mayorías legislativas. Los asuntos de justicia básica se refieren a cuestiones de justicia distributiva tales como la libertad de movimientos y la igualdad de oportunidades, las desigualdades sociales y económicas y las bases sociales del autorrespeto (ibídem pp. 249, 262-265).

blemente esperar que sean aceptadas por otros. De este modo se satisface el deber de civilidad para con los demás ciudadanos. Mostrar una doctrina como aceptable para todos exige evidenciar cómo salvaguarda los valores constitucionales básicos y es conforme con una concepción política de la justicia razonable[68].

La obligación de presentar razones políticas adecuadas para defender cualquier concepción del bien en el debate público es lo que caracteriza la cultura política pública frente al trasfondo cultural de la sociedad civil[69]. Pero al margen de los principios propios de esa cultura política pública, relativos a las cuestiones constitucionales fundamentales, los ciudadanos pueden intervenir en temas políticos desde su concepción del bien particular. Como ha señalado Vallespín, «el requerimiento de la neutralidad y la razonabilidad no se extiende al resto de las cuestiones que son susceptibles de ser debatidas y decididas en cualquier democracia moderna»[70]. Las doctrinas comprehensivas de todo tipo forman la cultura social, la cultura de la vida cotidiana de las diversas asociaciones (iglesias, universidades, sociedades eruditas y científicas, clubes y equipos, etc.)[71]. En esa cultura de la sociedad civil se explican y debaten toda suerte de doctrinas comprehensivas y se argumenta acerca de ellas sin la exigencia imperativa de la razonabilidad. Rawls equipara esta discusión no política que se desarrolla indefinidamente en la sociedad civil a la situación discursiva ideal de Habermas y la considera, más que un diálogo, un «omnílogo»[72].

Por consiguiente, el aspecto deliberativo de la democracia y la discusión no excluyente se desarrolla en la teoría de Rawls en el seno de la sociedad

---

[68] Vid. ibídem pp. 275-288 y J. RAWLS, «The Idea of Public Reason Revisited», op. cit., pp. 783-787. Uno de los ejemplos que cita Rawls es el de la discutida cuestión de la subvención estatal de las escuelas religiosas. Quienes defienden la subvención estatal exclusivamente de las escuelas públicas dudarán de que los grupos religiosos que defienden la primera acepten realmente los valores políticos fundamentales –en concreto, la igualdad de oportunidades y la separación iglesia/Estado-. Sería deseable que los líderes de los grupos en disputa presentaran en el foro público, no ya las raíces religiosas o éticas en que fundan sus posiciones, sino la manera en que creen que sus respectivas concepciones del bien afirman los valores políticos (*El liberalismo político*, p. 284, y «The Idea of Public Reason Revisited», p. 785). Tampoco la cuestión del aborto, por ejemplo, puede ser discutida públicamente a partir de las razones derivadas de una doctrina moral o religiosa particular, sino en los términos de los valores políticos implicados (respeto a la vida humana, reproducción ordenada de la sociedad política a lo largo del tiempo e igualdad de las mujeres). *El liberalismo político*, n. 32 pp. 278-9.

[69] J. RAWLS, «The Idea of Public Reason Revisited», op. cit., p. 784.

[70] F. VALLESPÍN, Introducción a J. HABERMAS y J. RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, op. cit., pp. 25-26.

[71] J. RAWLS, *El liberalismo político*, op. cit., p. 44.

[72] J. RAWLS, «Réplica a Habermas» en J. HABERMAS y J. RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, op. cit., pp. 86-89.

civil, mientras que el debate público o político se limita a definir la estructura constitucional y la justicia distributiva básicas aceptadas por todos como condición general para la libre discusión social. Las deliberaciones colectivas acerca de las posiciones o doctrinas de los distintos grupos e individuos se pueden desarrollar en los diversos espacios sociales y asociaciones que existen al margen del Estado. En consecuencia, Rawls no subordina el bien de la sociedad civil al de la vida pública y sostiene, por el contrario, que la democracia política depende de un trasfondo cultural liberal que la sostiene[73]. La concepción alternativa de lo político que propone un sector del feminismo, desde autoras como Young o Benhabib, como heterogéneo y no excluyente se traslada en el liberalismo de Rawls a la sociedad civil[74], por lo que en su teoría se perpetúa la distinción liberal entre el ámbito público universal de la ciudadanía y un espacio privado de identidades, intereses y roles particulares[75].

El problema radica en que el intento de conciliar esa ciudadanía más participativa con el respeto de ciertas normas constitucionales básicas lleva en la teoría de Rawls a una limitación de los resultados deliberativos. Habermas ha criticado el modelo político de Rawls al considerar que el establecimiento de los principios de justicia en la posición original somete la participación democrática de la ciudadanía a un modelo teórico en cuya elaboración ella no ha intervenido. Puesto que los ciudadanos como tales no participan en la posición original, es el filósofo el que desarrolla la idea de una sociedad justa de modo pre-político. «Cuanto más se levanta el velo de

[73] Ibídem pp. 127-128.

[74] Elena Beltrán ha señalado que la discusión acerca del papel del Estado y de la sociedad civil está en el fondo de las críticas que las autoras como Pateman, Benhabib y Mouffe hacen al liberalismo, y es también la cuestión que se plantean los liberales como Rawls o Kymlicka (E. BELTRÁN, «Público y privado. Sobre feministas y liberales: argumentos en un debate acerca de los límites de *lo político*», *Doxa*, 15-16, 1994, pp. 404-405).

[75] Además estas autoras discrepan del modo en que Rawls da cuenta del pluralismo de las sociedades contemporáneas. I. M. Young, aunque reconoce que la noción de «consenso por superposición» de Rawls supone un avance en la atención a la diferencia y el pluralismo, estima que la idea de doctrina *comprehensiva* en la que descansa ese acuerdo político no es adecuada. En primer lugar, considera que es una idea demasiado estrecha para captar la realidad de las sociedades multiculturales, en las que las prácticas, la cultura, las creencias, etc., que definen y motivan un modo de vida no constituyen un cuerpo doctrinal sistemático y comprehensivo. En segundo lugar, es una idea demasiado totalizante, puesto que los individuos en las modernas sociedades plurales no regulan la totalidad de su vida por un cuerpo único de creencias. La idea de una doctrina comprehensiva nos hace concebir erróneamente el pluralismo social como el enfrentamiento entre grupos coherentes y uniformes con valores comunes claramente identificables, cuando en realidad el moderno pluralismo social es más complejo y fluido (I. M. YOUNG, «Rawls`s *Political Liberalism*», *The Journal of Political Philosophy*, vol.3, n.2, 1995, pp.182-186).

ignorancia y más adoptan una forma real de carne y hueso, los ciudadanos de Rawls se encuentran más profundamente inmersos en la jerarquía de un orden progresivamente institucionalizado por encima de sus cabezas. Así la teoría sustrae a los ciudadanos buena parte de aquellas intuiciones que cada generación tendría que hacer suyas de nuevo». La rígida frontera entre la identidad política y la identidad no pública de los ciudadanos «viene trazada por los derechos liberales básicos que limitan la autolegislación democrática y con ello la esfera de lo político *de entrada*, es decir, con anterioridad a toda formación política de la voluntad»[76].

Rawls no considera, sin embargo, que las cuestiones constitucionales básicas estén especificadas con anterioridad a la deliberación democrática. La estructura básica de las instituciones políticas no es obra de la filosofía política sino que se basa en la concepción política de la justicia que está sometida a lo largo del tiempo a los juicios reflexivos de la sociedad civil. La posición original es sólo una idea abstracta mediante la que imaginamos qué principios elegirían imparcialmente las partes, pero no es más que una de las cuatro etapas en la que se despliega la idea de justicia como equidad: posición original, convención constitucional, legislación e interpretación[77]. Los ciudadanos discuten continuamente los principios políticos a lo largo de todas las etapas, puesto que el ideal de una constitución justa se elabora progresivamente en el tiempo. Rawls afirma que «desde el punto de vista de los ciudadanos en el trasfondo cultural... en la etapa de la convención constitucional, tras haber elegido los principios de la justicia en la posición originaria, adoptamos una Constitución que, con su carta de derechos y otras disposiciones, restringe la legislación de la mayoría... De esta manera restringe la soberanía popular expresada en la legislación». Pero «estas libertades básicas no se encuentran en un dominio prepolítico»; la justicia como equidad «permite –pero no exige– que las libertades básicas se hallen incorporadas en la Constitución y sean protegidas como derechos constitucionales sobre la base de las deliberaciones y juicios de los ciudadanos a lo largo del tiempo»[78].

Sin embargo, como señala Vallespín, los ciudadanos sólo participan en el debate público plenamente conscientes de su propia identidad y de sus intereses respectivos una vez que los principios de la razón pública han sido objetivados en la teoría y en la Constitución. «El espacio público no sirve, pues, para *generar*, *redefinir* o *encontrar* intersubjetivamente dichos princi-

---

[76] Jürgen HABERMAS, «Reconciliación mediante el uso público de la razón», en J.Habermas y J.Rawls, *Debate sobre el liberalismo político*, op. cit., pp. 66-67.

[77] J. RAWLS, «Réplica a Habermas», op. cit., pp. 102-105.

[78] Ibídem pp. 110-111.

pios a través del debate, sino únicamente para constreñir la forma en la que se han de presentar los argumentos en defensa de intereses e ideas *pre*-definidos, y conseguir el apoyo más extenso posible para los mismos. Este es el punto en el que se separa decisivamente de una teoría de la democracia deliberativa a lo Habermas»[79].

Tanto Rawls como Habermas coinciden, ante al actual pluralismo cultural y de formas de vida, en la búsqueda de un ámbito de argumentación pública en el que todos se orienten hacia un consenso respecto de la justicia de las normas que hayan de afectarles[80]. Es decir, ambos reconocen la necesidad de que el sistema jurídico-político proteja aquellos derechos básicos que permitan a cada individuo o grupo desarrollar sus propios planes de vida. Pero, al mismo tiempo, abren la esfera pública a las reivindicaciones de los individuos y grupos y reconocen la necesidad de acciones políticas afirmativas a favor de sus identidades o intereses. La diferencia de la teoría de Rawls se encuentra en las restricciones teóricas que impone a ese debate público.

A pesar de que en ocasiones se ha entendido que la posición original de Rawls puede implicar la necesidad de adoptar el punto de vista del otro[81], las condiciones del velo de ignorancia lo presentan haciendo abstracción de su identidad concreta, de las necesidades y deseos, intenciones y atributos, propósitos y fines que caracterizan a los individuos en su particularidad[82]. Para S.Benhabib en la posición original no existe una verdadera pluralidad de perspectivas sino únicamente una *identidad definicional*[83]. En este sentido, la concepción de Rawls trataría de ser coherente con el concepto kantiano de autonomía moral y, como éste, sería un modelo «monológico» de razonamiento moral.

Aunque la posición original constituye exclusivamente la primera etapa en la secuencia que conduce al establecimiento de una concepción política de la justicia, va a condicionar la reflexión constitucional –y posteriormente la legislativa y la interpretativa– de los principios básicos. Es cierto que la posición original es sólo una conjetura que debe ser examinada. En pala-

---

[79] F. VALLESPÍN, Introducción a J. HABERMAS y J. RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, op. cit., p. 28.

[80] Ibídem pp.36-37.

[81] Okin ha considerado las nociones de «posición original» y «velo de la ignorancia» como herramientas epistémicas adecuadas para que cada individuo comprenda el punto de vista de los demás. Para esta autora, la posición original exige una fuerte empatía y una tendencia a escuchar los diferentes puntos de vista de los demás (S. M. OKIN, *Justice, Gender and the Family*, op. cit., p. 101).

[82] Michael SANDEL, *El liberalismo y los límites de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2000.

[83] S. BENHABIB, «El otro generalizado y el otro concreto», op. cit., pp. 137-143.

bras de Rawls, «somos tú y yo y todos los ciudadanos en el tiempo, uno por uno y en asociaciones aquí y allí, quienes juzgamos los méritos de la posición original como un mecanismo de representación y los principios que le subyacen»[84]. Habrá que ver en qué medida esos principios se aplican a las instituciones democráticas y cuáles serían sus resultados, y en consecuencia en qué medida encajan en la práctica con nuestras concepciones ponderándolas con la debida reflexión[85]. Pero los principios que derivan de la posición original condicionan ya el debate público, con el fin de garantizar su imparcialidad y razonabilidad. La concepción de la democracia de Rawls no logra evitar la crítica de paternalismo filosófico y, con ella, de concepción monológica[86].

[84] J. RAWLS, «Réplica a Habermas», op. cit., p. 87 n. 15.

[85] Ibídem pp. 84-85.

[86] Vid. la respuesta de Habermas a la réplica de Rawls en «"Razonable" *versus* "verdadero", o la moral de las concepciones del mundo», en J. Habermas y J. Rawls, *Debate sobre el liberalismo político*, op. cit., pp. 147-181.

JUSTICIA Y DIFERENCIA EN UNA SOCIEDAD GLOBAL COMPLEJA*

Marcelo Neves**
Universidad Federal de Pernambuco

I

El título de mi conferencia incluye términos ambiguos en su intensión y vagos en su extensión. Por tanto, para un tratamiento adecuado del tema que se me propuso, es condición previa una precisión semántica de los términos utilizados en el título, evitando así que mi exposición se reduzca a un juego retórico vacío. En otras palabras, es indispensable determinar preliminarmente cómo entiendo el mensaje contenido en el título de la conferencia.

En primer lugar me gustaría esclarecer que dentro del contexto del título de mi conferencia, comprendo el término «justicia» como referencia lingüística a un modelo normativo de evaluación de la conducta en interferencia intersubjetiva o de evaluación de decisiones vinculantes, y no como una referencia lingüística a un órgano o institución del Estado de Derecho, pese a que pueda observarse que tal órgano o tal institución tiene, supuestamente, el papel de velar por la aplicación práctica de ese modelo. Pero esta comprensión semántica de la palabra «justicia», evidentemente, hace aún más complicada la determinación temática de la misma, con lo que se requiere un esfuerzo sobremanera mayor en la especificación del sentido del vocablo.

También cabe advertir que no trataré la relación entre justicia y diferencia en los términos del debate principalmente norteamericano entre liberalismo y comunitarismo[1], que ya presenta fuertes signos de desgaste por sus

---

* El presente artículo es una versión revisada de la exposición presentada en la XVII Conferencia Nacional de Abogados, realizada en Río de Janeiro, del 29 de agosto al 2 de septiembre de 1999.

** Profesor Titular de la Facultad de Derecho de Recife – Universidad Federal de Pernambuco; actualmente, Profesor Visitante del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad de Francfort (Main).

[1] Ese debate ganó impulso y unos contornos más precisos a partir de la crítica comunitarista de SANDEL (1982) al modelo de justicia liberal concebido por RAWLS (1990 [1972]). Con

formas simplificadoras y recepciones acríticas. La contraposición radical entre justicia universal, referida al individualismo moral, y valores diferentes, referidos al comunitarismo ético, en la cual se adentró ese debate,[2] volvió a éste poco fructífero para un tratamiento de la relación dinámica entre justicia y diferencia en una sociedad global compleja. Mi argumentación en la exposición que sigue se articula entorno a la tesis de que el universalismo de la justicia implica, asimismo, un tratamiento adecuado de la relatividad y de la diferencia de valores. La justicia no puede reducirse a un universalismo moral individualista, no es un atributo exclusivo del liberalismo. La justicia se afirma en cuanto es sensible a la diferencia, comprendiendo ésta aquí no sólo como diferencia de valores colectivos o incluso individuales, sino también como diferencia de esferas de comunicación.

La justicia puede comprenderse, desde el punto de vista de la teoría sistémica, como una complejidad adecuada del sistema jurídico (desde una perspectiva externa) o como una consistencia de sus decisiones (desde una perspectiva interna) (LUHMANN, 1988: 26 s., 1981: 388 ss.). De acuerdo con esa formulación, la justicia se concibe como fórmula-de-contingencia del Derecho, en referencia a la «diferencia entre indeterminabilidad y determinabilidad» (LUHMANN, 1993: 220). Pero tal comprensión sistémica cae en el vacío si la «justicia en el sentido de una *complejidad adecuada* del decidir consistente» (*id.*, *ibid.*: 225), que se presenta como una fórmula-de-contingencia del sistema jurídico, no está relacionada con el principio de igualdad, que presupone la forma-diferencia «igual/desigual» y cuyo objetivo es el tratamiento igual de los iguales y desigual de los desiguales (*id.*, *ibid.*: 110 ss. e 223 ss.). Así pues, partiendo de que el Derecho se presenta como «mecanismo del tratamiento igual/desigual» (TEUBNER, 1996a: 211), conceptuaré la justicia en la presente conferencia como *el(los) modelos(s) normativos(s) de evaluación del tratamiento consistente y adecuadamente complejo de la diferencia «igual/desigual»* que se contruye(n) con pretensiones de universalidad en el plano de la observación de segundo orden del sistema jurídico.

Por *diferencia* no comprendo aquí toda forma de diversidad natural o cultural, sino únicamente aquellas *diversidades que puedan tener una relevancia normativa* para el Derecho, especialmente *para el tratamiento «igual/desigual»*. Con esa acepción es relevante sobre todo la *heterogenei-*

---

la etiqueta de «comunitarismo» se vino entonces a hacer referencia a los autores más divergentes, entre los que, amén de Sandel, destacan Charles Taylor, Alasdair MacIntyre y Michael Walzer; con la etiqueta de «liberalismo», también muy diversos autores entre los que además de Rawls sobresalen Ronald Dworkin, Thomas Nagel y Bruce Ackerman (cf. HONNETH, 1995: 7).

[2] El propio TAYLOR (1991) reflexiona acerca de la tendencia simplificadora de ese debate.

dad de valores, intereses y discursos que caracteriza la sociedad contemporánea. Defino *valores* como *las preferencias individuales o colectivas relacionadas con el* (¿buen?) *modo de vida* (valores-preferencia) o como las *evidencias* (formas indiscutibles de actuar y de vivenciar) *que son constitutivas de la formación de la identidad de individuos y grupos* (valores-identidad). Concibo *intereses* como las *formas en que las relaciones entre medios y fines se manifiestan en el comportamiento y en las comunicaciones de individuos y grupos*. Y entiendo por *discursos* los diversos *juegos de lenguaje en que los diferentes valores e intereses circulan de una manera conflictiva.*

Cuando me refiero a «sociedad global» no quiero recurrir aquí simplemente a la etiqueta de «globalización», pues su uso abusivamente ideológico, por una parte, y su imprecisión omnipresente en los diversos campos de la producción cultural, por otra, la convierten a menudo en la palabra clave de una retórica inconsistente. Con la expresión «sociedad global» me referiré en lo sucesivo a «sociedad mundial» como aquella que se desarrolla, paulatinamente, a partir del siglo XVI (cf. LUHMANN, 1997: 148 o LUHMANN / DE GIORGI, 1992: 47). La llamada «globalización» debe entenderse como una intensificación de esa sociedad, que se construye, primariamente, a partir de la economía, la técnica, la ciencia y los medios de comunicación de masas: las relaciones sociales y las comunicaciones se intensifican más allá de las fronteras entre Estados como organizaciones político-jurídicas territoriales y de las fronteras culturales entre «naciones» y etnias. La globalización también puede verse como una explicación, en las últimas décadas, de características de la sociedad mundial que ya se encontraban latentes anteriormente (cf. BRUNKHORST, 1999: 374). Y, en cuanto problema que emerge dentro de la sociedad mundial, toma relevancia la globalización económica, que supone un expansionismo del sistema económico a nivel mundial con efectos destructivos para el resto de las diversas esferas sociales, en especial para la política y el derecho. No obstante, los teóricos de la globalización parten de un concepto de sociedad basada en el Estado Nacional (cf., por ex., GIDDENS, 1991: esp. 13) o de una concepción cultural de sociedad (cf., por ex., ROBERTSON, 1992). Antes bien, cabe hablar de una *sociedad mundial* (moderna) en que las *comunicaciones se reproducen globalmente* y, por tanto, *el horizonte del actuar y del vivenciar va más allá de todas las fronteras regionales.* Sin embargo, en el ámbito político-jurídico, esa sociedad está diferenciada segmentariamente en Estados en cuanto organizaciones territorialmente delimitadas, e incluye en sí las más diversas culturas.

Por último, al definirse la sociedad mundial como una sociedad «compleja», se emplea aquí este adjetivo en el sentido sistémico del término «complejidad», que se refiere a la presencia permanente de más posibilida-

des (alternativas) que las susceptibles de actualizarse (LUHMANN, 1987a: 31, 1989: 4 s.). Con esa acepción se afirma que la sociedad mundial (moderna) es supercompleja porque las alternativas posibles de conductas, comunicaciones, relaciones y hechos sociales son mucho mayores que aquellas que se pueden realizar efectivamente en una situación concreta. La complejidad implica, a su vez, contingencia. Ésta supone que de entre las diversas posibilidades puede actualizarse una que no se esperaba, causando un «peligro de frustración y la necesidad de asumir riesgos» (LUHMANN, 1987a: 31)[3]. La supercomplejidad y la supercontingencia de la sociedad global de hoy acarrean el aumento de necesidad de selección (LUHMANN, 1987b: 47), pero exigen, no obstante, mecanismos selectivos que no excluyan definitiva y absolutamente ninguna de las posibilidades. La reducción selectiva de la complejidad conduce al aumento de complejidad, esto es, los mecanismos selectivos se destinan a transformar la complejidad desestructurada en complejidad estructurada, sin ignorar, por tanto, la heterogeneidad de valores, intereses y discursos, así como la pluralidad de sistemas existentes en la sociedad.

Hechas estas observaciones relativas a la delimitación semántica del título de la presente conferencia, pretendo abordar a continuación primeramente el concepto de justicia como modelo normativo del tratamiento igual/desigual en términos consistente y adecuadamente complejos, procediendo a un análisis del principio de igualdad, en el que consideraré que éste presupone heterogeneidad social y compatibilizarse con las «discriminaciones inversas» (II). Basándome en esa concepción de la justicia como igualdad, procuraré demostrar cómo el universalismo a ella inherente se concilia con la diversidad de valores de la sociedad global contemporánea (III). A continuación definiré la justicia como igualdad compleja, considerando su variación conforme al juego del lenguaje (discurso) o la esfera de comunicaciones (sistema) a que se refiere el tratamiento igual/desigual (IV). Acto seguido, trataré del Estado democrático de derecho como modelo procedimental más adecuado para la realización de la justicia en la sociedad global de hoy (V). En las consideraciones finales, discutiré acerca del problema de la pérdida de significado del Estado democrático de derecho en virtud, por un lado, de la intolerancia étnica y del fundamentalismo religioso, incompatibles con la diversidad de valores, y, por otro, del expansionismo de la economía con efectos destructivos referidos al derecho y

[3] La contingencia puede verse como una dimensión cualitativa de la complejidad. En consonancia con ello, Edgard Morin resalta (1990: 48 s.): «Pero la complejidad no abarca únicamente las cantidades de unidades e interacciones que desafían nuestras posibilidades de cálculo; también abarca las incertidumbres, indeterminaciones, fenómenos aleatorios. La complejidad, en cierto sentido, *tiene siempre que ver con el riesgo*».

la política, hecho que ha conducido a una ampliación de formas de «exclusión» y desigualdad social, esto es, a una injusticia estructural globalizada; en ese contexto, haré una breve referencia a la viabilidad práctica de la construcción de instituciones jurídicas y políticas globales que pudiesen desempeñar el papel de llevar a cabo la justicia en el lugar del supuestamente ineficiente Estado democrático de derecho (VI).

II

Al definirse la justicia como (norma de la) igualdad, se impone una comprensión precisa del principio de isonomía, a fin de evitar así una retórica ambigua y vaga, tan común cuando se discute acerca de tal principio.

Inicialmente, debe desecharse toda y cualquier concepción de que se trata de una «igualdad de hecho» en el Estado de derecho. El principio de la igualdad surge exactamente como forma de neutralizar las desigualdades en el ámbito del ejercicio de los derechos. Ese sentido es el empleado al hablar de «igualdad de derecho»[4]. No obstante, para evitar ilusiones por un lado y, por otro, críticas ideológicas fundadas en la sobrecarga del principio, debe añadirse que el objetivo de éste no es la igualdad en el contenido del derecho y el poder de los individuos y grupos. El principio se refiere más bien al tratamiento isonómico que se obtiene mediante la integración o el acceso igualitario a las instituciones y a los procedimientos jurídicos.

Otro equívoco que ha de ser advertido preliminarmente es el relativo a la confusión entre igualdad jurídica y homogeneidad de la sociedad. Esa confusión se relaciona con una postura simplificadora en cuanto a la caracterización de la sociedad moderna y de la democracia. Al contrario, la complejidad y la heterogeneidad social son presupuestos para la emergencia y concretización del principio jurídico de igualdad. La «homogeneidad estratificada» pre-moderna es incompatible con el principio de igualdad. Es la diversidad de valores, intereses, creencias y etnias en el mismo espacio social y político la que hace posible la implantación de la igualdad. Frente a las diferencias, se puede asumir un modelo autocrático, ya sea éste autori-

[4] Cf., por ej., JOUVENEL, 1976: 134-44 (trad. bras.: 1978: 160-171), criticando la frase con la cual inicia un clásico de la literatura política del siglo XIX, De la Démocratie en Amérique: «Entre las novedades que llamaron mi atención durante mi estancia en Estados Unidos, no hubo ninguna que me impresionase tanto como la igualdad de condiciones» (TOCQUEVILLE, 1986: 49). Al contrario, JOUVENEL sostiene (1976: 135-37 – trad. bras.: 1978: 162 s.), apelando a Sieyès, que no se trata de una «igualdad de medios», sino de una «igualdad jurídica» y que en ese sentido no habría diferencias entre la igualdad francesa y la americana. En nuestro ámbito, distinguiendo entre la isonomía (presupuesto de la aplicación normativa concreta) y las llamadas «libertades materiales» (objetivo político-jurídico referente a la igualdad de condiciones sociales), COMPARATO advierte (1993: 77 s.): «En consecuencia, no se ha de pretender eliminar u ocultar las desigualdades sociales de hecho entre los hombres, como la aplicación de la isonomía».

tario o totalitario, ignorando y reprimiendo la heterogeneidad y pluralidad de la sociedad, o reconocer e incorporar sin privilegios las diferencias. En este sentido, el principio de igualdad sólo se lleva acabo en cuanto posibilita el respeto recíproco y simétrico a las diferencias.

Pese al presupuesto de que el principio de igualdad no tiene la pretensión de establcer una igualdad de hecho en la sociedad, y mucho menos la homogeneidad social, y que supone por el contrario la desigualdad fáctica y la heterogeneidad de valores e intereses, no dejan aún así de surgir dificultades en la delimitación semántica del mismo. El carácter problemático del principio resulta de que sólo puede ser formulado si incorpora la desigualdad como uno de sus polos. En otras palabras, el principio de igualdad se presenta inicialmente por medio de la diferencia entre igual y desigual. No nos restringimos aquí, sin considerar las diferencias de contextos históricos, a retomar la formulación aristotélica de que la igualdad consiste en tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales[5]. En el mundo griego ese modelo implicaba que se justificase incluso la esclavitud. Es innegable, sin embargo, que la formulación clásica del principio de igualdad es susceptible de una relectura o reconstrucción que lo haga compatible con las exigencias de la sociedad contemporánea.

Así es como, reinterpretando el «principio de igualdad» desde una perspectiva sistémica, Luhmann define la igualdad como un concepto formal (una diferencia), que depende de la existencia de otra vertiente, la desigualdad: «La igualdad sin desigualdad no tiene sentido - y viceversa. Si lo igual debe ser tratado igualmente, lo desigual tiene que ser tratado como desigual. [...] Si se renuncia al concepto normativo de igualdad, se llega a la regla aristotélica de tratar igualmente lo igual y desigualmente lo desigual. Se trata, por tanto, de un esquema de observación que sugiere el desarrollo de normas y preferencias, pero que en sí no fija, en última instancia, la preferencia por la igualdad» (LUHMANN, 1993: 111). Dentro de esa orientación la desigualdad es, en primer lugar, una forma que establece una diferencia, «igual/desigual». Y, en ese sentido, es adaptable a los más diferentes tipos sociales, aun incluso las sociedades estratificadas (*id.*, *ibid.*: 112). Sólo cuando la igualdad se transforma de una forma en una norma es cuando se puede comprender el papel específico del principio de la igualdad en el derecho de la sociedad moderna. Luhmann, considerando que el papel del principio formal de la igualdad es únicamente describir la autopoiesis del

[5] ARISTÓTELES no desconocía el carácter problemático de su formulación: «Si ellas [las personas] no son iguales, no tendrán lo que es igual; pero eso es origen de disputas y quejas – o cuando los iguales tienen y reciben partes desiguales, o cuando los desiguales, partes iguales» (1941: 1006 [1131a 20-25]).

sistema, destaca que el salto lógico reside en la interpretación de la forma como norma (*id.*, *ibid.*)[6]. De ese modo, la paradoja de la forma se convertiría en la «asimetría de una regla aplicable» (*id.*, *ibid.*). De acuerdo con el principio normativo de igualdad, el tratamiento igual sería la regla, cuya excepción sería el tratamiento desigual (*id.*, *ibid.*: 111 s.).

Sin embargo, dentro de la concepción sistémica luhmanniana el principio de la igualdad, en su dimensión jurídica, exige específicamente que se traten los *casos* igualmente. En su utilización política exige que se trate a los *hombres* igualmente (LUHMANN, 1993: 113). Así pues, Luhmann reduce el principio jurídico de la igualdad a la exigencia de la regularidad de la aplicación normativa, que como positivación del derecho en la modernidad significa el principio de legalidad. De ello no se desprende que ignore que «el mandamiento constitucional de la igualdad, en cuanto norma jurídica, conduce al hecho de que la igualdad política se interprete jurídicamente como igualdad/desigualdad de casos» (*id.*, *ibid.*). En el lenguaje kelseniano, el principio de igualdad en su dimensión puramente jurídica implicaría la igualdad *ante* la ley, mientras que el principio político de igualdad como contenido de precepto constitucional significaría la igualdad *en la* ley (cf. KELSEN, 1960: 146 e 396). Y cuando se discute sobre el principio constitucional de isonomía como expresión de la justicia en el Estado democrático de derecho, es la igualdad en la ley la que está en entredicho. El tema del debate es en primer lugar la integración igualitaria de los hombres (como personas) en el ordenamiento jurídico; sólo secundariamente, el tratamiento igual de casos y situaciones jurídicas.

El principio de igualdad, mientras tanto, no se restringe a la integración sistémica igualitaria. La noción de integración procedimental igualitaria puede leerse desde dos perspectivas diversas e inseparables. Desde el punto de vista sistémico, la cuestión se refiere a la neutralización de las desigualdades fácticas en la consideración jurídica de individuos y grupos. Pero, por otra parte, es imprescindible que en la esfera pública pluralista se haya desarrollado la idea de que las diferencias sean recíprocas y simétricamente respetadas. Eso exige que los procedimientos constitucionales se presenten como sensibles a la convivencia de lo diferente y, de esa modo, les posibiliten un tratamiento jurídico igualitario. Es desde esa perspectiva como cabe una relectura de la concepción de Dworkin del derecho «fundamental» a un igual respeto y consideración (DWORKIN, 1991a: 180 ss. e 272 ss.)[7]. Éste consiste en el derecho a «ser tratado como un igual» [*treatment as an equal*], y se disqtingue del derecho al «tratamiento igual» [*equal*

[6] Sobre la igualdad como forma y como norma, cf. análogamente LUHMANN, 1991.

[7] DWORKIN lo concibe como «derecho natural» (cf. , por ej., 1991a: 182).

treatment], que se refiere a una distribución igual de oportunidades, recursos o cometidos y sería «derivado» (*id.*, *ibid.*: 227). Evidentemente, la «fundamentalidad» del derecho a un igual respeto y consideración exige una esfera pública pluralista donde se asiente el respeto recíproco y simétrico a las diferencias. Así pues, este derecho es un presupuesto para que los sistemas político y jurídico puedan institucionalizar el derecho a un tratamiento igual. Es decir, el primero se construye a partir de la esfera pública pluralista, el segundo se presenta como una respuesta sistémica a las exigencias de integración jurídica igualitaria. Aquél, sin embargo, se diluye en caso de no estar sistémicamente asegurado el derecho a un tratamiento igual. Si los sistemas político y jurídico proceden a una distribución desigual de oportunidades y cometidos (p. ej. si establece el voto desigual o privilegios corporativos), no cabe hablar ya de derecho a un igual respeto y consideración asentado en una esfera pública pluralista. Por tanto, en vez de relación de fundamentalidad y derivación, se puede afirmar que se trata de la presuposición recíproca de las dos perspectivas desde las cuales el principio de igualdad puede observarse: la perspectiva interna y sistémica, referente al tratamiento jurídico igual, que implica la neutralización de las desigualdades presentes en el medio ambiente; la perspectiva externa de la esfera pública pluralista, relativa al derecho a ser tratado como un igual o derecho a un igual respeto y consideración.

Uno de los problemas más delicados afrontados cuando se enfoca el principio de igualdad se refiere a la posibilidad y los límites de regulaciones jurídicas y programas políticos destinados a establecer ventajas en favor de grupos sociales discriminados. Con respecto a la experiencia norteamericana, Dworkin considera favorablemente la «acción afirmativa» en beneficio de las minorías étnicas discriminadas, argumentando que la Décimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, al estipular que «ningún Estado podrá [...] negar a cualquier persona bajo su jurisdicción la igual protección de las leyes, está asegurando en realidad el derecho fundamental a *ser tratado como un igual*» (DWORKIN, 1991a: 223-239, esp. 227 ss.). Basándose en este argumento concluye que el programa de discriminaciones «inversas», también denominadas afirmativas o positivas, tales como las que favorecen la admisión de minorias raciales socialmente discriminadas en sentido negativo, «se justifica si sirve como política adecuada que respete el derecho de todos los miembros de la comunidad a ser tratados como iguales, pero no en caso contrario» (*id.*, *ibid.*: 239). Dworkin reconoce que los efectos prácticos de las mismas pueden ser contrarios a los que defienden sus partidarios. Esa cuestión empírica sigue discutiéndose aún hoy en los Estados Unidos de América, con una intensificación de las tendencias opuestas. «Sin embargo, no debemos corromper el

debate» –así cierra Dworkin su ensayo *Reverse Discrimination*– «suponiendo que esos programas son injustos, incluso aunque funcionen. Debemos tener cuidado para no usar la Cláusula de Igual Protección para privarnos de la igualdad» (*id.*, *ibid.*).[8]

La compatibilidad de las discriminaciones inversas como el principio de igualdad puede concebirse de una modo más inclusivo. Este principio normativo presupone la forma-diferencia «igual/desigual», de modo que puede afrontar las disimilitudes reales entre casos, situaciones y personas, en especial aquellas que impliquen la negación de derechos básicos a individuos y grupos. En este sentido es destacable, a nivel nacional, la contribución de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (1993) en cuanto al contenido jurídico del principio de igualdad. En un enfoque jurídico-positivo, pero con implicaciones para la teoría general del derecho y de la Constitución, Bandeira de Mello subraya que el principio constitucional de isonomía conlleva discriminaciones legales de personas, cosas, hechos y situaciones. Discute, entonces, cuándo las dicriminaciones se justifican sin que se desvirtúe el principio vector. Y menciona tres exigencias: la presencia de rasgos diferenciales en las personas, cosas, situaciones o hechos (1993: esp. 23-35); «correlación lógica entre el factor de discriminación y la disparidad llevada a cabo» (*id.*, *ibid.*: 36-40); consonancia de la discriminación con los intereses y valores protegidos en la Constitución» (*id.*, *ibid.*: 41-43). Pese a que Bandeira de Mello no haya afrontado el problema de la discriminación positiva de grupos socialmente desfavorecidos, nos parece que su línea de razonamiento se orienta perfectamente hacia la compatibilización de tal especie de discriminación con el principio constitucional de isonomía, apartándose de ciertos prejuicios derivados de interpretaciones literales del Art. 5., *caput,* de la Constitución Federal.

Y es exactamente la presencia de discriminación social negativa, que implica incluso obstáculos reales al ejercicio de derechos, la que justifica la discriminación jurídica afirmativa en favor de determinados grupos e individuos. En ese caso se da una perfecta correlación lógica entre el factor de discriminación y la disparidad que, eventualmente, se lleva a cabo. La introducción de ventajas competitivas en beneficio de grupos desfavorecidos podrá fundamentarse constitucionalmente como la institucionalización de medios jurídico-políticos que se destinan a posibilitar la integración igualitaria de todos en el Estado y en la sociedad en general. Evidentemente, es plausible el argumento dworkiniano de que se trata de favorecer la realización social del derecho a ser tratado con igual respeto y consideración, in-

[8] Cf. DWORKIN, 1991b: 395-97, con una posición más cauta en cuanto a su actitud anterior con respecto a la «acción afirmativa».

crementando la igualdad en la sociedad. Pero se puede formular el principio de igualdad, en lo que respecta en particular al problema de los grupos e individuos discriminados, del siguiente modo: cuanto más se sedimenta históricamente y se hace efectiva la discriminación social negativa contra determinados grupos, principalmente en los supuestos en que ésta implica obstáculos relevantes al ejercicio de derechos, tanto más se justifica la discriminación jurídica afirmativa en favor de sus miembros, siempre y cuando ésta se oriente en el sentido de la integración igualitaria de todos en los diversos procedimientos del Estado de Derecho. De ese modo, el principio constitucional de igualdad resulta sensible a las diferencias presentes en la realidad social e inseparable del principio de proporcionalidad. Por último, se puede concluir que pese a tratarse de una paradoja, pues la presencia de sectores discriminados conlleva límites en la construcción de una esfera pública pluralista, las discriminaciones legales afirmativas se justifican con arreglo al principio de igualdad en cuanto reaccionan proporcionalmente a las discriminaciones sociales negativas contra los miembros de esos grupos y desde el momento en que pretenden la integración jurídica igualitaria de todos en el Estado y en la sociedad en general.

III

La justicia como igualdad aspira a la universalidad. Ésta no se entiende aquí desde una perspectiva histórica. Antes bien, el universalismo de la justicia se relaciona con una conquista de la modernidad, cuyo objetivo es el acceso generalizado de individuos (como personas) y grupos al derecho. Ello exige, ciertamente, la neutralización de desigualdades sociales, en especial de aquéllas de naturaleza económica y política, en el plano del ejercicio de derechos establecidos como fundamentales. Y cuando esas desigualdades en sí mismas representan obstáculos para el ejercicio de derechos básicos y favorecen el privilegio jurídico de minorías, se justifican los mecanismos compensatorios que se expresan en los derechos sociales e, incluso, las discriminaciones inversas en forma de programas que crean ventajas competitivas. Mientras, sigue ahí la cuestión que viene planteando el comunitarismo radical, así como el multiculturalismo extremo: ¿no sería el universalismo de la justicia como igualdad una ideología que esconde las diferencias fundamentales entre grupos étnicos y culturales, cada uno de ellos con sus propios valores? Y, en ese sentido, ¿no se impone una subordinación de la justicia a los criterios valorativos de cada grupo particular? Como respuesta a esas cuestiones, se desarrolla una crítica al universalismo abstracto de la concepción liberal de justicia y se extiende un relativismo particularista en la legitimación del derecho y de la política. Por decirlo así,

los valores de cada grupo constituyen, desde esa perspectiva, el modelo mismo de justificación última del respectivo orden jurídico-político.

Al modelo comunitarista se puede contraponer el argumento tradicional de que una elevación de los valores grupales, ya sean los de preferencia o los de identidad, a criterio de legitimación última del orden político-jurídico impide cualquier posibilidad de crítica consecuente a regímenes totalitarios de base étnica o nacionalista. Por añadidura, cabe destacar que la concepción comunitarista, en la sociedad global supercompleja y culturalmente heterogénea de hoy, se muestra profundamente inadecuada. No sólo entre las diversas fronteras estatales se observa una fuerte diversidad de valores y etnias, sino que también en el ámbito del territorio de cada Estado se hallan presentes los más diversos valores grupales, que por lo general se encuentran en relación de conflicto. A partir de este dato innegable, me parece equivocada una fundamentación *ética* (referente a la autorrealización del grupo o a sus preferencias) o *étnica* (referente a la identidad del grupo) de los sistemas político y jurídico, ya sean éstos estatales o supraestatales, y sobre todo de la sociedad misma. Teniendo en cuenta la diversidad cultural y étnica de la sociedad global de hoy, incluso dentro de los respectivos territorios estatales, la insistencia en un modelo comunitarista de orden político-jurídico impide un análisis consistente y un tratamiento adecuado de los problemas estructurales de la sociedad global de hoy, vinculados en el plano de la práctica política a formas de nacionalismos étnicos y fundamentalismos religiosos que son incompatibles con el Estado democrático de derecho.

Mientras, el multiculturalismo extremo, al ensalzar la diversidad de valores y etnias que caracterizan la sociedad de hoy en día, tampoco es capaz de ofrecer ningún modelo consecuente para el tratamiento jurídico-político de las diferencias culturales. Partiendo empíricamente del hecho de que diversas culturas están presentes en la sociedad, sostiene desde un punto de vista normativo que deben respetarse las diversas identidades grupales, de tal modo que cualquier restricción a la identidad de un grupo étnico o cultural se concibe como injustificable. Un hecho que el multiculturalismo extremo no toma en consideración suficiente y adecuadamente es que las diversas identidades grupales están a menudo en conflicto, muchas veces de forma destructiva para el Estado y la sociedad. Ello exige una relectura del multiculturalismo empírico en el plano normativo de la construcción del orden jurídico-político. Criticando el multiculturalismo radical observa con razón Alain TOURAINE que «no hay sociedad multicultural posible sin recurrir a un principio universalista que permita la comunicación entre los individuos y los grupos social y culturalmente diferentes» (1997: 206). En consonancia con ello, destaca que «es necesario rechazar con idéntica fuerza

una concepción jacobina de la ciudadanía y un multiculturalismo extremo que rechaza todas las formas de ciudadanía» (1994: 99). El hecho es que sin la universalidad de la ciudadanía, esto es, sin la inclusión generalizada de individuos y grupos en el sistema jurídico-político, las diferencias étnicas y culturales degeneran en conflictos destructivos entre los diversos grupos. Es decir, el hecho empírico del multiculturalismo mismo exige una concepción de la justicia y de la ciudadanía que sea universalmente sensible a la diferencia. El universalismo de la justicia como igualdad, que presupone el universalismo de la ciudadanía como inclusión generalizada en el sistema jurídico-político, se presenta entonces como un universalismo relativo que exige el respeto recíproco a las diferencias.

No se trata, por tanto, de un *relativismo ético* en el sentido tradicional de esta expresión. Desde la perspectiva relativista cualquier patrón de valores se legitima en su respectivo contexto social o incluso personal. Pero tal perspectiva en una sociedad compleja y culturalmente heterogénea no puede presentar modelo normativo alguno en el sentido de la construcción de un orden jurídico-político estable y justo. Esta perspectiva conduce al mismo problema del multiculturalismo extremo, en la medida en que no es capaz de ofrecer patrón normativo alguno para la mediación o tratamiento de los permanentes conflictos entre las diversas identidades grupales que se encuentran presentes en la sociedad contemporánea. El problema normativo que se plantea en el contexto de la sociedad global de hoy, donde la intensa ola migratoria incrementa cada vez más la plurietnicidad y el pluriculturalismo en el interior mismo de los territorios de los respectivos Estados, es cómo afrontar constructivamente las diferencias étnicas y culturales, impidiendo la degeneración del conflicto entre los diversos grupos y combatiendo los fundamentalismos. Lo que se requiere, por tanto, es el acceso igualitario de las diversas preferencias valorativas e identidades étnicas a los procedimientos jurídico-políticos. Ello implica que ninguna de ellas pueda tener pretensiones de prevalecer absolutamente sobre las demás excluyéndolas. La primacía de los valores de un determinado grupo en un determinado procedimiento (electoral, legislativo, administrativo o jurisdiccional) del Estado democrático de derecho se justifica únicamente en cuanto es relativa, es decir, desde el momento en que los procedimientos permanecen abiertos a los valores del resto de grupos, que podrán prevalecer en otra eventualidad procedimental. Esto significa que la justicia como igualdad exige un orden jurídico-político que tiene como base y como exigencia el respeto recíproco a las diferencias étnicas de grupos y de individuos. La intolerancia étnica, que reacciona destructivamente frente al hecho de la plurietnicidad, y el fundamentalismo religioso, cuyo objetivo es la imposición de una homogeneidad étnica, son incompatibles con la complejidad y hete-

rogeneidad de la sociedad global de hoy e injustificables desde el punto de vista del orden jurídico-político. En este sentido, el reconocimiento absoluto de la diferencia, que subyace al relativismo ético y a su expresión práctica de hoy, el multiculturalismo extremo, es irreconciliable con la justicia como igualdad, que exige el respeto recíproco a las diferencias y la comunicación –de hecho, intensamente discrepante y conflictiva– entre los diversos grupos en el ámbito de una esfera pública pluralista. De ese modo se relativiza el reconocimiento de la diferencia, y así valores éticos e identidades étnicas que rechazan o niegan la heterogeneidad cultural de la sociedad y excluyen pues a otras etnias y culturas, son incompatibles con el universalismo de la justicia y de la ciudadanía y, en consecuencia, deben sufrir restricciones por parte del orden jurídico-político. El universalismo de la justicia se afirma, respecto de las diferencias étnicas y valorativas, como una igualdad de tratamiento jurídico de los diferentes grupos y una igualdad de acceso de los mismos a los procedimientos jurídico-políticos, exluyendo cualquier discriminación o privilegio. Pero la justicia como igualdad sólo está asegurada si se imponen restricciones efectivas a los grupos que basándose en una identidad étnica o en valores ético-religiosos pretendan destruir el propio orden normativo, el cual fundamenta el universalismo inherente a la igualdad de tratamiento y de acceso jurídico-político de los diferentes grupos. El universalismo de la diferencia sólo se afirma, por tanto, como universalismo de la igualdad.

IV

El problema de la relación entre justicia y diferencia en la sociedad global de hoy no se restringe, mientras, a la cuestión de la relación entre la igualdad y la diversidad de culturas y etnias. Aunque no se deba descuidar esta cuestión, pues los conflictos étnicos han alcanzado recientemente una dimensión que no se había considerado debidamente en las ciencias sociales de las últimas décadas (cf. LUHMANN, 1998: 372), gana cada vez más en significado el problema de la relación de la igualdad con las diversas esferas de comunicación. Michael WALZER (1983) se aproximó a esta temática cuando trató de las «esferas de justicia», refiriéndose en ese contexto a la «igualdad compleja» (1983: 3 ss.) definida en los siguientes términos: «Lo que la norma de la igualdad compleja exige es una sociedad donde a aquellos hombres que tienen más dinero, más poder o más conocimientos técnicos (y esos hombres siempre existirán) se les impida, sólo por ese hecho mismo, tomar posesión de cualquier otro bien social» (1998: 12). La concepción de Walzer, como se desprende ya de ese fragmento, permanece en el plano de la justicia distributiva, teniendo como foco únicamente las «cosas, los objetos de distribución» (WALZER, 1994: x). Primeramente cabe ad-

vertir que la justicia como modelo normativo del tratamiento igual/desigual, de acuerdo con la argumentación ya presentada en el apartado II, no se refiere únicamente a objetos distribuibles, sino también a casos, situaciones y, sobre todo, a personas. Por tanto, desde esa perspectiva, la justicia como «igualdad compleja» no se reduce a la diversidad de los criterios de distribución de bienes según esferas diferenciadas de *objetos*, sino que más bien está relacionada a modo inclusivo con la variación del modelo normativo de tratamiento igual/desigual en las diversas esferas de *comunicación*. En este sentido, según el juego de lenguaje (discurso) o, de un modo más simple, el sistema social (economía, política, familia, educación, ciencia, arte, religión, etc.), debe variar el modelo de tratamiento igual/desigual. Teniendo en cuenta que la complejidad social implica la diferenciación de la sociedad en diversas esferas autónomas de comunicación y, correspondientemente, en distintos juegos de lenguaje, la justicia como igualdad se diferencia para responder adecuadamente a tal complejidad.

La justicia como igualdad compleja presupone y exige, en primer lugar, que los códigos y programas de una esfera de comunicación no se impongan directamente a otra esfera de comunicación. Por ejemplo, es un imperativo de la justicia en una sociedad compleja que «el punto central de la racionalidad interna de un sector social autónomo, como la investigación, la sanidad o la educación, no debe ser sustituido por la racionalidad económica» (TEUBNER, 1998: 21 s.). En general, puede decirse que la racionalidad de un campo de comunicación no debe reducirse a la de otro así como afirmar que los códigos y criterios de una esfera social autónoma no deben ser saboteados por las exigencias de otra. En este sentido, Luhmann destaca igualmente que «ahora, los saboteos de código se convierten en el problema moral – algo así como la corrupción en la política y en el derecho o el *dopaje* en el deporte o la compra de amor o el falseamiento con datos de la investigación empírica» (LUHMANN, 1997: 1043). En lo que a los diversos juegos de lenguaje respecta, se impone una justicia discursiva como «justicia respecto de lo heterogéneo» (WELSCH, 1991: 176). Desde esta perspectiva, justicia significa «la relación entre identidad y alteridad discursiva, no desde la perspectiva de un tercero, sin embargo, sino desde la perspectiva singular del respectivo discurso en relación con otros mundos discursivos» (TEUBNER, 1996a: 218). En suma, la justicia como igualdad compleja presupone y exige el reconocimiento de la pluralidad discursiva y la complejidad sistémica de la sociedad global de hoy, que implica el respeto a la autonomía de las esferas discursivas o los sistemas de comunicación.

Pero esa exigencia, cuyo objetivo es un concepto general de justicia, referente a todo y cualquier «discurso social» (TEUBNER, 1996a: 218), no basta para caracterizar la justicia como modelo normativo del tratamiento

igual/desigual respecto de las esferas sistémicas y discursivas de una sociedad compleja. La justicia como igualdad compleja presupone la presencia de un sistema jurídico como mecanismo del tratamiento igual/desigual. La cuestión que se plantea, entonces, se relaciona con el tratamiento igual/desigual que se diversifica, adecuándose a la lógica de cada uno de los discursos o sistemas en que se diferencia la sociedad: «No es sólo: ¿trata el derecho lo igual igualmente y lo desigual desigualmente? Sino también: el derecho, al mismo tiempo, ¿es «justo» como el resto de discursos implicados en lo que la propia lógica les concierne?» (*id.*, *ibid.*). En este sentido específico, la justicia como igualdad compleja reside en la pretensión normativa de que el derecho proceda a un tratamiento igual/desigual internamente consistente y que se adecue, en cada caso, a las exigencias de la esfera de comunicación expuesta a tal tratamiento mismo. El objetivo de la justicia, por tanto, es la construcción de modelos normativos que posibiliten la orientación de las decisiones jurídicas en sus propias consecuencias[9], considerando la especificidad del respectivo discurso o sistema cuyo caso se presente al tratamiento igual/desigual. Ello implica la «*re-entry*» (SPENCER BROWN, 1971: 56 s. u. 69 ss.) de elementos de otro sistema social en el derecho. Es decir, se impone una relectura de los criterios de otro sistema de conformidad con el código «lícito/ilícito» y con los criterios jurídicos del tratamiento igual/desigual.

Si un conflicto económico, por ejemplo, se convierte en un conflicto jurídico que exige un tratamiento justo, no basta con que el derecho recurra a las exigencias de la eficiencia económica, definida en primer lugar de acuerdo con el código tener/no-tener. Es necesario que se recurra a los programas del derecho, esto es a normas constitucionales, leyes, normas negociales y jurisprudencia, articulándolos en pos de un tratamiento igual/desigual de los agentes económicos que se trasformen en partes jurídicamente interesadas. Porque al convertirse el conflicto en un caso jurídico que exige un tratamiento justo, el principio económico de la eficiencia debe entonces ceder a los criterios jurídicos del tratamiento igual/desigual. Así es como un pequeño empresario, económicamente ineficiente, incluso insolvente, puede tener derecho y pretensión jurídica y salir victorioso en un proceso judicial contra una gran organización multinacional económicamente supereficiente. Pero en su decisión, el órgano competente, si se basa en el principio de la justicia como igualdad compleja, no puede actuar destructivamente respecto del propio principio de la eficiencia económica. La igualdad jurídica, aunque entre en constante conflicto con la eficiencia del sistema económi-

[9] Se discute, entonces, en qué medida y de qué modo las consecuencias de las decisiones pueden constituir fundamentos de derecho (TEUBNER [org.], 1995).

co y deba combatirla cuando ésta se expande destructivamente contra los derechos, tiene que ser sensible a la lógica económica y afrontarla constructivamente para convertirse en una igualdad compleja. Esto significa que el tratamiento igual/desigual con respecto a un caso originariamente económico, para ser justo, es decir, para corresponder al principio de la igualdad compleja, precisa ser jurídicamente consistente y económicamente adecuado. En este sentido debe desecharse en la sociedad global compleja del presente no sólo la reducción de la justicia a un tratamiento igual/desigual insensible a sus consecuencias económicas, tal como propone tradicionalmente el formalismo jurídico. También es inadmisible cualquier reduccionismo de la justicia a una expresión jurídica de la eficiencia económica, tal como vienen proponiendo la escuela del llamado «Análisis Económico del Derecho» y el movimiento «*law and economics*» en los Estados Unidos de América. En el ámbito de esa corriente se desarrolla una concepción instrumental del derecho, de un derecho que en última instancia debe ser un instrumento de eficiencia económica. Así es como al admitir la posibilidad de diferentes interpretaciones de una misma ley el movimiento «*law and economics* prescribe que debe adoptarse la interpretación más adecuada para alcanzar la maximización de valor» (ROSENFELD, 1998: 164). La racionalidad jurídica (tratamiento igual/desigual consistente y adecuadamente complejo) se subordinada a la racionalidad económica (maximización de valor), entendida como resultante de la «elección racional»[10]. Se da una especie de trivialización económica del derecho. En tal concepción subyace una visión simplista de la sociedad global compleja de hoy, que reduce la racionalidad social a la racionalidad económica. En realidad se parte de un dato empírico, el expansionismo del sistema económico con efectos destructivos sobre el resto de sistemas sociales, y se construye un modelo normativo de justicia. Mientras, la justicia como igualdad compleja, esto es, tratamiento igual/desigual sensible a la heterogeneidad de discursos y sistemas, implica entre otras cosas la exigencia de combatir el expansionismo de la economía, que desarrolla en detrimento de la autonomía del resto de esferas discursivas y sistémicas de la sociedad mundial.

Por tanto, no sólo con respecto a la economía, la justicia como igualdad compleja origina un tratamiento igual/desigual jurídicamente consistente y contextualmente adecuado. La justicia presupone la autonomía/identidad del derecho y, al mismo tiempo, la autonomía de cualquiera de sus contextos. La justicia no puede reducirse a los criterios de la ciencia, el arte, la educación, la religión, la política, la familia, etc. Se comprueba que en cier-

[10] «El último Dios al cual el derecho debe sacrificarse hoy se llama *rational choice*» (TEUBNER, 1996a: 199).

tas ocasiones más conocimientos científicos, promociones a artistas o a movimientos artísticos estéticamente más destacados, métodos de enseñanza que promuevan un mayor rendimiento del aprendizaje escolar, creencias religiosas profundas, decisiones políticas mayoritarias basadas en la discusión democrática e incluso el amor intenso en las relaciones familiares, acaban por transgredir los criterios del tratamiento igual/desigual jurídicamente consistente. Así pues, cuando los conflictos científicos, estéticos, educativos, religiosos, políticos y familiares se convierten en un conflicto jurídico y se exponen al tratamiento igual/desigual, los criterios de las respectivas esferas de comunicación no deben imponerse inmediatamente en el ámbito del derecho atentando contra la consistencia jurídica del tratamiento igual/desigual. Es imprescindible una relectura jurídica de los criterios del sistema a que originariamente pertenece el conflicto. Esto es, el tratamiento igual/desigual complejamente consistente exige la «reintroducción» («*reentry*») de esos criterios en el derecho. Pero desde la perspectiva de los contextos autónomos, el tratamiento igual/desigual debe ser sensible a las especificidades del respectivo sector de comunicación, es decir, según el caso, científica, artística, educativa, religiosa, política o familiarmente sensible. Se excluye así un formalismo jurídico insensible a la autonomía del contexto. Si el derecho actúa destructivamente con respecto a la autonomía de la ciencia, el arte, la educación, la religión, la política, la familia, etc., impidiendo que puedan reproducirse de acuerdo con sus propios códigos y criterios, entonces se vuelve incapaz de promover la justicia como igualdad compleja, a saber, de proceder a un tratamiento igual/desigual que se adecue a cada uno de esos sistemas sociales y, por ende, a la complejidad sistémica y a la heterogeneidad discursiva de la sociedad. En suma, la consistencia jurídica y la adecuación contextual del tratamiento igual/desigual son los dos aspectos indispensables de la justcia como igualdad compleja.

V

El modelo jurídico-político que ha resultado más satisfactorio para la promoción de la justicia como igualdad en la sociedad global compleja de hoy es el Estado democrático de derecho. Éste es el que dispone de los mecanismos y procedimientos más apropiados para el tratamiento igual/desigual jurídicamente consistente y socialmente adecuado a los diversos contextos.

Desde el punto de vista interno, el Estado democrático de derecho asegura tanto la autonomía operacional de la política como la del derecho. Al contrario que las formas autocráticas contemporáneas, que subordinan el derecho a la política, el Estado democrático implica una relación de horizontalidad e interdependencia entre esos dos sistemas de la sociedad global,

en sus respectivas reproducciones en un territorio delimitado. Decisiva, a ese respecto, es la presencia de la Constitución como «acoplamiento estructural» entre derecho y política como sistemas sociales que se reproducen autónomamente (LUHMANN, 1990: 193 ss., 1993: esp. 470 ss., 1997: 782 s.). En este sentido, la Constitución «posibilita una solución *jurídica* del problema de autorreferencia del sistema *político* y, al mismo tiempo, una solución *política* del problema de autorreferencia del sistema *jurídico*» (LUHMANN, 1990: 202). La Constitución permite la «reintroducción» ("*reentry*") de lo jurídico en la política y de lo político en el derecho. Esto no significa la negación de la autonomía e identidad de los sistemas político y jurídico, sino la sensibilidad jurídica de la política y la sensibilidad política del derecho. El tratamiento igual/desigual, entonces, no se subordina inmediatamente a los criterios de la política, habiendo de ser jurídicamente consistente, sino que debe ser complejamente adecuado a las exigencias de la política democrática, para promover la justicia como igualdad compleja, que asume en tal caso la forma de justicia política. Así es como, basándose en la Constitución y mediante la jurisdicción constitucional, una decisión parlamentaria mayoritaria puede considerarse jurídicamente inválida, en especial cuando contradice los criterios jurídicos del tratamiento igual/desigual atentando de ese modo contra la justicia como igualdad.

A pesar de que tengan mayor relevancia en lo relativo a la relación del derecho con la política, pues el Estado democrático de derecho puede definirse como el modelo procedimental de la relación recíproca e intersección entre los sistemas jurídico y político, estas observaciones pueden extenderse a la relación del derecho con otras esferas de comunicación. A este respecto cabe considerar la Constitución desde el punto de vista específicamente jurídico. Por un lado, «la Constitución es la forma con la cual el sistema jurídico responde a su propia autonomía. La Constitución debe, en otras palabras, substituir soportes externos, tales como los que fueran postulados por el derecho natural» (LUHMANN, 1990: 187). En este sentido, Luhmann destaca que «la Constitución cierra el sistema jurídico, en cuanto lo regula como un dominio en el cual ella misma reaparece. Ésta constituye el sistema jurídico como sistema cerrado mediante la reintroducción en el sistema» (*id.*, *ibid.*). De ello se desprende que los criterios de otros sistemas sociales no pueden obtener validez inmediata en el interior del sistema jurídico. La constitución establece una pluralidad de procedimientos –el jurisdiccional, el legislativo y el administrativo-burocrático–, por medio de los cuales las influencias y presiones externas sobre el derecho sufren una relectura de acuerdo con criterios específicamente jurídicos. Existe una especie de conmutación discursiva del lenguaje social del resto de diversas esferas de comunicación hacia un lenguaje específicamente jurídico, basán-

dose todo ello en procedimientos constitucionales. Por añadidura, la Constitución del Estado democrático de derecho prevé el principio jurídico de isonomía, en el cual se basa el tratamiento igual/desigual y, por tanto, la justicia como igualdad compleja. La Constitución prevé asimismo los criterios normativos que posibilitan la realización práctica del principio de isonomía. Por consiguiente, las exigencias o conflictos científicos, económicos, artísticos, educativos, religiosos, familiares, etc. que se conviertan en exigencias o conflictos jurídicos, exponiéndose así al tratamiento igual/desigual, deben someterse procedimentalmente al principio constitucional de isonomía y a las normas constitucionales que constituyen sus criterios de concretización con el fin de que se haga así justicia como igualdad compleja.

Por otro lado, las normas constitucionales se refieren a las diversas esferas de comunicación en que se diferencia la sociedad, reconociendo y asegurando jurídicamente la autonomía de las mismas en el Estado democrático de derecho. Los propios derechos fundamentales pueden verse como una respuesta jurídico-constitucional a la diferenciación de la sociedad en diversos sistemas autónomos de comunicación (LUHMANN, 1986). El derecho responde a la autonomía de los sistemas sociales mediante la «reintroducción» («re-entry») de sus códigos-diferencia (tener/no tener, verdad/falsedad, transcendente/inmanente, etc.) y sus criterios en el propio derecho, que pasan de ese modo por una conmutación discursiva de acuerdo con el lenguaje jurídico. Así pues, la Constitución establece los derechos fundamentales de propiedad, libertad contractual, libertad de elección de trabajo, respondiendo de ese modo a las exigencias de un sistema económico autónomo, así como prescribe la liberdad científica, religiosa y artística, la libertad de enseñar y aprender, el acceso a la educación, la protección a la familia y la elección democrática, respondiendo de ese modo a las respectivas exigencias de desarrollo autónomo de la ciencia, la religión, el arte, la educación, la familia y la política. Esto significa que cuando las exigencias o conflictos de esas esferas diferenciadas de comunicación se convierten en exigencias o conflictos jurídicos y se exponen, por tanto, al tratamiento igual/desigual en los términos del principio constitucional de isonomía, el derecho no debe imponer sus criterios indistintamente a cualquiera de esas esferas ignorando sus especificidades y, por tanto, dañándolas o destruyendo su autonomía. Amén de jurídicamente consistente, el tratamiento igual/desigual en el Estado democrático de derecho tiene que adecuarse a las exigencias específicas de las diversas esferas sistémicas y discursivas de la sociedad. Se impone que, guiados por el principio de isonomía, los procedimientos constitucionales sean sensibles, según el caso, a la economía, la ciencia, la religión, el arte, la educación, la familia y la política, adecuando el tratamiento igual/desigual a cada una de esas esferas de comuni-

cación. Sólo así esas esferas pueden promover la justicia como igualdad compleja. Sería absurdo y profundamente injusto en la sociedad global supercompleja de hoy pretender, en nombre del principio jurídico de isonomía, prohibir toda y cualquier desigualdad económica, impedir la desigualdad en el conocimiento científico, las diferencias, desigualdades o carencia de fe religiosa y de aptitud artística, la desigualdad en la capacidad de enseñar y de aprender, negar la asimetría de poder entre minoría y mayoría parlamentaria, entre gobierno y oposición, así como pretender abolir la patria potestad ignorando la diferencia entre padres e hijos. Pese a ello no debe olvidarse, sin embargo, que la autonomía de las diversas esferas de comunicación implica el acceso universal a las mismas. La justicia como igualdad compleja también es, por consiguiente, incompatible con la «exclusión» de personas y grupos de la economía, la educación, la política y cualquier otro sistema social. La justicia conlleva una relectura de la exigencia de «inclusión social» como «inclusión jurídica» en términos de derechos fundamentales de acceso a las diversas esferas diferenciadas y autónomas de comunicación. En suma, si la justicia como igualdad compleja, que ha de realizarse en los diversos procedimientos constitucionales del Estado democrático de derecho, tiene que adecuarse a la especificidad y a la autonomía/identidad de las diferentes esferas discursivas o sistémicas de la sociedad global de hoy, debe no sólo compatibilizarse con la forma singular de libertad imprescindible para cada una de ellas, sino también con la «inclusión» universal como exigencia específica de cada subsistema social.

Pero la comprensión del Estado democrático de derecho como modelo jurídico-político más satisfactorio para la justicia como igualdad compleja no se desprende sólo de un análisis sistémico de la autorreferencia y heterorreferencia del derecho. Se debe observar también cómo a partir de una esfera pública pluralista caracterizada por la heterogeneidad de valores, intereses y discursos, los procedimientos del Estado democrático de derecho se legitiman (heterolegitimación) y sirven para la promoción de la justicia como igualdad. Defino esfera pública como campo de tensión entre la Constitución en cuanto acoplamiento estructural entre política y derecho, por un lado, y por otro el mundo de la vida, en cuanto espacio social no estructurado sistémicamente, y resto de sistemas funcionales de la sociedad. La esfera pública es la consecuencia de aquellas espectativas, valores, intereses y discursos que, por destacarse de los sistemas funcionalmente diferenciados de la sociedad y perder así su sentido sistémico específico, o que por provenir del mundo de la vida, aspira a generalizarse política y jurídicamente a través de los procedimientos constitucionales. La esfera pública es la arena de la disensión. Se trata de una disensión estructural entorno a valores, intereses, expectativas normativas y discursos. Los procedimientos

del Estado democrático de derecho no se legitiman en cuanto pretenden negar esa disensión o buscar un consenso entorno a esos valores, intereses, expectativas y discursos. Éstos no están destinados, desde un punto de vista normativo incluso, a la búsqueda del consenso, tal como propone la teoría habermasiana del discurso –fundada en la teoría de la acción comunicativa como acción orientada al entendimiento intersubjetivo– dentro su concepción del Estado democrático de derecho (HABERMAS, 1992). La legitimación que proviene de la esfera pública no es fruto del consenso entorno al resultado de los procedimientos, ya sea tal consenso supuesto, fáctico o hipotético-racional. Lo esencial es que los procedimientos constitucionales, independientemente de sus resultados, permanezcan abiertos a la diversidad de expectativas, valores e intereses, incluso los eventualmente descartados. Los procedimientos actúan selectivamente, pero no tendrían fuerza legitimadora si ignorasen la continuidad de la disensión en la esfera pública. Los canales de mutación deben permanecer abiertos al flujo de informaciones de carácter contradictorio y conflictivo que llega del mundo de la vida y de los diversos sistemas sociales autónomos. No se excluyen nuevas posibilidades de vigencia normativa y decisión vinculante. En este sentido, lo que se impone (deber ser) para la manutención de una esfera pública pluralista es el consenso entorno a los procedimientos constitucionales. Así pues, la observancia de estos procedimientos no sólo legitima el resultado procedimental en el interior de los sistemas jurídico y político reestructurando expectativas (LUHMANN, 1983: esp. 119 e 252 s.), sino que también legitima el sistema constitucional como un todo desde la perspectiva externa de la esfera pública, independientemente del resultado eventual del procedimiento. Es decir, el Estado democrático de derecho se legitima en cuanto sus procedimientos absorben sistémicamente la disensión y, al mismo tiempo, posibilitan, median e incluso fomentan la emergencia de la misma en la esfera pública. Como modelo jurídico-político, el Estado democrático de derecho se legitima en cuanto es capaz de mediar el consenso procedimental y la disensión de contenido y, de ese modo, posibilitar y promover el respeto a las diferencias en la sociedad global supercompleja contemporánea.

Desde el punto de vista específico de la justicia como igualdad compleja, eso significa que el tratamiento igual/desigual exige procedimientos constitucionales abiertos a la disensión estructural de la esfera pública. Los resultados de los procedimientos no pueden constituirse en forma de exclusión de otras posibilidades de tratamiento igual/desigual. La incertidumbre del derecho, que se relaciona con la complejidad de la sociedad y la heterogeneidad estructural de la esfera pública, implica incluso la posibilidad de diferentes concretizaciones correctas del principio de isonomía: una interpretación jurídicamente consistente y socialmente adecuada de tal principio

puede entrar en conflicto con otras alternativas de tratamiento igual/desigual que también sea jurídicamente consistente y socialmente adecuado. La justicia como igualdad se hallará definitivamente maltrecha si pretende negar la incertidumbre en cuanto a la interpretación y concretización del principio constitucional de isonomía, reprimiendo de ese modo la complejidad sistémica de la sociedad y la disensión estructural de la esfera pública. La justicia como igualdad que el Estado democrático de derecho ha de realizar es incompatible, por tanto, con un fundamentalismo jurídico respecto del principio constitucional de isonomía. Al contrario, la justicia implica el reconocimiento, la absorción y la viabilización procedimental de la disensión entorno al tratamiento igual/desigual, una disensión que en la sociedad global supercompleja de hoy resulta de la diferencia de posturas valorativas, la diversidad de modelos discursivos, la variedad de intereses y la congruencia de perspectivas sistémicas respecto del principio constitucional de isonomía.

VI

Aunque sea plausible la afirmación de que el Estado democrático de derecho se ha presentado como el modelo jurídico-político más satisfactorio para la realización de la justicia como igualdad en la sociedad compleja de hoy, se puede observar que bajo la presión tanto de la llamada «globalización económica» como de los conflictos étnicos y de los fundamentalismo religiosos, en las últimas décadas dicho Estado ha perdido en eficiencia y capacidad de integración.

Como consecuencia de la globalización económica, entendida aquí como expansionismo del sistema económico con efectos destructivos para la reproducción autónoma de otras esferas de comunicación, se amplían las formas económicamente determinadas de «exclusión» social en el sentido amplio del término, es decir, por un lado, falta de acceso a los beneficios y ventajas de los diversos sistemas sociales vinculada a la dependencia de sus reglas y restricciones (subintegración), y por otro, acceso a los primeros independientemente de estas últimas (sobreintegración) (NEVES, 1994, 1992: 94 ss. e 155 ss.)[11]. El problema deja de ser una singularidad de los llamados

[11] En la utilización de los conceptos de subintegración y sobreintegración me acompaña MÜLLER, 1997: 47 ss., esp. 49 ss. Cf. también O'DONNELL, 1999: 312 y 332, nota 47. Desde una perspectiva distinta, partiendo primeramente de la dependencia (deberes, responsabilidades, etc.) y no del acceso (derechos, acciones, etc.) como los dos aspectos del concepto de inclusión, Luhmann afirma más tarde, enfrentándose a mi formulación conceptual anterior, que el «sector de exclusión» [Inklusionsbereich] está superintegrado (porque es más dependiente), en cuanto la inclusión permite una menor integración (LUHMANN, 1993: 584 s., 1995: 259 s., 1997: 631 s.). Mientras, tal como formulo, subintegración y sobreintegración implican una in-

«países periféricos», donde el Estado democrático de derecho, en rigor, nunca se realizó de manera satisfactoria, y se extiende a los «países centrales», en especial a aquéllos de América del Norte y de la Europa Occidental desarrollada, donde el modelo de Estado democrático de derecho como Estado de bienestar tiene un éxito considerable. En este sentido cabe hablar incluso de tendencia a una «periferización del centro» (NEVES, 1998: 153 ss.). Problemas sociales típicos que se relacionan con la «exclusión» social tienden a expandirse a escala global, de tal modo que incluso la concepción de la primacía de la diferenciación funcional en la sociedad mundial se torna cuestionable.

La intolerancia étnica, no sólo en la forma escandalosa que tomó por ejemplo en los Balcanes y África, donde destruyó o impidió la propia existencia del Estado, sino también en la forma del neonazismo o neofascismo que se intensifica en Europa Occidental, principalmente como reacción ante los nuevos flujos de inmigración que huyen de la «exlusión» en sus países de origen, y los fundamentalismos religiosos constituyen igualmente fenómenos que recientemente vienen amenazando cada vez más el Estado democrático de derecho. Los conflictos étnicos y religiosos que se derivan de ello, al contrario que los conflictos de intereses, no son susceptibles de mediación (LUHMANN, 1998: 372). Los grupos étnicamente intolerantes o religiosamente fundamentalistas rechazan los procedimientos del Estado democrático de derecho, precisamente porque éstos reconocen la disensión estructural de la esfera pública procurando absorberla, mediarla, posibilitarla o incluso fomentar su emergencia. Mediante la intolerancia étnica y el fundamentalismo religioso, se pretende negar la diversidad étnica de valores, así como la autonomía de las esferas discursivas y sistémicas, reaccionando destructivamente frente a la heterogeneidad cultural y la complejidad sistémica de la sociedad global del presente, heterogeneidad y complejidad a las que el Estado democrático de derecho procura, mediante un consenso procedimental y una disensión de contenido, dar una respuesta jurídico-política adecuada.

Evidentemente, el expansionismo del código económico y la «exclusión» social por un lado, y la intolerancia étnica y los fundamentalismos religiosos por otro, son incompatibles con la justicia como igualdad compleja. El primero implica la negación de la autonomía de las diversas esferas discursivas y sistémicas, presupuesto y exigencia de la justicia como igualdad compleja. La «exlusión» social es incompatible con el universalismo de

---

clusión insuficiente (y, por tanto, una exclusión parcial), ya sea por falta de acceso o de dependencia, respectivamente. Ello explica porque tanto los subciudadanos como el sobreciudadano carecen de ciudadanía en cuanto mecanismo de inclusión político-jurídica en la sociedad.

la justicia en la medida en que implica la discriminación negativa de una gran parte de la población (subintegración) y los privilegios de una minoría (sobreintegración). La intolerancia étnica y el fundamentalismo religioso, a su vez, rechazan la diferencia y, por tanto, la relatividad inherente al universalismo de la justicia en la sociedad global compleja del presente. En ésta, la justicia presupone y exige la autonomía de las diversas esferas de comunicación, la «inclusión» social generalizada y el respeto a las diferencias de valores-identidad y de valores-preferencia.

Como reacción a la reciente crisis del Estado democrático de derecho en Europa Occidental y América del Norte, relacionada con la llamada «globalización» económica y con las nuevas formas de intolerancia étnica y fundamentalismo religioso, fenómenos que se agravan tras la caída de los regímenes pretendidamente socialistas de Europa del Este, se tiende a la búsqueda de nuevos procedimientos e instituciones que puedan servir de alternativas a la incapacidad regulatoria y la deficiencia del Estado, principalmente en lo relativo a la realización de la justicia como igualdad compleja. En este particular destacan dos tendencias: una apela a los órdenes *jurídicos* globales, plurales y heterárquicos (TEUBNER, 1996b, 1996c); la otra, a una «*política* interna mundial» [*Weltinnenpolitik*] supraordenada al Estado (HABERMAS, 1998a, 1998b, 1999a, 1999b, 1996: esp. 128 ss. y 217 ss.). Ambas son susceptibles de restricciones (cf. NEVES, 1998: 153 ss.), especialmente en lo relativo a la realización de la justicia como igualdad compleja a escala mundial.

El énfasis de Teubner en los órdenes jurídicos globales y plurales (*law's global villages*), cada uno de ellos acoplado estructuralmente con uno de los sistemas mundiales –economía, ciencia, turismo, transporte, etc.– es sin duda seductor. Pero en la propia concepción posmoderna de Teubner ya se pueden percibir síntomas de los límites del pluralismo jurídico global. Cabe observar que Teubner concentra su enfonque en el derecho económico mundial, específicamente en la *lex mercatoria*, el único ejemplo de *law's global village* que analiza (1996b: 264 ss.); en el tratamiento de esta forma de derecho mundial se pone de relieve una falta de autonomía de la *lex mercatoria* frente a los procesos económicos globales subrayándose que ésta es extremamente vulnerable a las presiones y ataques de los actores económicos y, en este sentido, también en el futuro seguirá siendo «un derecho corrupto» (*id.*, *ibid.*: 279). Por tanto, en rigor, tal orden jurídico global, la *lex mercatoria*, constituye el instrumento de la economía mundial y tiene por función servir a ese sistema. En otras palabras, constituye el derecho al servicio del dinero. Por consiguiente, no se trata de una forma de derecho que pueda servir para la justicia como igualdad compleja, la cual presupone un derecho autónomo frente al sistema económico. Subordinada a la economía

global y trivializada por ésta, la *lex mercatoria* como derecho económico global no es el orden jurídico apropiado para promover un tratamiento igual/desigual que amén de económicamente adecuado sea jurídicamente consistente. Es apto para proceder a una estabilización jurídica del juego económico, pero no para producir justicia como igualdad compleja.

Habermas, al contrario que Teubner, defiende una solución *política* unitaria que se presenta en forma de «proyecto» de «política interna mundial», que distinguiéndose de un Estado mundial sea capaz de hallar las instituciones y los procedimientos necesarios para la construcción de intereses comunes en términos de una ciudadanía mundial (HABERMAS, 1998a: 79 s.). Tal «proyecto» tiene dos problemas en perspectiva: la crisis del Estado de bienestar frente a la sobrecarga de una economía gobalizada (1998a, 1998b: 79 ss.); la violación flagrante y escandalosa de los derechos humanos en amplias regiones del globo terrestre (1999a, 1999b, 1998b: 170 ss.). Con respecto al primer caso, Habermas propone «la transferencia hacia instancias supranacionales de funciones que, aun ahora, los Estados sociales tengan asumidas en el ámbito nacional» (1998a: 75 o 1998b: 86.) y de ese modo la «construcción de un régimen global de bienestar» (1998a: 80). Respecto al segundo, se manifiesta favorable a la llamada «intervención humanitaria» y propone que la misma se legitime mediante la institucionalización de procedimientos jurídicos en el plano de las organizaciones internacionales.

Este no es el lugar para profundizar en el análisis del proyecto habermasiano, inigualablemente seductor (a este respecto, véase NEVES, 1998: 153 ss.). Me limitaré a algunas observaciones generales. Con respecto a la idea de un «régimen general de bienestar», Habermas no extrae las debidas consecuencias del hecho, por él reconocido, de que el Estado social sólo puede desarrollarse «en algunas regiones privilegiadas, en las condiciones favorables de la posguerra» y que la «interdependencia asimétrica entre los países desarrollados, los industrializados recientemente y los subdesarrollados» permanece intocable (HABERMAS, 1998a: 76 o 1998b: 87). La orientación incluyente en el Estado de bienestar del Occidente desarrollado no surgió sin una amplia exclusión en otras regiones del globo terrestre. En la actualidad vuelve a darse la tendencia de que olas de exclusión, dentro del contexto de la globalización económica, se extiendan en los países centrales. Frente a la gran desigualdad económica entre Norte y Sur y frente a una sociedad global fuertemente conflictiva, me parece que la noción de un «régimen global de bienestar» y la idea de la necesidad de una «solidaridad cosmopolita» (1998a: 77 o 1998b: 88) con vistas a una «ciudadanía mundial» desempeñan más bien un papel ideológico y no contribuyen adecuadamente a la construcción de mecanismos consecuentes de solución de los graves problemas sociales de la sociedad global compleja de hoy. Lo que se

observa, en realidad, son reacciones supranacionales a escala regional, como por ejemplo la Unión Europea, que en lugar de una política de bienestar global solidaria tiende a reaccionar drásticamente ante la ola migratoria de los «fugitivos de la exclusión», emigrantes de otras regiones del planeta. Se trata, por tanto, de una *política interna* de bienestar *del Occidente* desarrollado que no sirve para la justicia como igualdad compleja a escala global y que implica incluso formas de tratamiento injusto contra los inmigrantes. En cuanto a la llamada «intervención humanitaria» se puede afirmar que ésta, sobre todo en virtud de la estructura no democrática del Consejo de Seguridad de la ONU, que «realiza un intervencionismo arbitrario» con respecto a los derechos humanos (BRUNKHORST, 1999: 382), de las «intenciones paternalistas» inherentes a las propuestas interventivas y de la clasificación «selectiva» de las violaciones de los derechos humanos que dan lugar a la intervención (MAUS, 1997: 168 e 190), no constituye en rigor una «política *interna mundial*» democráticamente institucionalizada para la implantación de los derechos humanos, sino más bien una política *externa del Occidente* desarrollado oligárquicamente estructurada para la vigilancia de las políticas de «derechos humanos» de los países más frágiles en la constelación del poder internacional. Así pues, no se trata de una institución de la justicia como igualdad compleja, sino de un instrumento de poder internacional.

Por tanto, el Estado democrático de derecho sigue siendo el que, para el combate de la injusticia estructural de la sociedad global compleja del presente, sociedad caracterizada por amplias formas de «exclusión» social e intolerancia para con lo diferente, mediando un consenso procedimental y una disensión de contenido, ofrece el modelo jurídico-político más adecuado. Evidentemente, el éxito y la difusión de ese modelo dependen de políticas consecuentes de seguridad, derechos humanos, medioambientales y de desarrollo en el ámbito de las organizaciones internacionales, así como de reglas eficientes de estabilización de las relaciones económicas globales, principalmente en lo relativo al mercado financiero. Y, para la innovación y adecuación a las nuevas redes de comunicación de la sociedad mundial, el Estado democrático de derecho ha de abrirse a las provocaciones e irritaciones de la pluralidad de los órdenes jurídicos globales. Por añadidura, no debe ignorarse que a causa de las inmensas desigualdades sociales entre individuos y grupos, que implican la «exclusión» de amplias partes de la población del planeta, y de las enormes asimetrías de desarrollo entre regiones y países, las perspectivas de difusión del Estado democrático de derecho a escala mundial son muy negativas. Por ello existe a largo plazo la necesidad de profundas transformaciones en el grado de desarrollo y las relaciones económicas internacionales, sumamente conflictivas, no habiendo en

el momento actual perspectivas en el sentido de tales transformaciones. Ello, sin embargo, no debe ocultar el hecho de que el Estado democrático de derecho aún constituye el modelo jurídico-político que, capaz de adecuarse a los más diferentes contextos (multi-)culturales y las más diversas exigencias regionales, puede promover más satisfactoriamente la justicia como igualdad compleja. Esta justicia, en caso de no contar con los procedimientos efectivos del Estado democrático de derecho, estará abocada en la sociedad global compleja del presente a reducirse a un tópico de retórica política, en especial de aquella retórica política vinculada a la etiqueta de «globalización», en cuyo ámbito el mercado se celebra como criterio último de la justicia.

(Traducción de Ángel Espinosa Gadea)

Bibliografía

ARISTÓTELES (1941): *Ethica Nicomachea* (*Nicomachean Ethics*), trad. ingl. de W. D. Ross, *in*: Richard McKeon (org.), *The Basic Works of Aristotle*, New York: Random House, pp. 927–1112.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (1993): *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 3.ª ed., São Paulo: Malheiros.

BRUNKHORST, Hauke (1999): «Heterarchie und Demokratie», *in*: BRUNKHORST, Hauke / NIESEN, Peter (orgs.), *Das Recht der Republik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 373–385.

COMPARATO, Fábio Konder (1993): «Igualdade, Desigualdades», *in*: *Revista Trimestral de Direito Público*, 1/1993 (São Paulo: Malheiros), pp. 69-78.

DWORKIN, Ronald (1991a): *Taking Rights Seriously*, 6.ª ed., London: Duckworth (1.ª ed.: 1977).

DWORKIN, Ronald (1991b): *Law's Empire*, London: Fontana Press (1.ª ed.: 1986).

GIDDENS, Anthony (1991): *The Consequences of Modernity*, Cambridge: Polity Press.

HABERMAS, Jürgen (1992): *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

– (1996): *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

– (1998a): «Jenseits des Nationalstaats? Bemerkungen zu Folgeproblemen der wirtschaftlichen Globalisierung», *in*: BECK, Ulrich (org.), *Politik der Globalisierung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 67-84.

– (1998b): *Die postnationale Konstellation: Politische Essays*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

– (1999a): «Zur Legitimation durch Menschenrechte», *in*: BRUNKHORST, Hauke / NIESEN, Peter (orgs.), *Das Recht der Republik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 386–403.

– (1999b): «Bestialität und Humanität: Ein Krieg an der Grenze zwischen Recht und Moral», *in*: *Die Zeit*, 29. April 1999, pp. 1, 6 e 7.

HONNETH, Axel (1995): «Einleitung», *in*: *idem* (org.), *Kommunitarismus: Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*, 3.ª ed., Frankfurt am Main / New York: Campus, pp. 7–17.

JOUVENEL, Bertrand de (1976): *Les Débuts de l'État Moderne: Une histoire des idées politiques au XIX^e siècle*, Paris: Fayard.

Trad. bras. (1978): *As origens do Estado Moderno: Uma história das idéias políticas no século XIX*, Rio de Janeiro: Zahar.

KELSEN, Hans (1960). *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Wien: Franz Deuticke (reimpresión inalterada: 1983).

LUHMANN, Niklas (1981): *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

– (1983): *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

– (1986): *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, 3.ª ed., Berlin: Duncker & Humblot.

– (1987a): *Rechtssoziologie*, 3.ª ed., Opladen: Westdeutscher Verlag.

– (1987b): *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

– (1988): «Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts», *in*: *Rechtstheorie* 19 (Berlin: Duncker & Humblot), pp. 11–27.

– (1989): *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 3.ª ed., Stuttgart: Enke.

– (1990): «Verfassung als evolutionäre Errungenschaft», in: *Rechtshistorisches Journal* 9 (Frankfurt am Main: Löwenklau), pp. 176-220.

– (1991): «Der Gleichheitssatz als Form und als Norm», *in*: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 77 (Stuttgart: Steiner), pp. 435-445.

– (1993): *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

– (1995): «Inklusion und Exklusion», *in*: *idem*, *Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Mensch*, Opladen: Westdeutscher Verlag, pp. 237-264.

– (1997): *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2 tomos.

– (1998): «Der Staat des politischen Systems: Geschichte und Stellung in der Weltgesellschaft», *in*: BECK, Ulrich (org.), *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, pp. 345-380.

LUHMANN, Niklas / DE GIORGI; Raffaele (1992): *Teoria della società*, Milano: Franco Angeli.

MAUS, Ingeborg (1997): «Staatssouveränität als Volkssouveränität. Überlegungen zum Friedensprojekt Immanuel Kants», *in*: Wilfried Loth (org.), *Jahrbuch 1996 des Kulturwissenschaftlichen Instituts im Wissensschaftszentrum NRW*, Essen: Altes Rathaus, pp. 167-194.

MORIN, Edgar (1990): *Introduction à la pensée complexe*, Paris: ESF.

MÜLLER, Friedrich (1997): *Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie – Elemente einer Verfassungstheorie VI*, Berlin: Duncker & Humblot.

NEVES, Marcelo (1992): *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin: Duncker & Humblot.

– (1994) «Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente», *in*: *DADOS – Revista de Ciências Sociais* 37/2 (Rio de Janeiro: IUPERJ), pp. 253-276.

– (1998): *Symbolische Konstitutionalisierung*, Berlin: Duncker & Humblot.
O'DONNELL, Gillermo (1999): «Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America: A Partial Conclusion», *in*: MÉNDEZ, Juan E. / O'DONNELL, Gillermo / PINHEIRO, Paulo Sérgio (orgs.), *The Un(Rule) of Law and the Underprivileged in Latin America*, Notre Dame, Indiana: University of Notre Dame Press, pp. 303–337.
RAWLS, John (1990): *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press (1.ª ed.: 1972).
ROBERTSON, Roland (1992): *Globalization: Social Theory and Global Culture*, London: Sage.
ROSENFELD, Michel (1998): *Just Interpretations: Law between Ethics and Politics*, Berkeley / Los Angeles / London: University of California Press.
SANDEL, Michael J. (1982): *Liberalism and the limits of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press.
SPENCER BROWN, G. (1971): *Laws of Form*, London: George Allen and Unwin (Reimpressão da 1.ª ed. de 1969).
TAYLOR, Charles (1991): «Cross-Purposes: The Liberal-Communitarian Debate», *in*: ROSENBLUM, Nancy L. (org.), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge, Mass. / London: Harvard University Press, pp. 159-182.
TEUBNER, Gunther (org.) (1995): Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht, Baden-Baden: Nomos.
TEUBNER, Gunther (1996a): «Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche», *in*: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 65 (Wiesbaden: Steiner), pp. 199-220.
– (1996b): «Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus», *in*: *Rechtshistorisches Journal* 15 (Frankfurt am Main: Löwenklau), pp. 255-290.
– (1996c): «Des Königs viele Leiber: Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts», *in*: *Soziale Systeme: Zeitschrift für soziologische Theorie* 2 (Opladen: Leske + Budrich), pp. 229–255.
– (1998): «Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht», *in*: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 19 (Wiesbaden: Westdeutscher Verlag), pp. 8-36.
TOCQUEVILLE, Alexis de (1986): *De la Démocratie en Amérique*, vol. I, Paris: Gallimard.
TOURAINE, Alain (1994): *Qu'est-ce que la démocratie?*, Paris: Fayard.
– (1997): *Pourrons-nous vivre ensemble? Égaux et différents*, Paris: Fayard.
WALZER, Michael (1983): *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, New York: Basic Books.
– (1994): *Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad*, Notre Dame / London: University of Notre Dame Press.
– (1998): «Vorwort zur deutschen Ausgabe», trad. alemana de Claus Offe, *in*: WALZER, Michael, *Sphären der Gerechtigkeit: Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit*, Frankfurt am Main: Fischer, pp. 11–14.
WELSCH, Wolfgang (1991): «Gesellschaft ohne Meta-Erzählung?», in: ZAPF, Wolfgang (org.), *Die Modernisierung moderner Gesellschaften: Verhandlungen des 25. Deutschen Soziologentages in Frankfurt am Main 1990*, Frankfurt am Main / New York: Campus, pp. 174–184.

¿PUEDEN LAS MALAS PERSONAS SER BUENOS JUECES?

Jorge F. Malem Seña
Universitat Pompeu Fabra, Barcelona

Según la ajustada apreciación de Herbert Hart, un sistema jurídico moderno se caracterizaría, entre otras cosas, por la existencia de un cierto tipo de reglas cuyo fin es establecer qué órganos y mediante qué procedimientos se debe determinar si una persona ha violado una norma de ese sistema y, en su caso, cuál es la sanción que cupiere[1]. Y si denominamos juez a quien cumple la función de dichos órganos resultará que los jueces son una parte necesaria de todo sistema jurídico moderno.

Ahora bien, quién desempeña el cargo de juez, con qué atribuciones lo hace y bajo qué circunstancias ejerce la potestad jurisdiccional depende de consideraciones jurídico-políticas. En ocasiones ha ejercido esa potestad por delegación del soberano legal, el monarca, que incluso solía reservarse para sí el conocimiento y la resolución de determinados casos como así también la de ser la instancia última o definitiva en la cadena de apelaciones. En otras ocasiones, en cambio, los jueces aparecen formando un «poder», independiente del resto de poderes del Estado, que reclama exclusividad para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en todos los conflictos sociales.

Por otra parte, la propia labor jurisdiccional y las razones que los jueces habrían de invocar en favor de sus decisiones han dependido también de circunstancias históricas y de los respectivos sistemas jurídico-políticos en los cuales desarrollan su actividad. Así, por ejemplo, en España, era una práctica habitual en el derecho castellano que los jueces no fundaran sus sentencias hasta bien entrado el siglo XIX; mientras que en la actualidad, por el contrario, constituye una exigencia legal no cuestionada que los jueces han de fundamentar todas las decisiones que toman so pena de verlas revocadas por una instancia superior[2].

---

[1] Cf. H. H. Hart, *El concepto de derecho*. Versión castellana: Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963, especialmente cap. V

[2] Por ejemplo, el artículo 120.3 de la Constitución Española establece que: «Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública». En concordancia con

Pero, curiosamente, a despecho de la época histórica que se analice y del origen o fundamento de su actividad o de su obligación o no de dar razones que avalen sus decisiones, a los jueces siempre se les ha supuesto dotados de una personalidad moral especial y se les ha exigido ciertos comportamientos morales en su vida privada que no condicen con iguales requisitos o exigencias propias de otras prácticas jurídicas o en otras profesiones, incluso de las llamadas humanistas. Es como si la virtuosa vida privada que los jueces deberían llevar desde un punto de vista moral fuera una condición necesaria para que desarrollara correctamente, desde un punto de vista técnico, su propia función jurisdiccional.

En palabras de Piero Calamandrei, «tan elevada es en nuestra estimación la misión del juez y tan necesaria la confianza en él, que las debilidades humanas que no se notan o se perdonan en cualquier otro orden de funcionarios públicos, parecen inconcebibles en un magistrado ... Los jueces son como los que pertenecen a una orden religiosa. Cada uno de ellos tiene que ser un ejemplo de virtud, si no quieren que los creyentes pierdan la fe»[3].

Por esa razón, no es de extrañar que popularmente, en los corrillos judiciales, su suela decir que para ser un buen juez es necesario ser una buena persona y, si sabe derecho, tanto mejor[4].

En este trabajo me propongo presentar dos modelos de jueces y de ejercicio de la potestad jurisdiccional, prestando especial atención a la obligación que tienen o no de fundar sus decisiones en derecho. Al hacerlo no ten-

---

ello, véase el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Como excepción se señala a las providencias, que «podrían ser suscintamente motivadas...»

[3] Cf. Piero Calamandrei, *Elogio de los jueces escrito por abogados*. Versión castellana: Sentís Melendo, Medina Gaijo y C. Finzi. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1989, pp. 261-262.

[4] Un dato que parecería avalar esta afirmación resultaría del hecho de que John Marshall, mencionado unánimemente como el juez más importante de la historia jurídica estadounidense, nunca estudió formalmente derecho. Cf. Bernard Schwartz, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*. Versión castellana: Enrique Alonso. Madrid: Civitas, 1980, p.28. Y tampoco conviene olvidar el *Informe de la Comisión Redactora de la primera constitución de Santiago del Estero*, República Argentina (10 de junio de 1857) al referirse a la necesidad de nombrar jueces que no fueran letrados debido a la falta de abogados en la zona y a la pobreza de los fondos públicos para traerlos de fuera de la provincia. «Nada de nuevo puedo ofrecer a V.E. pues no es en estos asuntos en los que la originalidad es un mérito, sino la facilidad en la aplicación ... hemos procurado establecer en la claridad y en el deslinde de las atribuciones de los tres poderes ... En la ley que marca los derechos y deberes de estos poderes hay mucho de local que es solo aplicable aquí y de alguna falta que indudablemente se notara, como por ejemplo en señalar la precisión de que los jueces de primera y de segunda instancia sean letrados, ha sido también consultada la no existencia de abogados en la provincia y la pobreza del erario público para costearlo de afuera.» En Arturo Bustos Navarro, *El derecho patrio en Santiago del Estero*. Buenos Aires: Imprenta de la Universidad, 1962, p. 102. Agradezco a Ernesto Garzón Valdés haberme señalado este dato.

go ninguna pretensión de reconstrucción histórica[5], sino más bien de mostrar qué papel juega la moral privada del juez y su comportamiento social en cada uno de esos dos esquemas teóricos, para tratar de concluir después dando respuesta a la pregunta acerca de si una mala persona –moralmente hablando– puede ser un buen juez –técnicamente hablando–.

I
El juez que no necesita fundar sus decisiones

Como es sabido, en España, Carlos III prohibió por Real Cédula de 23 de junio de 1768 a la Audiencia y al resto de los jueces de Mallorca que motivaran sus sentencias. De alguna manera, a través de esta disposición se pretendía uniformar en todo el territorio una práctica ya habitual, propia del derecho castellano en los siglos XVI, XVII y XVIII[6]. Prohibición que se mantuvo vigente hasta bien entrado el siglo XIX y que paulatinamente fue derogada según se iban modificando determinados ámbitos procesales.

Las razones aducidas en favor de esa interdicción y contenidas en la propia Real Cédula eran diversas. Una hacía referencia a la economía procesal: la motivación de la sentencia, que en realidad se consideraba un relato de lo sucedido en el juicio, insumía demasiado tiempo, con el consiguiente retraso judicial en la consideración de otros asuntos y el aumento de las costas. Otra de las razones mencionadas era que tal motivación posibilitaba la crítica por parte de los litigantes de las razones del fallo, y en virtud de ello el aumento de los posibles recursos y la sospecha sobre la justicia de las decisiones judiciales.

Además de estas razones, históricamente se había esgrimido otra con una fuerte connotación político-ideológica. Quien detentaba la potestad jurisdiccional era el soberano absoluto en virtud de imposición divina, que a su vez delegaba en sus jueces y magistrados el ejercicio de tal potestad, aunque conservando su titularidad y el control sobre las decisiones de sus delegados. Si la legitimidad de la actividad de juzgar y de hacer cumplir lo juzgado le era concedido a los jueces por Dios, a través de la delegación del soberano, sus decisiones debían considerarse justas y, por lo tanto, no requerían ser fundadas. Un ataque a las sentencias constituía, en ese sentido, un ataque a la autoridad de los jueces y del monarca, en definitiva, un ataque a Dios.

---

[5] A pesar de ello haré repetidas alusiones históricas,

[6] Cf. C. Garriga y M. Lorente, «El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)», *La vinculación del juez a la ley. Anuario de la Facultad de derecho de la UAM*, nº 1, 1997, p. 101. Bien señalan los autores en este documentado y excelente trabajo, sin embargo, que esta práctica no era seguida en Cataluña, Aragón o Valencia.

Pero a partir del siglo XVI, en la propia Castilla, donde ya imperaba la costumbre de no fundamentar las sentencias, según Richard Kagan, se hizo cada vez más notorio que la administración de la justicia era una cuestión típicamente humana y que como tal no quedaba exenta de toda crítica. De hecho, en esa época, el descontento por el funcionamiento de la justicia fue en aumento. De acuerdo con R. Kagan, las críticas a los pleitos y a los males que los acompañaban se debían a los elevados costes en tiempo y dinero que insumían, motivados entre otras causas por «las ambigüedades de la ley por la que se juzgaban los pleitos; las jurisdicciones superpuestas que permitían a muchos litigantes frustrar los casos de sus oponentes; los tribunales notorios por su ineficacia, la corrupción y la codicia; y finalmente, una profesión jurídica de cuyos objetivos y ambiciones se tenían muchas sospechas»[7].

Es por ello que, dados todos esos factores y, sobre todo, teniendo en cuenta la existencia de un entramado legal impreciso e insuficiente, no puede extrañar el enorme poder que se concentraba en manos de los jueces castellanos. Tenían incluso amplias competencias para intervenir inquisitorialmente tanto en los procedimientos civiles como en los penales, y al momento de dictar sentencia en fuero civil solo debían manifestar que una parte *probó su causa* y que la otra *no probó su causa*, sin hacer ninguna alegación que justificara tal apreciación[8].

En el ámbito penal, a su vez, dado que las sentencias, al decir de Francisco Tomás y Valiente, no solían estar fundadas expresamente en derecho ni en hechos, y dado también la poca formalidad del proceso y el arbitrio al establecer la pena, no es de extrañar que el juez se presentara como «el verdadero señor del proceso. Al menos de su resultado ... [ya que] en muchos aspectos el Derecho y el proceso penal dependían más de la voluntad y decisión libre del juez, que el derecho y proceso civil»[9].

Pero si la justificación de las sentencias no provenía de su motivación, ni de su adecuación al principio de legalidad, entonces debía recaer en el carácter moral de la autoridad que las dictaba. Tal era el modelo jurisdiccional de marras. La garantía de la corrección de la sentencia descansaba en la calidad ética de la persona del juez que la emitía. «Si la conducta no figuraba objetivada en el fallo, debía manifestarse en la conducta de sus artífices, los jueces, que de ese modo vivían condenados por razón de su oficio

[7] Cf. Richard Kagan, *Pleitos y Pleiteantes en Castilla: 1500-1700*. Versión castellana: M. Moreno. Junta de Castilla y León, 1991, p. 45.

[8] Ibidem, p. 49.

[9] Cf. Francisco Tomás y Valiente, *Gobierno e instituciones en la España del Antiguo Régimen*. Madrid: Alianza Editorial, 1982, p. 228-229.

a representar sin descanso el papel de Astrea en el teatro de la vida. A falta de la ley, el juez era la imagen viva de la justicia»[10].

De ahí que a los jueces se les exigiera poseer ciertos rasgos morales muy marcados y determinados comportamientos sociales muy estrictos. Se les compelía a llevar una vida casi monacal, bajo la amenaza de fuertes sanciones que podían llegar incluso al apartamiento del cargo.

A los jueces se les exigía, por ejemplo, que vivieran en un entorno especial de un aislamiento social casi total. Esto se iniciaba con los destinos profesionales que se les asignaba. Las más de las veces realizaban su labor lejos de las zonas de donde eran originarios o habían realizado sus estudios o vivido parte de sus vidas. Además, les estaba vedado prácticamente toda vida social, no podían tener relaciones amistosas, ni asistir a celebraciones tales como casamientos, bautismos, banquetes, etcétera. Tampoco podían asistir a espectáculos como las corridas de toros o el teatro de comedias, ni participar en cacerías o en juegos de azar. Cuanto más alejados de las prácticas locales donde ejercía su magisterio tanto mejor.

Tal era la preocupación por aislar a los jueces de las posibles influencias de la comunidad donde se insertaban sus decisiones que los traslados eran muy frecuentes, con la dificultad y demoras que ello traía aparejado para la resolución de las causas. Con estas medidas se perseguía que los jueces se dedicaran plenamente a la tarea de juzgar y de hacer cumplir lo juzgado y que tuvieran, además, una imagen clara de imparcialidad, que no debía quedar empañada siquiera por la sombra de sospecha de que su juicio había sido torcido por una relación de amistad, económica o de cualquier otro tipo.

Pero no solo se trataba de que el juez diera una imagen personal de imparcialidad, sino también de hombre justo y moralmente irreprochable. Por esa razón, se sostenía que quien ejerciera tan elevado magisterio debía ser temeroso de Dios y sentir amor por la justicia. Los jueces debían, además, ser de buena fama, desinteresados, sabios y con experiencia. Para poder juzgar con acierto, debían ser dóciles de corazón, afables y con indiferencia de ánimo respecto de las cosas o personas involucradas en las causas, aunque debían estar dotados de una gran firmeza de carácter para llevar a cabo su misión.

Los jueces también debían mantener una compostura grave, circunspecta y decorosa. Debían vestir con ropas oscuras y no mantener ningún trato familiar con sus colegas, con los abogados y con los vecinos. En fin, los jueces debían estar exentos de todo vicio. Su cargo era incompatible con la lu-

[10] Cf. C. Garriga y M. Lorente, ob.cit. p. 106.

juria, la impiedad, la avaricia, la lisonja, la envidia, la codicia, la soberbia, etcétera[11].

Sólo es en razón de estas exigencias que se torna absolutamente comprensible para nosotros que jueces como, Vidiano Maldonado, de Valladolid, fuera muy criticado por haber contraido «enfermedades contagiosas» de «mugeres bajas y mozas de cantar»; o que Felix de Maçaneo fuera acusado de tener una amante con la cual se habría ido a nadar al río «en piernas con una muger»; o, en fin, que a García de Medrano se le imputara que no hiciera vida maritable con su legítima mujer[12].

Ahora bien, que la corrección de las sentencias se hiciera depender de la persona del juez y de su fineza de carácter, o de su apariencia, y no de las motivaciones o alegaciones realizadas en las mismas no significa que el juez estuviera libre de todo control. Este se iniciaba en el momento mismo de su designación, ya que debía sufrir un severo escrutinio previo acerca de su lealtad al monarca y a la religión católica. Continuaba después con los informes que periódicamente debía presentar a sus superiores y con las inspecciones y juicios de residencias a los cuales se debía someter. Se perseguía fundamentalmente controlar a los jueces para que no prevaricaran o cometieran cohechos, tan comunes en los siglos XVI, XVII y XVIII, pero también para asegurar que sus actividades fueran funcionales al regimen político vigente[13].

«El modelo jurisdiccional castellano no era, así pues, un orden de legalidad y sólo podía ofrecer a los litigantes una garantía moral. Aquí radica justamente su razón de ser. Traducido al plano institucional, esto significa que la sentencia no tiene vida propia: no es más que un fallo, que no se explica a sí mismo y depende en todo de sus jueces. De ahí que éstos, los jueces, deban ser apartados del pleito (mediante la recusación) o sancionados e incluso removidos del oficio (en trámite de responsabilidad) si atentan (con una conducta moralmente reprobable) contra la autoridad e imparcialidad de la justicia»[14].

---

[11] Por todo véase, Ramón Lázaro de Dou y de Bassols, *Instituciones de Derecho Público General de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en cualquier Estado*. Madrid: 1800. Se cita por Banchs Editor, Barcelona, 1975. T. II, pp. 7 y ss.

[12] Ejemplos citados por R. Kagan, ob. cit. p. 174.

[13] En realidad no se trataba en esta época de que los jueces no estuviesen sujetos a regla alguna o que no hubiese una legislación amplia sobre determinadas cuestiones, sino más bien que los jueces, dada la estructura que tenía el ejercicio de su potestad jurisdiccional, disponían de una amplísima discrecionalidad que fácilmente desembocaba en la más completa arbitrariedad. Dadas las características del modelo, las normas jurídicas se volvían así «juguetes vistosos en manos de los jueces» para emplear una fórmula moderna propia de una concepción jurídica realista no moderada.

[14] Cf. C. Garriga y M. Lorente, ob. cit. p. 111-112.

En este contexto, pareciera que una condición necesaria para que el juez desarrollara su labor correctamente, esto es, fuera un buen juez desde un punto de vista técnico sería que el propio juez fuera una buena persona moral. Y no sólo que lo fuera sino que lo pareciera. Dada la poca relevancia que asumía el principio de legalidad, la apariencia de justicia material de las decisiones jurisdiccionales cobraba una importancia radical para su legitimación social y para la estabilidad del sistema. A partir de la ausencia de motivación de las sentencias, el único espejo donde el ciudadano podía ver reflejada esa justicia era precisamente la persona y el comportamiento del juez. Una mala persona, munida de poderes discrecionales tan amplios para decidir, no podía ser, técnicamente, un buen juez, ni tan siquiera en las apariencias[15].

II
El juez que necesita fundar sus decisiones

El paso de un esquema jurisdiccional donde imperaba la práctica de dictar sentencias carentes de fundamentación a otro modelo opuesto que exige que las sentencias estén motivadas tanto en sus aspectos normativos como fácticos se desarrolló, al menos en la experiencia española, de forma paulatina. El primer ámbito jurídico donde se estableció el deber de fundamentar las sentencias fue el mercantil, impuesto por el Código de Comercio de 1829[16].

Este deber de motivación de las sentencias se instituyó para hacer frente a la necesidad de disciplinar la tarea de los jueces, a la lógica impuesta

[15] Una cita de Jerónimo Castillo de Bobadilla mencionada por Francisco Tomás y Valiente puede ilustrar esta conclusión. Decía Castillo de Bobadilla que había conocido a un juez que «tuvo oficios muy grandes en estos Reynos, que quando el delinquente confessava en el tormento, yva muy ufano a su aposento, y dezia a su muger y familia, <carne tenemos>, como pudiera dezir un tigre o leon, tomando o depedaçando alguna presa» ... «porque he conocido juezes, en especial algunos moços codiciosos de vanagloria, que trastuecan las palabras del delinquente, quando le toman confession, para hazerle culpado en el delito: y otros que inventan modos y crueldades exquisitas de tormento; y puedolo afirmar como testigo; y acompañado que fuy de un juez, que tenia por costumbre (y a su parecer no poco hazañosa) dar de cozes y puñadas al delinquente al tiempo que estaba ya desnudo para ponerle en el potro, mostrandose con el un Neron, y reprehendiendole yo de aquella inhumanidad y rigor no escrito, me dixo, que lo hazia porque con aquellas cozes y puñadas ponia terror al preso y le induzia a que confessasse lo que le preguntava; invencion del diablo: y assi le vi despues perdido y menospreciado». Cf., Francisco Tomás y Valiente, ob. cit. p. 225. Claramente en estos casos, los jueces cuyas prácticas morales eran reprobables incluso de acuerdo a los cánones de la moral positiva vigente en la época no cumplían adecuadamente, ni podían hacerlo, con sus funciones.

[16] Cf. Manuel Ortells Ramos, «Origen histórico del deber de motivar las sentencias», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, nº 4, 1977, p. 908. En el ámbito penal, el deber de motivar las sentencias data de 1848, en el ámbito civil de 1853 y con carácter general a partir de la LOPJ de 1870.

por la construcción de un nuevo Estado y no en virtud de una supuesta garantía de los derechos de los ciudadanos. Había que limitar la discrecionalidad y el arbitrio judicial y obligar a los jueces a aplicar efectivamente el nuevo derecho legislado por las autoridades liberales. El respeto por el principio de legalidad aparecía así como una necesidad impuesta por el nuevo Estado liberal que, aceptando la tripartición de poderes, sitúa al parlamento en un plano superior al de la figura del juez y a la ley sobre las sentencias. Un camino apropiado para ello era compelerles a dar razones de sus decisiones. «Para que pudiera constatarse la aplicación del nuevo Código, la fundamentación era, si no imprescindible, muy conveniente. Mantener la prohibición de la misma hubiera favorecido que las sentencias hubieran continuado basándose, en realidad en las antiguas Ordenanzas»[17]. Por ello tienen razón, C. Garriga y M. Lorente al afirmar que, «la obligación de fundamentar legalmente las decisiones judiciales fue una consecuencia y no un presupuesto de la reorganización del aparato de justicia»[18].

A partir de este momento la justicia ha de ser entendida como la aplicación de la ley, sin importar cuáles sean los estados mentales o sicológicos de quienes la aplican. Al sistema jurídico ya no le interesan los procesos personales por los cuales el juez llega a tomar una decisión, sino su capacidad para expresar las normas que democráticamente la sociedad se ha dado. La ley aparece así como la expresión de la voluntad popular, una expresión a la que el juez debe sometimiento[19].

Cuando el derecho impone que los jueces deben resolver conforme a un sistema de fuentes está estableciendo entonces que la premisa normativa general que ha de ser utilizada en el razonamiento judicial ha de provenir o ser identificada precisamente por esas fuentes de creación jurídica y no atendiendo a la ética privada del juez. Justificar o fundar una sentencia en derecho y en los hechos es construir un razonamiento lógicamente válido donde una premisa hace referencia a una norma jurídica general, otra a consideraciones empíricas que deben aparecer lo suficientemente acreditadas en los hechos probados y donde la conclusión es la decisión o fallo. Obviamente, puede haber además premisas analíticas o definicionales[20]. Por esa razón, como sostiene Luigi Ferrajoli, «la motivación permite la fundamen-

[17] Ibidem, p. 909.

[18] Cf. C. Garriga y M. Lorente, ob. cit. p. 132.

[19] Cf. Eduardo García de Enterría, «La democracia y el lugar de la ley», en Eduardo García de Enterría y Aurelio Menéndez Menéndez, *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 51 y ss.

[20] C., Eugenio Bulygin, «Sentencia judicial y creación de derecho», en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p.356.

tación y el control de las decisiones tanto *en derecho*, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como *en hecho*, por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas»[21].

La justificación de las sentencias depende ahora sí tanto del contenido de su fallo como de la motivación en ellas expuesta, siendo completamente irrelevante al respecto la moral privada de la autoridad que las dicta. En consonancia con esta idea, las normas que se adoptan a partir de esta época acerca de las aptitudes morales y de los comportamientos sociales exigibles a los jueces comienzan a ser más laxas. No se requiere ya que los jueces sean temerosos de Dios, aunque como funcionarios de un Estado que adopta la religión católica les está vedado pertenecer a cualquier otra.

Se mantiene la exigencia de que los jueces sean de una reputación inmaculada o ser poseedores de un buen concepto público y, por lo tanto, son sancionadas conductas como la incontinencia pública, la embriaguez repetida o la inmoralidad escandalosa. Así, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 se establece como causal de destitución que los jueces tuvieran vicios vergonzosos, que hubiesen ejecutado actos que los hagan desmerecedores del concepto público o cuando por su conducta viciosa o su comportamiento poco honroso no sean dignos de ejercer funciones públicas[22]. Pero en un ámbito donde los jueces deben fundar sus decisiones «los factores morales sufren un progresivo declinar mientras son sustituidos por la preeminencia paulatina en las leyes de elementos técnicos cada vez más complejos y abundantes, sin que ello suponga la desaparición radical de términos como «ardiente amor a la justicia» de los jueces, su «pureza sin mancha» o su «celo no interrumpido», que quedan en los textos más como elementos retóricos que como requerimientos reales»[23].

Esta paulatina «des-moralización» de las propiedades personales exigidas a la persona del juez concluye en España con la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. En ella, entre las causales sancionadoras que se preveen desde un punto de vista disciplinario no se observa ninguna referencia a la ética privada de los jueces. Es más, en general se admite que la ideología personal o las convicciones morales, religiosas o políticas de un juez no constituyen una causa justificada de abstención o de recusación. El juez no tiene porqué ocultar u omitir manifestar su ideología o

---

[21] Cf. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*. Versión castellana: Perfecto Andrés Ibañez y otros. Madrid: Editorial Trotta, 4º edición, 2000, p. 623.

[22] Cf. Piedad González Granda, *Independencia del juez y control de su actividad.* Valencia: Tirant lo Blanc, 1993, p. 189.

[23] Cf. Juan Sainz Guerra, *La administración de justicia en España (1810-1870)*. Madrid: Eudema, 1992, p. 275.

sus preferencias políticas en foros adecuados; por ejemplo, en publicaciones de reflexión teórica de política general, de sociología o de análisis filosófico. El juez no es ya, ni debe serlo, un ciudadano aséptico, encerrado en una botella de cristal, aislado de cualquier consideración social.

Y, en principio, tampoco le estaría vedado a los jueces realizar ciertos comportamientos en su vida privada que no sean exigibles al resto de los ciudadanos o funcionarios públicos, ya que en un Estado democrático y social, la constitución prohibe la discriminación en virtud de las preferencias sexuales –recuérdese la prohibición de vicios vergonzosos–, sociales o de opinión.

En un contexto donde los jueces deben dar las razones que fundamentan las sentencias, los atributos personales de carácter moral que puedan o no tener o la realización de actos que afectan exclusivamente a sus respectivas vidas privadas carecen de relevancia práctica o institucional.

Desde el punto de vista técnico, entonces, no sería verdad que para ser un buen juez es necesario ser ante todo una buena persona a despecho de su dominio del derecho; bastaría por el contrario que conociera adecuadamente la técnica jurídica para saber identificar las normas jurídicas que regulan el caso a decidir y para ofrecer una ajustada presentación de las cuestiones empíricas en los hechos probados sin que sea necesario para ello que sea un dechado de virtudes éticas y sociales. Una mala persona podría llegar a ser, en ese sentido, un buen juez.

III

Que una mala persona pueda ser un buen juez en un contexto donde los jueces tienen que fundar en derecho sus sentencias no es, sin embargo, una conclusión fácilmente aceptada por todos. Y consecuentemente con ello, varias son las razones que se esgrimen para rechazar que en la selección de los jueces se tomen en consideración únicamente aspectos técnico-jurídicos, o que no puedan ser impuestas sanciones a aquellos jueces y magistrados que no guardan una compostura aceptable en su vida privada. De hecho, se suele afirmar que no es suficiente que los jueces sean independientes, imparciales, competentes y honorables, sino que a igual que la mujer del César así deben parecerlo. La apariencia de justicia de las decisiones judiciales es importante –se aduce– para generar confianza en el justiciable, para contribuir de ese modo a la estabilidad del sistema jurídico y político. Se suele decir igualmente que una persona «mala» en su vida privada traslada sus evaluaciones a su vida profesional y lo que es tal vez más importante, al interpretar el derecho, se aduce, el juez deja su impronta personal y sus más íntimas convicciones morales, políticas y sociales en los estados de cosas interpretados, sean éstos enunciados legislativos o cuestiones empíricas. Una

mala persona colapsaría, en definitiva, en un mal juez. Pero veamos de cerca estos argumentos.

Un primer argumento que se opone a la idea de que una mala persona pueda ser un buen juez y que, en consecuencia, debe guardar una compostura moralmente no reñida con las valoraciones sociales, es que los jueces no solo deben ser independientes, imparciales, competentes y honorables, sino que también así deben parecerlo a los ojos del público. Según esta tesis, pareciera que la confianza de la opinión pública en la justicia descansara también en la compostura de los jueces y, por ese motivo, se les exige una carga mayor en su comportamiento privado que no sería exigible a un ciudadano común. Por esa razón, los jueces no únicamente deberían evitar un comportamiento impropio, sino que deberían evitar al mismo tiempo toda apariencia de incorrección; esto es, toda apariencia de que realizan o se ven comprometidos en comportamientos o situaciones sociales impropias[24].

La noción de «comportamientos impropios» o de «situaciones sociales impropias» es sumamente vaga. Obviamente, es una noción que depende del contenido de normas morales y sociales y, por lo tanto, es doblemente parasitaria de la ética y del contexto político-social vigente. Lo que se considera impropio en un lugar o en un momento determinado puede no serlo en otro lugar o en una época diferente. Por ese motivo, es conveniente dar algunos ejemplos que podrían ser reputados en nuestras sociedades como impropios. Estos no tienen un carácter exhaustivo y se utilizarán sólo con fines pedagógicos. En todos estos casos se supondrá de que se trata de jueces que cumplen con los criterios estándares de la profesión; esto es, llevan su despacho actualizado, sus sentencias no son casadas o revocadas en un número mayor que el de sus colegas, conocen el derecho suficientemente y los abogados no tienen demasiadas quejas acerca de los expedientes que les toca decidir. Lo único que diferencia a estos jueces de sus colegas es su vida privada.

1. El caso del juez irascible. Supongamos un juez que todos los domingos, cuando juega el equipo de fútbol de cuyo club es socio se pasea detrás de las porterías sujetándose a la alambrada que separa el campo de juego de la tribuna y profiere gritos no únicamente de aliento a los jugadores de su club sino también de menosprecio, con iracundia y hasta en un tono agresivo hacia los contrarios. En el campo de fútbol, el comportamiento de este juez no se diferenciaría demasiado de las acciones de los energúmenos que muchas veces aparecen en los estadios. ¿Podría éste ser un buen juez? Piero Calamandrei diría que no. «Si yo fuera –sostiene– un asiduo concurren-

[24] Cf. Joe Riley, «Ethical Obligations of Judges», *Memphis State University Law Review*, vol 23, 1993, p. 509.

te a los partidos de fútbol y entre el público gesticulante reconociera a un magistrado de apelación que agitaba frenéticamente los brazos y sostenía a voz de cuello que el árbitro se había vendido, ¿cómo podría al día siguiente, al discutir una causa ante él, seguir teniendo confianza en su serenidad y en su equilibrio?»[25]. Ser fanático en el fútbol, en otro deporte o en cualquier otro ámbito de la vida, no podría ser compatible, debido a las apariencias de parcialidad que genera, con la práctica profesional de un buen juez.

2. El caso del juez de vida sexual no estrictamente ortodoxa. Uno de los aspectos de la vida personal que está sometido a un escrutinio especial en nuestras sociedades es el sexual. La sociedad establece parámetros de comportamientos sexuales de «normalidad» y «anormalidad» bastantes definidos, aunque sean arbitrarios. La violación de esos parámetros es considerada siempre un ejemplo de «comportamiento impropio». Veamos algunos casos periféricos.

2.1. La jueza y la bailanta. Supóngase una jueza de alrededor de 45 años de edad, divorciada, y que decide acudir todos los viernes y sábados a la noche a una sala de fiestas –las populares bailantas–. En este establecimiento danza hasta altas horas de la madrugada junto a personas más jóvenes al ritmo de música tropical, como la lambada. El movimiento y el contacto físico en este tipo de bailes es tan conocido como manifiesto y la jueza, que se prodiga generosamente en el baile, lo hace, obviamente, en público. También paga las copas que consume tanto ella como las de sus jóvenes acompañantes, y dado el crédito que tiene en el establecimiento en virtud de su cargo de juez, el propietario de la bailanta suele ir a cobrar las deudas contraídas al juzgado que la jueza paga de su propio peculio sin problemas.

2.2. El juez homosexual. Supongamos ahora que un juez homosexual, también de edad madura, lleva una vida sexual activa y no recatada. Sus ocasionales compañeros suelen ser bastantes más jóvenes y sus acercamientos amorosos a las personas con las cuales desea mantener relaciones sexuales son constantes, y las realiza a despecho del lugar donde se encuentre. Son acercamientos notorios pero que no transgreden groseramente la línea del respeto.

2.3. El juez adúltero y el juez que se relaciona con prostitutas. En ambos casos, las prácticas de estos jueces no constituyen delito alguno y éstos las realizan de forma pública y notoria. En el primer supuesto, son constantes y públicas las riñas y las recriminaciones con su cónyuge. En alguna que otra ocasión el juez ha sido encontrado manteniendo relaciones sexuales dentro de su automóvil en un aparcamiento público con una mujer que no era su esposa. En el segundo, el juez entra y sale de su domicilio a altas ho-

[25] Cf. Piero Calamandrei, ob. cit. p. 302.

ras de la noche y aunque los escándalos rara vez se producen, los vecinos son conscientes del tipo de tráfico sexual que allí tiene lugar. El juez tiene la costumbre también de contratar prostitutas y llevar cintas de videos pornográficos a las fiestas de sus amigos[26]. ¿Podrían estos jueces ser buenos jueces en el fuero de familia?

Hay quién podría pensar que estos ejemplos, y otros similares que podrían multiplicarse, de jueces que llevan una vida sexual en el límite de la ortodoxia son simplemente ejercicios académicos sin ninguna sustancia práctica. Pero ello no es así si se observa la legislación y la jurisprudencia comparada. Tanto los Tribunales Supremos de Ohio como de Florida, en los Estados Unidos, sancionaron disciplinariamente a jueces que se encontraban en circunstancias similares a las descriptas[27]. El modelo de juez de estos Tribunales Supremos supone entonces que aquellos que cometen acciones impropias, incorrectas, inadecuadas o malas –incluso las pocas ortodoxas– desde el punto de vista de la moral social que rige las relaciones sexuales no pueden ser en definitiva buenos jueces.

3. El caso del juez jugador y del juez que administra mal su patrimonio. El primer caso se trata de un juez aficionado a los juegos de azar. No únicamente asiste con regularidad a los casinos de la ciudad en la que ejerce la potestad jurisdiccional sino que concurre frecuentemente al hipódromo y a las partidas de poker organizadas en los clubs privados. En diversas ocasiones se vio obligado a pedir préstamos para hacer frente a las deudas de juego contraídas, préstamos que posteriormente pagó en tiempo y forma, y aunque muchas de estas actividades lúdicas se desarrollan en horas de la noche, no llega tarde a su trabajo y cumple con los horarios de despacho que le corresponde. En el segundo de estos supuestos, el juez tiene que afrontar deudas no provinientes del juego sino de comportamientos económicos erráticos y pintorescos. Gasta gran parte de su sueldo en ropa, para sí y su familia, ofrece costosas cenas a sus invitados y en general participa de una vida social cuyos costes no puede mantener. Por ese motivo, en diversas oportunidades, sus acreedores han embargado su sueldo, pero el juez terminaba cancelando todas las deudas no sin apuros y dificultades económicas.

En algunas legislaciones, como la argentina, existe ya la prohibición de que el juez participe en juegos de azar o concurra a lugares destinados a esas

---

[26] El caso del juez que es avistado practicando sexo en su automovil y el de aquél que llevaba material pornográfico y prostitutas a fiestas pueden consultarse en Robert Martineau, «Disciplining Judges for Nonofficial Conduct: A Survey and Critique of the Law», *University of Baltimore Law Review*, vol 10, nº 2, 1981, p. 239.

[27] Cf. Steven Lubet, «Judicial Ethics and Private Lives», *Northwestern University Law Review*, vol 79, nº 5 y 6, 1985, p. 993.

actividades[28]. Los jueces no pueden ir a casinos o hipódromos aun cuando no realicen apuesta alguna. Tales restricciones obedecen al menos a dos razones aparentes. La primera, es de naturaleza prudencial, un juez endeudado puede llegar a ser fácilmente corrompible por medio de la extorsión. La segunda, afecta a la apariencia de honorabilidad, una persona que juega permanentemente da la imagen de una persona sometida a una «práctica viciosa». Respecto al juez al que se le embargan los sueldos se suele aducir en su contra que quien no puede administrar bien su patrimonio no está en condiciones de administrar el de los demás, y menos de administrar justicia. Tampoco aquí pareciera que la figura de un buen juez sea compatible con la de una persona que practica juegos de azar o que se endeuda sistemáticamente.

4. El caso del juez y las amistades peligrosas. Las relaciones y vinculaciones sociales de los jueces siempre han estado sometidas a un control especial, y no son pocas las sanciones que se les impusieron o imponen por mantener una vinculación social con determinado tipo de personas o por pertenecer a determinada clase de asociaciones. Vinculado a ello, se pueden examinar diversas hipótesis. Analicemos algunas de ellas.

4.1. Supongamos que un juez se reune usualmente con delincuentes habituales, con reconocidos hombres dedicados al narcotráfico o con jefes de mafias de distinto tenor. Su conexión con esta gente le viene de lejos, juntos han estudiado o participado en equipos deportivos y desde la juventud tienen la costumbre de cenar todos los jueves en el restaurante de uno de ellos. El juez no participa de las actividades delictivas de sus amigos, no recibe regalos de ellos y paga sus cenas como cualquier otro, pero está afectivamente unido a ellos por las razones antes dichas. Que estas amistades de los jueces no son aceptables lo indica el hecho de que en ocasiones, en los Estados Unidos, se han impuesto sanciones disciplinarias a jueces por el mero hecho de mantener una vinculación estrecha e íntima con delincuentes[29]. Las apariencias juegan aquí un papel central.

4.2. El juez que pertenece a asociaciones racistas, antidemocráticas o anticonstitucionales. En esta hipótesis los amigos del juez son personas de reconocida militancia xenófoba, ultraderechistas cuyo ideario político prohibe los matrimonios mixtos desde un punto de vista racial o religioso y cuyos eslóganes son epítetos malsonantes hacia las comunidades negras, judías o suramericanas. Obviamente, este ideario rechaza la democracia como forma de gobierno y supone la subordinación del poder político a ciertos

[28] Cf. Roberto Dromi, *Los jueces. ¿Es la justicia un tercio del poder?* Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1992, p. 60.

[29] Cf. Steven Lubet, ob. cit. pp. 996-997.

sectores religiosos. Estas personas se organizan en clubs, concertan veladas artísticas de dudoso gusto y se manifiestan en las calles. El juez de marras pertenece a estas asociaciones y asiste regularmente a las presentaciones de libros, conciertos o acontecimientos de marcado contenido racista y antidemocrático.

En todas estas asociaciones se les exige a sus miembros como una de las condiciones de membrecía que realicen un voto de obediencia a los postulados de la organización y que antepongan este voto frente a cualquier otra obligación contractual, jurídica o moral. ¿Podría una persona de este perfil ser un buen juez?

Pareciera que no. El juez no podría honrar su voto de obediencia a la asociación a la cual pertenece y al mismo tiempo honrar a la Constitución. Además, su imparcialidad habría quedado definitivamente afectada, ya que casi cualquier pleito puede remitir, directa o indirectamente, a postulados constitucionales, cuya negación sesgaría claramente los resultados del proceso. Y, por último, porque la apariencia de parcialidad se mostraría con toda su fuerza. «La administración de la justicia –dice el Tribunal Supremo de California en uno de sus fallos– se ve perjudicada por la percepción de sesgos racistas, se trasladen o no a los fallos y órdenes de los tribunales»[30].

4.3. Un caso distinto al anterior en muchos aspectos, pero que no evita la percepción de parcialidad en el ejercicio jurisdiccional es la del juez que pertenece a una asociación que se dedica a realizar actos de caridad, a cumplir funciones sociales benéficas como la Cruz Roja o que opera en defensa de los derechos humanos como Amnisty International. La diferencia con el caso precedente es manifiesta. Es, fundamentalmente, de carácter ideológico, ya que aquí los postulados de estas asociaciones son perfectamente compatibles con los principios constitucionales. Al poner en práctica los principios de la asociación el juez ejecuta al mismo tiempo mandatos o permisiones constitucionales. Por ello no es de extrañar de que si la figura del juez queda afectada en un caso concreto funcione el apartamiento voluntario o la recusación. Sería suficiente aquí que al juez le estuviera vedado ocupar posiciones directivas o realizar ciertas acciones, como hacer campañas pidiendo contribuciones económicas, por ejemplo.

5. El caso del juez estrafalario. Supóngase ahora que se trata de un juez que tiene un sentido particular de la moda y gustos estéticos no compartidos por la mayoría de la población en la que ejerce su profesión. Su cabello, teñido de amarillo, está modelado en forma de melena que acaba con una coleta que le llega más abajo de sus hombros. Adornan su oreja derecha una media docena de aretes y por su ceja izquierda sobresalen dos alfi-

[30] Cf. Steven Lubet, ob. cit. p. 998.

leres que acaban en una imitación de brillantes. Llega todas las mañanas a su despacho vestido con jeans y zapatillas, y aunque en las audiencias lleva la toga, tal como es preceptivo, suele llevar pintadas algunas uñas de su mano derecha de color fucsia. ¿Sería considerado un buen juez? Piero Calamandrei diría que no. En su opinión, «en los jueces, aun en la vida privada, se reprochan como indignas de la seriedad de sus funciones, ciertas pequeñas debilidades o ciertas inocentes distracciones que se perdonan o hasta se miran con simpatía en otras personas ... [una] sensación de desaliento se apoderó de mí una vez, cuando al hablar de cerca ... con el presidente de una Corte penal ante el que tenía que discutir momentos después un recurso noté, en los irisados reflejos de su cabellera untada con pomada, que se teñía el cabello. ¡Ay! ¡Ay! ¿Cómo puede ser investigador escrupuloso de la verdad en los asuntos ajenos, el que la adultera en sí mismo hasta en el color de los cuatro pelos que todavía le quedan?»[31] No pareciera pues que una persona estrafalaria pudiera llegar a ser un buen juez.

En todos estos casos, la apariencia de justicia juega un papel fundamental. No basta, parece ser, que la decisión de los jueces sea justa o conforme a derecho, sino que así también debe parecerla. Una apariencia de impropiedad afectaría de tal manera la creencia de la población en el aparato judicial que tendría un efecto desestabilizador de incalculables consecuencias negativas para el régimen político y jurídico vigente. Hay que recordar aquí el conocido teorema de Thomas en el sentido de que si una acción se vive como real, sus consecuencias terminarán siendo reales. Si los ciudadanos consideran que el juez actúa torticeramente, se comportarán respecto de él como si efectivamente así lo hiciera.

Una segunda línea argumental que se esgrime en contra de la afirmación de que una mala persona puede ser un buen juez es que un juez que se comporta incorrectamente en su vida privada también lo hace en la vida pública o en el ejercicio de su profesión, ya que no podría mantener durante mucho tiempo una vida dividida, esquizofrénica y, por lo tanto, más pronto o más tarde su faceta inmoral terminaría por imponerse también en su ejercicio de la potestad jurisdiccional. Un juez que no obedeciera la ley como ciudadano, por ejemplo, estaría sicológicamente impedido de hacerla obedecer a otras personas. Un juez acostumbrado a violar las normas de tránsito difícilmente –se aduce– sancionaría adecuadamente a quienes violaran el código de circulación. Además, si un condenado o quien haya perdido un juicio observa que el comportamiento del juez es exactamente igual al hecho que motiva la sentencia que le es adversa descreerá de la justicia, no se sentirá vinculada a ella y el mensaje reprobatorio contenido en el fallo perderá su

[31] Cf. Piero Calamandrei, ob. cit. p. 302.

fuerza motivante desde un punto de vista pragmático. Un juez que no realice los aportes jubilatorios a su empleada doméstica difícilmente, se arguye, llegado el caso, condenará a otra persona que está en su misma situación a realizar tales aportes obligatorios. La empleada doméstica de autos, a su vez, perderá la fe en la justicia y no se sentirá vinculada al sistema jurídico-político. Y ésta es, a todas luces, una situación negativa que afecta a todos.

La situación descripta puede ser ilustrada con un ejemplo suministrado por Gerald Dworkin. Supongamos, dice G. Dworkin, que dos ladrones están cometiendo un robo y que el de más edad le dice a su compañero que aquello que está haciendo, robar, es incorrecto moral y jurídicamente. El ladrón más joven sorprendido al escuchar esa reprensión contesta a su compañero no sólo que él está haciendo lo mismo, sino que es un ladrón habitual con más años en esa profesión. Y que por ese motivo no tiene el derecho a formularle esa crítica. A lo que el veterano ladrón responde que ese dato es irrelevante, que el acto que el joven está llevando a cabo, robar, está mal[32].

La cuestión aquí, dice Dworkin, no es si la crítica formulada por el asaltante más viejo a su joven compañero es por su contenido correcta según algún sistema de normas. La cuestión a dilucidar es si quien formula la crítica, en ese contexto, está en posición de hacerla. Ello es así, porque en el diálogo moral, ambas partes, criticante y criticado, han de reconocerse mutuamente como agentes morales pertenecientes a una misma comunidad moral. Este elemento es relevante debido a que, pragmáticamente, las sanciones morales operan de un modo efectivo sólo cuando el sancionado siente que se distancia de la persona que le ha criticado o de la comunidad moral a la cual pertenece, y que él valora como legítima o merecedora de respeto. No es suficiente pues, desde un punto de vista pragmático, que la crítica sea correcta, es necesario que la crítica o la sanción produzca un sentimiento de vergüenza o de arrepentimiento en el criticado o reprendido. Si quien es sancionado observa que su sancionador realiza los mismos actos por los cuales se hace merecedor a la crítica, ese apartamiento, ese sentimiento de pérdida de pertenencia a la comunidad, esa vergüenza o arrepentimiento tan propia del fenómeno ético no se producirá. Y la crítica moral habría perdido parte de su fuerza motivante[33].

Las consideraciones precedentes suponen, por lo tanto, la negación de la afirmación que sostiene que incluso en un Estado democrático de derecho donde los jueces tienen la obligación de fundar sus sentencias una mala per-

[32] Cf. Gerald Dworkin, «Morally Speaking», en Edna Ullmann-Margalit (ed.) *Reasoning Practically*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 184.

[33] Ibidem, p. 187.

sona puede ser un buen juez, ya que sus conductas como individuos desmerecería la fuerza motivante de sus decisiones no solo frente al sujeto sobre los que recaen sin también sobre el resto de los ciudadanos. En todos los casos analizados, y en otros que pudieran ofrecerse, hay que pensar que los jueces realizan los actos descriptos de un modo usual, permanente, no de forma excepcional o aislada y que, por lo tanto, tales conductas constituyen o son indicativas de un rasgo de sus respectivos caracteres. Tales acciones ejecutadas una única vez o muy esporádicamente tal vez no tengan la entidad suficiente como para servir de referencia para nuestros propósitos; esto es, saber si una mala persona puede ser un buen juez.

En los casos de jueces irascibles, de vida sexual no ortodoxa, de los que frecuentan compañías peligrosas o del juez estrafalario, las razones que se invocan para prohibirles conductas que a un ciudadano común le estarían claramente permitidas se debe a que tales conductas disminuyen, desde el punto de vista social, el respeto hacia los órganos de justicia que el conjunto de la población debe profesar en toda sociedad organizada, cualquiera sea el régimen político o judicial que adopte. En todos estos casos se asume además que el comportamiento impropio de un juez es trasladable al conjunto de la judicatura y que la percepción de un caso particular genera o permite generar una generalización respecto de todos los jueces. Es en virtud de estas razones que hay que prohibir comportamientos impropios, aunque en muchos de estos casos las sentencias que los jueces dictan no se vean afectadas en su juridicidad. Basta que se afecte o pueda verse afecta la apariencia de juridicidad. En este sentido, a los jueces se les exigiría una actitud y un comportamiento que va más allá del mero cumplimiento del derecho.

Pero esta conclusión no puede aceptarse sin algunas precisiones adicionales. En primer lugar, porque no está muy claro cuáles son las acciones que denotan las expresiones como «comportamientos impropios», sobre todo en sociedades complejas donde coexisten diversos códigos de moralidad positiva o estéticos. Y cuando se indaga en la vida privada de las personas para determinar cuáles son los defectos que padecen en sus respectivos caracteres, se sabe cuando se comienza pero no cuando se acaba. Esto conllevaría una enorme discrecionalidad para sancionar conductas inespecíficas con la consiguiente indefensión de los miembros del aparato judicial. Esto obligaría a ser cuidadosos en el diseño de la disciplina de la vida privada de los jueces. Tan es así que muchos opinan que sería mejor dejarla a merced de un consenso gremial que no tiene por qué ser expreso; esto es dejarla a la autorregulación profesional. De hecho, esto es lo que sucede. Según Perfecto Andrés Ibañez, «no puede desconocerse que el rol judicial impone, en la forma en que tradicionalmente se le concibe, un plus

de rigor y de autocontrol generalmente superior al que se da en el común de las personas ...»[34]

Pero a pesar de estas prevenciones y de las suficientes salvaguardas que haya que tener para garantizar los derechos de los jueces en cuanto ciudadanos es verdad que se les debe exigir cierta contención en sus acciones que ofrezcan una imagen de ecuanimidad, objetividad e imparcialidad, ya que si el justiciable tuviera la percepción de que sus decisiones son sesgadas o torticeras el impacto que eso podría tener en la vida jurídica podría ser igual al que tendría si realmente lo fueran.

Por otra parte, la afirmación de que el reproche que lleva aparejada toda condena pierde fuerza motivante en casos como el del juez que realiza las mismas acciones que luego sanciona en sus sentencias merece ser analizada con algún detenimiento. Tal vez Gerald Dworkin tenga razón acerca de cómo funcionan pragmáticamente las condenas morales. Tal vez tenga razón en que un presupuesto de la eficacia de la crítica moral sea que quien critica no esté contaminado por los mismos actos que constituyen el objeto de su recriminación, pero desde una perspectiva jurídica las sentencias operan de una manera distinta. En primer lugar, porque juzgador y condenado no tienen porqué participar, ni sentirse partícipes, de una misma comunidad de intereses o de valores morales o de otro tipo, ni identificarse el uno con el otro, ni que la reprimenda sea sentida como legítima por su destinatario, tal como lo señalan quienes se han dedicado al análisis de las subculturas de la delincuencia. Pero, además, el juez puede dictar una sentencia conforme a derecho sabiendo que es moralmente injusta, tal como lo muestra el artículo 4.3 del Código Penal que establece que los jueces o tribunales pueden solicitar el indulto de una persona cuando «de la rigurosa aplicación de la ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendiendo al mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo»[35]. En ese sentido, ni tan siquiera el juez que en virtud de su profesión dicta habitualmente sentencias debe identificarse a sí mismo con cada uno de los postulados del derecho vigente, le basta con identificar las normas que servirán de fundamento legal a su sentencia por las fuentes sociales que las produjeron. Pero esta identificación no significa que aprueba o desaprueba esas normas. Nada de esquizofrenia hay en ello[36]. Y si esto es así,

[34] Cf. Perfecto Andrés Ibañez, *Justicia/Conflicto*. Madrid: Tecnos, 1988, p. 262.

[35] El propio G. Dworkin parecería aceptar que el mundo de la moral se diferencia en este aspecto del ámbito jurídico.

[36] No analizaré aquí la factibilidad del caso de un juez perfectamente hipócrita, esto es, de aquel que tiene una moral privada muy marcada pero que en todas sus actuaciones públicas actua y decide las cuestiones que conoce de una manera incompatible con sus propias convicciones.

el argumento que exige absoluta coherencia moral entre las sentencias emitidas por los jueces y los valores personales por ellos mantenidos pierde gran parte de su plausibilidad[37].

No obstante estas razones nada triviales, conviene recordar que las normas jurídicas en general y las sentencias en particular cumplen también una función simbólica de carácter ideológico-moral en apoyo de los fines que sustentan o promocionan, y no únicamente respecto del condenado sino también respecto de toda la sociedad. Y que esta función se ve menoscabada cuando la autoridad que la dicta es indigna, a los ojos del público, para llevar a cabo esa acción. En ese sentido, parecería prudencial exigir al juez un comportamiento apropiado; esto es, que al menos se abstenga de realizar aquellas acciones que pudiera condenar.

El caso del juez que pertenece a asociaciones no democráticas o con posiciones anticonstitucionales es diferente. Aquí sí existe una contradicción entre obedecer dos sistemas normativos cuyas conductas son pragmáticamente incompatibles; personas de ese tenor no deberían ser designadas juez, y si ya lo fueran deberían ser expulsadas del poder judicial[38].

Para aquellos casos, en cambio, donde un juez tenga una ideología compatible con los valores de la constitución pero ante un hecho concreto su juicio pueda quedar sesgado, o dar la apariencia de ello, basta establecer un sistema amplio de apartamiento o de recusación. Según Joan Picó y Junoy, «el interés moral o religioso, en supuestos excepcionales, puede ser de tal trascendencia para el juzgador que ponga en duda su objetividad, por lo que adquiere sentido su sustitución. Así, podemos pensar en el caso del juez que perteneciendo activamente a una asociación religiosa debe resolver una controversia que, atendiendo en conciencia a los postulados de su creencia, ha de resolverla inexorablemente de una determinada manera ... Al respecto, podemos citar el caso de un juez de Málaga, cuyas creencias religiosas contrarias al aborto eran conocidas, que fue recusado por el abogado de un imputado por delito de aborto al amparo del interés indirecto del juez en la causa. Este aceptó el motivo y fue separado del asunto...»[39] Pero, además,

---

[37] Tal vez esta conclusión pueda ser analizada como una cuestión de grados, que vale para la generalidad de los casos o para casos no excepcionalmente apremiantes. Dificilmente un juez que aborrezca la pena de muerte dicte repetidamente sentencias condenatorias en ese sentido.

[38] Es el caso de los jueces designados por dictaduras militares horrendas cuyas prácticas violan todos los derechos humanos y que exigen obediencia a sus postulados. Mientras se mantiene el régimen tiránico, estos jueces suelen rechazar todas las solicitudes de amparo o de *habeas corpus*. Luego en las transiciones a la democracia son mantenidos en su cargo y no suele ser infrecuente que esos mismos jueces se constituyan en un fuerte obstáculo para la completa democratización del país. Para un caso como el de los jueces chilenos puede consultarse: Alejandra Matas, *El libro negro de la justicia chilena*. Barcelona: Editorial Planeta, 2000.

[39] Cf. Joan Picó y Junoy, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Barcelona, J.Bosch, 1998, p.

difícilmente se podría calificar a una persona que mantiene posiciones en favor de los derechos humanos como que es una «mala persona».

Ahora bien, para tratar de responder a la pregunta de si una mala persona puede llegar a ser técnicamente un buen juez en un sistema donde impera la obligatoriedad de fundar las sentencias en derecho, esto es, en un sistema donde el juez tiene que decidir conforme a un sistema de fuentes preestablecido como la ley, la costumbre o los principios generales del derecho, hay que considerar un último argumento. El que indefectiblemente una mala persona trasladará sus convicciones personales a su actuación profesional. Los jueces no pueden aplicar el derecho –se sostiene– sin interpretarlo previamente, y la interpretación es una actividad no solamente descriptiva de las normas dictadas por los legisladores sino también creativa sujeta a las veleidades ideológicas –en un sentido amplio– del interprete[40]. Según estas tesis, para cumplir técnicamente de manera impecable la función de juez se habría que tener ciertos caracteres personales, cierta ideología y cierta moral como condiciones necesarias para ello –aunque obviamente no suficientes–[41], ya que habría una conexión necesaria entre la resolución de al menos algunos casos judiciales y la moral privada del juez. El juez no podría dejar de proyectar, en definitiva, en cada una de este tipo de sentencias sus propias valoraciones personales. Esta especie de «vertido de moralidad» que lleva a cabo el juez en sus decisiones se vería favorecida en modo diverso en el siguiente listado no exhaustivo de situaciones:

a. En ocasiones, el ordenamiento jurídico permite, o incluso exige, que el juez decida en una controversia de acuerdo a sus propios criterios valorativos sin sujetarse a restricción jurídica alguna. La discrecionalidad que aquí se observa en el juzgador es absoluta. Es el caso en el que el juez debe decidir en equidad.

b. En otras ocasiones, el juez puede tomar una decisión entre un abanico de posibilidades. Cumple con la obligación de decidir conforme a derecho escogiendo cualquiera de las alternativas, como cuando puede imponer una pena de entre 8 y 25 años por la comisión de un determinado delito. Aquí la imposición de la pena efectiva será más o menos severa de acuerdo, entre otras cosas, al peculiar entendimiento del juzgador.

---

[40] Aquí utilizo el término «interpretar» ambiguamente, para describir las normas que los legisladores dictan en los casos que ello sea posible (cuando la formulación legislativa tiene solo un significado posible) y para asignar un significado a esa formulación de entre varios posibles.

[41] Un análisis acerca de si se requiere que las personas que ocupan o se postulan para ocupar cargos electos han de tener determinados rasgos personales como condición necesaria para desarrollar con plenitud su función puede verse en: Frederick Schauer, «Can Public Figures Have Privates Lives?», *Social Philosophy and Policy*, vol 17, nº 2, 2000, pp. 293 y ss.

c. En otros casos, el legislador utiliza términos tan generales como «morigeración» o expresiones tan vagas como «buen padre de familia», que el juez se ve obligado a acudir «a conceptos metajurídicos extraídos de su propio mundo de la cultura y de su particular experiencia»[42] para definirlos y hacerlos operativos al momento de resolver una controversia.

d. Hay cuestiones además que no pueden resolverse sin tener una teoría moral completa o, al menos, bien desarrollada. Difícilmente se puede determinar el significado que tiene la expresión «tratos inhumanos y degradantes» sin hacer referencia a elementos tan importantes para la teoría y la práctica moral como la dignidad o la autonomía de la persona[43].

e. Por otro lado, el orden jurídico autoriza al juez, a veces, a dictar normas generales para resolver una laguna normativa que le permita solucionar un caso apelando a procedimientos como el de analogía que, al no ser exclusivamente de carácter lógico, involucran necesariamente cierta dosis de valoración[44].

f. Además, los jueces también dictan normas en aquellas ocasiones en las que afirman la existencia de una laguna axiológica negándose con ello a aplicar la solución que el legislador había previsto para ese caso. Que se sostenga la existencia de este tipo de lagunas depende por entero de la valoración que haga el juzgador del supuesto de hecho y del entramado normativo. El apartamiento por parte del juez del mandato legislativo es aquí manifiesto y la creación normativa que lleva a cabo indudable[45].

Pero el derrame moral e ideológico que el juez realiza en su actividad de juzgar no queda reducido al ámbito de la interpretación normativa, también se manifiesta en lo relativo a la evaluación de la prueba de los hechos que van a constituir los fundamentos fácticos con que deben construir sus sentencias[46]. En efecto, cuando el juez evalúa la credibilidad de un medio de

---

[42] Cf. Perfecto Andrés Ibañez, ob. cit. p. 253.

[43] He tomado prestado este ejemplo de una discusión mantenida con José Juan Moreso en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

[44] Cf. Eugenio Bulygin, ob. cit. pp. 361 y ss. Esto no significa que el juez realice una actividad creadora de derecho en el mismo sentido que lo hace un legislador. Como el propio Bulygin se encarga de subrayar, «no se trata de una creación ex nihilo. La creación judicial de normas generales por analogía es una creación a partir de otras normas y en ese aspecto difiere muy sustancialmente de la creación legislativa, hasta el punto de que parece equívoco usar el mismo vocablo "creación" para designar dos actividades tan distintas». (p. 362)

[45] Para un análisis en detalle del problema de las lagunas axiológicas, véase Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1974, especialmente pp. 145 y ss.

[46] Se distingue aquí claramente entre los fundamentos de las sentencias normativos y fácticos a los efectos expositivos. Sin embargo, esa distinción no es radical como bien señala Francisco Ezquiaga Ganuzas, «*Iura Novit Curia» y aplicación judicial del derecho*.Valladolid: Lex Nova, 2000, especialmente pp. 70 y ss.

prueba o la atendibilidad de una prueba lo hace desde la perspectiva de la sana crítica, y este criterio reenvía necesariamente a ciertas valoraciones personales del juez.

De hecho, las partes en el proceso introducen información acerca de los datos fácticos que consideran relevante para mejor apoyar sus pretensiones y sobre los cuales el juez deberá decidir. Buena parte de esa información es, sin embargo, redundante, irrelevante y hasta manifiestamente contradictoria. Por otra parte, el juez tiene prohibido conocer sobre los hechos del litigio y mencionarlos en sus decisiones por medios diferentes a los procesalmente admitidos. El juez se ve obligado a bucear, en consecuencia, entre esa maraña de datos para formular un enunciado acerca de un acontecimiento histórico con pretensiones de verdad. Pero «la apreciación de la prueba es una actividad compleja sujeta a ciertos criterios, no siempre únicos, ni explícitos, ni claros, ni jerarquizados: la apreciación de la prueba se halla librada a la experiencia del juzgador ...»[47]

Si esto es así, pareciera que ciertas valoraciones personales son también inescindibles de la evaluación de las pruebas en el proceso. Como se ha puesto de manifiesto repetidamente respecto de la aplicación del derecho penal sexual, la ideología de un juez juega un papel relevante en la presentación de los hechos que considera probados[48].

Finalmente, aunque no menos importante, se ha advertido, con la constitucionalización de las llamadas libertades básicas y derechos fundamentales del hombre un aumento y potenciación de las valoraciones con las cuales el juez imprime sus sentencias, ya que estos conceptos no únicamente son vagos y ambiguos, sino también dependientes de una concepción de lo bueno o de lo correcto.

Llegados a este punto, si se admitiera que existe una íntima conexión entre valoraciones morales, políticas o sociales e interpretación y aplicación del derecho, al menos para cierto tipo de controversias jurídicas, resultaría que el juez al decidir estaría adscribiendo derechos y obligaciones según su particular concepción de lo bueno o de lo correcto.

En ese sentido, pareciera que no en todos los casos se puede hacer una aplicación «mecánica» del derecho para resolver una determinada controversia sometida a consideración judicial. No en todos los supuestos la formulación normativa de carácter legislativo implica una única norma, ni los hechos probados en el proceso son de tal magnitud que permiten una descripción completa y certera desde el punto de vista de los elementos rele-

---

[47] Cf. Daniel Mendonca, *Las claves del derecho*. Barcelona: Gedisa 2000, p.191.

[48] Por todo véase, Juan José Ruiz-Rico, *El sexo de sus señorías.* Madrid: Ediciones Temas de Hoy, 1991.

vantes del hecho acaecido históricamente, o existen lagunas de conocimiento y reconocimiento. Pareciera pues que el modelo donde los jueces tienen la obligación de fundar sus sentencias opera, en muchas hipótesis, como en el caso de su modelo opuesto –piénsese en la hipótesis de una situación gobernada por una discrecionalidad absoluta–, se acerca peligrosamente a él en algunos supuestos –recuérdese las lagunas axiológicas– o comparte un cierto aire de familia –la sana crítica en las tareas de evaluación de las pruebas–. Si en el primero de los modelos analizados se afirmó que una mala persona jamás podría ser un buen juez, en el que impera la obligación de fundar las sentencias parecería que tampoco ello es posible[49].

Pero el concepto de «mala persona», que es parasitario de un conjunto de normas, puede ser interpretado como dependiente de la moral social o de la moral crítica. Una «mala persona» definida en atención exclusivamente a consideraciones morales positivas del momento tiene un serio inconveniente, y es que hace depender la valoración ética de aspectos que pueden basarse en prejuicios de distintos tipos o en principios que colisionan claramente con principios constitucionales bien asentados. Y no conviene olvidar que no es función de los jueces refrendar con su comportamiento y menos aun con sus sentencias la moral social vigente, y que no en pocas ocasiones los jueces deben decidir en contra de las valoraciones sociales vigentes porque así lo demandan los valores constitucionales.

Queda pues como alternativa para definir «mala persona» los criterios definidos por la moral crítica; estos criterios, valores y postulados básicos suelen estar ya recogidos en el ordenamiento constitucional que organiza el Estado social y democrático de derecho. Es verdad que el esquema valorativo que informa los sistemas constitucionales modernos caben diversas sensibilidades; por ejemplo, mantener una posición más igualitaria que otra en materia social. Pero aceptar esta afirmación no significa que cabe cualquier valoración. Un fascista consecuente, un ultraderechista declarado o quien haya honrado dictaduras militares sangrientas no pueden reclamar pretensión de buena persona y en consecuencia no podrían ser buenos jueces.

Y si el moderno constitucionalismo político se asienta en el respeto de los derechos de todos los ciudadanos, categoría que incluye naturalmente a todos los jueces, se ha de ser muy cuidadoso en la restricción de sus comportamientos privados de las personas. A la luz de esta concepción, la prohibición o sanción impuestas a los jueces de algunos de los ejemplos analizados con anterioridad merecerían ser nuevamente reconsiderados.

[49] Hay que señalar aquí que aunque se trata de una cuestión empírica, es razonable pensar que todos los jueces se enfrentarán a casos como éstos más de una vez en su ejercicio profesional.

No parecería ser aceptable restringir el comportamiento de los jueces en materia sexual. Impedir que los jueces sean homosexuales implicaría aceptar que existen pautas de comportamiento sexual que aún cuando no dañan a otro deberían ser prohibidas o sancionadas. Pero una tal actitud constituye un ejercicio de perfeccionismo moral incompatible con un Estado éticamente justificado. Al Estado le debería ser indiferente que sus jueces sean homo o heterosexuales, incluso en aquellos casos en cuyo conocimiento y decisión pueda llegar a jugar algún papel la particular visión personal del juez –siempre que sea compatibles con los grandes valores constitucionales, obviamente–. Otras restricciones, como imponer a los jueces la obligación de vestir con una cierta pulcritud gana en plausibilidad en la medida que no está en juego un derecho esencial de la personalidad no sujeto a negociación, i.e., el derecho a llevar cualquier indumentaria cualesquiera sean las circunstancias de tiempo, lugar y funciones que se cumpla. No habría nada de inmoral en obligar a los jueces a vestir corbata, como no hay nada éticamente reprobable en exigir a los estudiantes de cierta edad que lleven guardapolvos blancos o a los militares a usar uniformes[50].

Si la función del juez es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado aplicando la constitución, el sistema de fuentes y los valores contenidos en ellas que sean compatibles con la ética crítica resultaría que para ser un buen juez, desde el punto de vista técnico, debe resolver los conflictos que competencialmente conoce imbuyendo sus decisiones precisamente de esos valores en todos aquellos casos que fuera menester. Las valoraciones personales ajenas a dicho orden serían entonces inaceptables y de ninguna manera podrían ser invocadas o utilizadas en ningún caso. Una mala persona definida en términos de su rechazo a este sistema de valores políticos no podría ser en ese sentido un buen técnico como juez[51].

[50] No prestaré atención aquí a las funciones simbólicas que cumplen determinadas formalidades, exigencias estéticas y vestimentas que rodean el ejercicio de la función jurisdiccional.

[51] Conviene recordar por otra parte el compromiso que los jueces y magistrados adquieren cuando en una democracia juran sus cargos y prometen obedecer la constitución y las leyes. Al hacerlo refuerzan, si esto es posible, sus obligaciones para con estos principios morales.

A R T Í C U L O S

JUSTICIA PROCEDIMENTAL PURA Y TEORÍA DEL DERECHO[1]

Bruno Celano
Universidad de Palermo

1. Teoría del Derecho

El título de mi ponencia es 'Justicia procedimental pura y teoría del Derecho'. Adoptaré un particular paradigma teórico-jurídico que llamaré, en homenaje a Hans Kelsen, 'paradigma nomodinámico'. De acuerdo con el paradigma nomodinámico, la característica saliente para los fines de una comprensión adecuada del Derecho es el fenómeno de la autoridad: es decir, la institución de poderes de producción y aplicación de normas o actos jurídicos, mediante la especificación de las condiciones que individuos y grupos de individuos deben satisfacer para poder ejercitar tales funciones (es decir, mediante la constitución de órganos de producción y de aplicación del Derecho), así como de condiciones a las que la actividad de tales órganos debe conformarse para poder valer como ejercicio de las funciones en cuestión (es decir, la especificación de procedimientos apropiados a los fines de la producción o de la aplicación de normas o actos jurídicos). De acuerdo al paradigma nomodinámico, por decirlo brevemente, es característica saliente del Derecho la institución de poderes normativos: poderes, instituidos y disciplinados por normas, de producción o aplicación de normas.

[1] Una versión más amplia de este trabajo fue presentada al XXII Congreso nacional de la Sociedad italiana de filosofía jurídica y política («Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra stato e società internazionale», Trieste, 27-30 de septiembre de 2000). Doy las gracias por sus comentarios y sus críticas a una versión precedente de este escrito, o por la discusión de algunos puntos problemáticos, a Mauro Barberis, Michelangelo Bovero, Pierluigi Chiassoni, Guido Corso, Pasquale De Sena, Enrico Diciotti, Jordi Ferrer, Ricardo Guastini, Giorgio Maniaci, Marco Mazzamuto, Tecla Mazzarese, José Juan Moreso, Giuseppe Nicolaci, Elena Pariotti, Anna Pintore, Aldo Schiavello, Isabel Trujillo y Francesco Viola. Debo añadir, sin embargo, que no he tratado aquí de replicar concluyentemente a algunas de las objeciones que juzgo más significativas. Hacerlo habría exigido un tratamiento sistemático de algunas opciones teóricas de fondo, y un desarrollo bastante más extenso de alguno de los argumentos adoptados aquí.

2. Justicia, procedimientos y Derecho

¿Cómo se configura, desde el punto de vista de una teoría nomodinámica, la relación entre justicia y procedimientos?

Un primer aspecto de la respuesta a esta pregunta es completamente obvio: el Derecho es una institución que transforma, o al menos tiende a transformar, la solución de todo problema de justicia en una cuestión de ejecución de procedimientos predeterminados por parte de individuos predeterminados. Por ejemplo ¿deben satisfacerse las pretensiones de Tizio o bien las de Cayo, en conflicto con ellas? El enfoque específicamente jurídico de un problema de este tipo exige preguntarse: ¿quién es competente para juzgar la controversia surgida entre Tizio y Cayo, y según qué procedimiento debe hacerse el juicio con el fin de llegar a una solución que tenga carácter jurídico (es decir, que tenga consecuencias jurídicas: que incida sobre los derechos y las obligaciones jurídicas de quienes están sujetos al ordenamiento)?. En general, el Derecho tiende a transformar todo problema del tipo '¿Qué exige la justicia en la situación S?' en un problema del tipo: '¿Quién es competente para decidir, y en ejecución de qué procedimientos, qué cosa es debida a cada uno en S?'.

Va de suyo que esta transformación deja siempre un resto, un residuo. El Derecho *tiende* a llevarla a cabo, pero la transformación nunca es completa. No solamente porque el Derecho proporciona, además de especificaciones relativas a órganos y procedimientos de decisión, también criterios sustanciales de juicio, susceptibles de valoración desde el punto de vista de una teoría normativa de la justicia. Sino también porque se plantea en todo caso el problema de si la elección, por parte del Derecho, de un particular órgano en lugar de otro, o de un particular procedimiento en lugar de otro, es ella misma conforme a la justicia.

Ello no obstante, la tendencia, por parte del Derecho, a procedimentalizar, por así decirlo, cuestiones sustantivas me parece innegable. Esta constatación, así formulada, sigue siendo por completo genérica. Que las cuestiones jurídicas presenten siempre un aspecto procedimental, es, a fin de cuentas, una banalidad. Trataré ahora de especificar y desarrollar, en una dirección determinada, esta obviedad, deteniéndome en un aspecto particular de la relación entre justicia, procedimientos y Derecho. El aspecto en cuestión es la relación que se puede entender que se da entre Derecho y pensamiento jurídico, de un lado, y una particular articulación de la idea de justicia, de otro: la idea de una justicia que tenga ella misma carácter procedimental.

3. Justicia procedimental

Como es sabido, en *A Theory of Justice* (1971) John Rawls introduce, en términos abstractos, la idea de una justicia «procedimental» y aporta una división de esta noción, distinguiendo tres formas fundamentales: justicia procedimental imperfecta, perfecta, y pura.

La división rawlsiana se fundamenta en dos parámetros[2]. El primero es la disponibilidad o no de un criterio de determinación de lo que es conforme a la justicia que sea independiente de, y preliminar respecto a, la ejecución del procedimiento especificado. El segundo parámetro es si existe o no la garantía de que el procedimiento especificado, si se sigue efectivamente, produzca el resultado conforme a la justicia.

En el caso de la justicia procedimental perfecta (ejemplificada, en *A Theory of Justice*, por el problema de la división equitativa de un pastel) existe, en primer lugar, «un criterio independiente» de lo que sea conforme a la justicia, «un criterio definido separadamente de, y con carácter previo a, el procedimiento a seguir»; y, en segundo lugar, «es posible especificar un procedimiento que, con certeza, proporcione el resultado deseado». En el caso de la justicia procedimental imperfecta (ejemplificada por el proceso penal) por el contrario, «disponemos de un criterio independiente de lo que sea el resultado correcto, pero no hay ningún procedimiento practicable que conduzca con seguridad al mismo». Así pues, puede suceder que el procedimiento especificado sea seguido correctamente, y que, sin embargo, el mismo no produzca el resultado conforme a la justicia. En el caso, finalmente, de la justicia procedimental pura (ejemplificada por el juego de azar), «no hay ningún criterio independiente del resultado justo, pero hay un procedimiento correcto, o equitativo, tal que su resultado es, de la misma forma, correcto, o equitativo, sea el que sea». Una característica peculiar de la justicia procedimental pura es, observa Rawls, el hecho de que, para poder establecer qué estado de cosas es conforme a la justicia, el procedimiento especificado debe seguirse efectivamente; en efecto, no existe, en hipótesis, «ningún criterio independiente sobre la base del cual sea posible determinar que un cierto resultado es justo».

La noción de justicia procedimental pura promete, respecto a la noción de justicia procedimental imperfecta, una cierta ventaja[3]. Parece, en efecto,

---

[2] Cfr., para lo que sigue, Rawls 1971, pp. 85-6, de donde provienen las citas.

[3] Rawls (1971, p. 85) afirma que «claramente, la justicia procedimental perfecta es rara, si no imposible, en cuestiones de un cierto interés práctico». Seguiré, en este punto, a Rawls, limitando mi análisis a las relaciones entre justicia procedimental pura e imperfecta (nada particularmente significativo se sigue de la extensión de las argumentaciones que se desarrollan en las páginas siguientes a la noción de justicia procedimental perfecta).

garantizar una forma unívocamente definida, conceptualmente más económica, y menos controvertible (una forma por así decirlo mecánica, o automática) de afrontar problemas de justicia.

Por definición, en efecto, en el caso de un problema de justicia procedimental pura, no será necesario, una vez seguido el procedimiento relevante, indagar si el resultado al que de hecho ha conducido es o no conforme a la justicia. Esto no sucede, por el contrario, en el caso de la justicia procedimental imperfecta. En el caso de la justicia procedimental imperfecta, en efecto, una vez seguido el procedimiento especificado, sigue abierta en hipótesis una pregunta ulterior –una pregunta de más– respecto a las planteadas por un problema de justicia procedimiental pura: si la ejecución del procedimiento ha producido efectivamente el resultado conforme a la justicia, o no.

En este sentido, se puede afirmar que, en la justicia procedimental pura, el procedimiento relevante tiene carácter constitutivo de la conformidad a la justicia de aquello que constituye su resultado. La ejecución del procedimiento es, por así decirlo, infalible. Si, y sólo si, el procedimiento se sigue, el resultado es, necesariamente, conforme a la justicia; y es su efectiva ejecución lo que hace que aquello que constituye su resultado sea conforme a la justicia.

Bajo este aspecto, la justicia procedimental pura presenta una profunda afinidad estructural con el tipo de reglas denominadas por John R. Searle «reglas constitutivas». Las reglas constitutivas de Searle son reglas de la forma 'X tiene valor de (*counts as)* Y en el contexto C' (por ejemplo, 'quitarse el sombrero tiene valor de saludo en el grupo social G') que, dice Searle, crean (o definen), y también regulan, nuevas formas de comportamiento, las cuales no serían posibles en ausencia de las reglas mismas (esto es, formas de comportamiento cuyo concepto es lógicamente dependiente de la regla en cuestión). Las reglas constitutivas son contrapuestas por Searle a las reglas que llama «regulativas» (por ejemplo, 'no se debe circular a velocidad superior a 120 km por hora'). Estas últimas, a diferencia de las reglas constitutivas, regulan formas de comportamiento cuyo concepto es lógicamente independiente de ellas[4].

La afinidad entre la noción de regla constitutiva y la idea de justicia procedimental pura es, me parece, obvia. En el caso de una regla constitutiva (por ejemplo, la regla del juego del ajedrez que define el movimiento del alfil) la no conformidad del comportamiento efectivo con la regla no implica, por sí, que el comportamiento en cuestión constituya una trasgresión de la

[4] Searle, 1964, pp. 111-4; 1965, pp. 41-2; 1969, pp. 33-42, 50-3; 1995, pp. 27-8, 113-4.

misma, o una violación; implica, más bien, que el comportamiento no es en absoluto una instancia (un *token*) del comportamiento (del *type*) definido por la regla. Así, por ejemplo, el traslado en L de un alfil en un tablero no es un mal movimiento; simplemente, no es en absoluto, en una partida de ajedrez, un movimiento. Del mismo modo, en un caso de justicia procedimental pura, qué valga como un estado de cosas conforme a la justicia está definido por el procedimiento relevante: el que X sea el resultado de la ejecución efectiva del procedimiento especificado es constitutivo de que sea conforme a la justicia.

La noción rawlsiana de justicia procedimental, considerada en abstracto, constituirá mi término de confrontación. Como es sabido, la teoría de la justicia de Rawls, así como la mayor parte de las teorías de la justicia postrawlsianas, pretende ser una teoría de la justicia global: su objeto es la estructura fundamental de la sociedad, considerada en su conjunto. Pero aquí no trataré, en primer lugar, de examinar si, y eventualmente en qué sentidos, una teoría de la justicia global pueda con aprovechamiento ser etiquetada como «procedimental»; ni, en segundo lugar, trataré de valorar, desde el punto de vista normativo (o ético), las perspectivas de éxito de una teoría procedimental de la justicia global. Lo que pretendo hacer es, más bien, poner a prueba la noción rawlsiana de justicia procedimental –en particular, la noción de justicia procedimental pura– desde el punto de vista de la teoría del Derecho; es decir, examinaré la relación que hay entre justicia procedimental pura y Derecho. Mi objetivo es, en otros términos, esclarecer cuál sea la suerte de la noción rawlsiana en el contexto de una concepción nomodinámica del Derecho.

4. De la justicia procedimental pura a la justicia procedimental imperfecta

Como he dicho poco antes, la justicia procedimental pura exige, a los fines de la determinación de qué sea conforme a la justicia, que el procedimiento especificado se siga efectivamente. Si, en cualquier ocasión, el procedimiento se ha seguido efectivamente es, al menos en parte, –en alguna medida– una cuestión de hecho; la respuesta correcta a este interrogante será, en línea de principio, accesible a una indagación de carácter teórico (es decir, dependerá del establecimiento de datos de hecho)[5]. Si no fuese así, en

[5] Con la expresión 'indagación teórica' me refiero aquí a una investigación que trate de dar respuesta a preguntas reconducibles a la forma: '¿Cómo están (estaban, estarán) las cosas (en el tiempo *t*)?'. El adjetivo 'teórico' se contrapone aquí a 'práctico'. Tiene carácter práctico una indagación que trate de responder a preguntas reconducibles a la forma '¿Qué hacer (en *t*)?' (cfr. Celano 1994, pp. 678-90). Una repuesta apropiada a una pregunta de carácter teórico es (por definición) verdadera o falsa, correcta o no.

efecto, el principio de justicia relevante habría de considerarse como mal formado, en cuanto que no apto para proporcionar ningún resultado determinado. Un procedimiento, en abstracto, se define como una serie de pasos, considerados como tipos abstractos; su ejecución consistirá en la instanciación de tales pasos. El problema de si una cierta serie de actos individuales constituye ejecución de un cierto procedimiento equivale, pues, al problema de si los actos en cuestión ejemplifican sus pasos (en la sucesión requerida). Se trata, en términos banales, de la cuestión de si un cierto individuo ejemplifica un tipo abstracto: de si cierto caso cae o no bajo una cierta regla.

Interrogantes de este tipo (si cierto caso cae o no bajo una regla) son, en el ámbito jurídico, de importancia crucial. Pero el Derecho –el modo de pensar específicamente jurídico– presenta, bajo este aspecto, una peculiaridad. Es decir, el modo de pensar jurídico está caracterizado por la constante conjunción de interrogantes de este tipo (si un cierto caso cae o no bajo una regla) con interrogantes de un tipo ulterior: si hay una instancia competente para juzgar, de acuerdo con modalidades específicas, cuál es la respuesta a dar a interrogantes del tipo anterior. En otros términos: en el ámbito jurídico, al interrogante '¿X es o no un caso de R?' se añade constantemente el interrogante ulterior: '¿Quién y según qué modalidades es competente para juzgar si X es o no un caso de R?'. Sólo la determinación por parte de una instancia competente, según modalidades especificadas, marca, desde el punto de vista jurídico, la diferencia: sólo una determinación hecha de esta forma tiene consecuencias jurídicas (es decir, incide sobre los derechos y las obligaciones de los individuos sujetos al ordenamiento).

Esto vale de forma absolutamente general. Y vale también, en consecuencia, con relación a la hipótesis de si es susceptible de aplicación, en el ámbito jurídico, la noción de justicia procedimental pura. Si, en un caso concreto, el procedimiento relevante se ha seguido o no es un problema del tipo: '¿X es o no un caso de R»?'. Quien se encuentre comprometido en una indagación normativa (en una indagación ética) puede, en línea de principio, determinar cuál sea la respuesta a esta pregunta; la suya será, con relación a este punto, una indagación de carácter teórico. Pero, desde el punto de vista jurídico, el problema será siempre: '¿Quién, y según qué modalidades, es competente para juzgar si se ha seguido el procedimiento relevante?'

Dicho brevemente: dado un caso de justicia procedimental pura, quien trata de responder a la pregunta (normativa, o ética) de si el resultado obtenido es o no conforme a la justicia, de un lado, y el jurista, de otro, acabarán necesariamente por plantearse problemas parcialmente distintos. El primero se preguntará si el procedimiento relevante se ha seguido efectiva-

mente o no. El jurista, por su parte, se planteará, además de este primer interrogante, un interrogante ulterior: si al interrogante anterior se le ha proporcionado una respuesta (o si se le puede proporcionar una respuesta), con arreglo a modalidades de juicio establecidas, por un órgano competente. Entre la indagación normativa en materia de justicia, por un lado, y el modo de pensar jurídico, por otro, hay, en este aspecto, una discrepancia: a partir de un cierto punto, los respectivos recorridos inferenciales divergen entre sí. El jurista lleva a cabo, respecto al teórico de la justicia, una desviación.

¿Dónde conduce esta desviación? Para responder a este interrogante examinaré ahora un caso paradigmático del fenómeno sobre el cual he tratado de llamar la atención (esto es, la incidencia del modo de pensar típicamente jurídico en la consideración de interrogantes del tipo: '¿X es o no una instancia de R?': el problema de las normas, o de los actos, llamados 'irregulares' (leyes inconstitucionales, reglamentos ilegales, sentencias *contra legem*, etc.).

Simplificando al extremo, el problema es el siguiente.[6] Desde el punto de vista de una teoría nomodinámica, una norma o un acto tienen existencia jurídica –puede decirse que son jurídicamente válidos, que son algo jurídico (constituyen derecho)[7]– si, pero sólo si, satisfacen las condiciones es-

---

[6] En este parágrafo y en el siguiente (*infra*, 5) abordaré, de forma bastante sucinta y esquemática, el problema del carácter de las reglas que confieren poderes, o normas de competencia. Se trata, como es sabido, de uno de los temas cruciales de la teoría del Derecho (de la nomodinámica) contemporánea, ampliamente discutido, y con relación al cual se registran, en la literatura, puntos de vista profundamente divergentes. No trataré aquí de desentrañar este conjunto de opciones teóricas (si las llamadas normas de competencia, o al menos algunas de ellas, son normas permisivas, normas que imponen obligaciones, reglas constitutivas, meras definiciones, o más de una de estas cosas conjuntamente, o alguna otra cosa), ni proporcionaré una definición explícita de la clase de las normas de competencia. Me limitaré a asumir que las reglas de competencia tienen en algún sentido carácter definitorio, o constitutivo, de ser ciertos actos o normas actos o normas jurídicos, jurídicamente existentes o válidos. (Asunción, esta, que no es en absoluto incompatible con la tesis de que son fragmentos de normas condicionales en términos de obligación, o normas de ese tipo indirectamente formuladas; pero no es posible discutir aquí este punto: cfr. al respecto Celano 1999a, pp. 359-67). Espero que la argumentación presentada en el texto parezca al lector relativamente no controvertida, sea cual sea la concepción de las normas de competencia escogida (obviamente, dentro de ciertos límites). El problema de las normas o de los actos irregulares depende estrechamente, a su vez, de asunciones relativas a la naturaleza de las reglas de competencia; para una presentación particularmente clara del problema, y una exploración de las diversas posibilidades de solución, cfr. Moreso 1993.

[7] Utilizo aquí como sinónimos los términos 'existencia' y 'validez' (referidos a normas y actos jurídicos). Los dos términos denotan, banalmente, el que una norma, o un acto, sean una norma o un acto jurídico (algo jurídico: algo que vale como Derecho). Se verá en el parágrafo siguiente (*infra*, 5) que la posibilidad de distinguir entre existencia y validez de normas y actos jurídicos, de acuerdo con líneas habituales en la literatura teórico-jurídica reciente no es, en relación con el tratamiento de nuestro problema, relevante.

pecificadas por normas (ellas mismas normas jurídicas) que confieren poderes de producción y aplicación de normas: es decir, normas jurídicas que especifican quién (un órgano) y según qué modalidades (siguiendo qué procedimiento) es competente para producir una norma, o un acto, del tipo en cuestión (a estas especificaciones pueden añadirse, y con frecuencia se añaden, vínculos referentes al contenido de las normas o de los actos producidos; de ahora en adelante, esta precisión se dará por sobreentendida). La falta de satisfacción de tales condiciones entraña, en línea de principio, que no alcance existencia (existencia jurídica) la norma, o el acto, en cuestión. El resultado de la actividad de una instancia no competente, o la falta de ejecución del procedimiento apropiado es, en línea de principio, jurídicamente inexistente, o inválido: no es en absoluto una norma, o un acto, jurídico.

Las reglas que confieren poderes de producción de normas o actos jurídicos presentan, pues, la misma característica conceptual que, como hemos visto, es propia de las reglas constitutivas y de las reglas de justicia procedimental pura. Las reglas constitutivas, se ha dicho, hacen posibles tipos de comportamiento o de entidades, que no existirían en su ausencia. De la misma forma, las reglas jurídicas sobre la producción de normas o de actos jurídicos hacen posibles tipos de comportamiento (actividad de producción de normas o de actos jurídicos) que no serían posibles en su ausencia. En línea de principio, la conformidad de la actividad desarrollada por una cierta instancia con el procedimiento especificado por una regla de este tipo es constitutiva del ser, tal actividad, un caso de actividad de producción jurídica. La ejecución del procedimiento especificado por parte del órgano competente es, a su vez, constitutiva de ser el resultado jurídicamente existente.

Parece por ello que se puede afirmar la existencia de una profunda afinidad estructural entre problemas de justicia procedimental pura, por un lado, y problemas de validez, o de existencia, de actos o normas jurídicas (problemas del tipo: '¿La norma N, o el acto A, es jurídicamente válida –es algo jurídico– o no?'), por otro. Las cosas, sin embargo, no son en absoluto tan simples.

En el ámbito jurídico, en efecto, la conformidad de un cierto comportamiento con las condiciones especificadas por reglas que confieren poderes de producción jurídica es únicamente *en línea de principio* constitutiva de que el resultado sea jurídicamente existente. En particular: no es *del todo* verdadero que la satisfacción de las condiciones relevantes sea condición necesaria de que cierta norma, o cierto acto, sea algo jurídico. Es, en efecto, un fenómeno innegable, y frecuente, que normas o actos sean tratados, por juristas y operadores jurídicos (en particular, funcionarios), como jurídicamente existentes aunque no satisfaga las condiciones de existencia (existencia jurídica, validez) establecidas por normas que confieren pode-

res. No sólo: sucede a veces –bastante frecuentemente– que en casos de este género, el juicio sobre la efectiva conformidad o no de la norma, o del acto, a las condiciones relevantes sea él mismo deferido, por el Derecho, a un órgano predeterminado, habilitado para efectuar tal juicio de acuerdo con un procedimiento especificado. Sólo si se ha formulado por tal órgano, según el procedimiento apropiado, el juicio de no-conformidad del acto, o de la norma, en cuestión a los requisitos de validez relevantes tendrá consecuencias jurídicas. Un juicio (no importa aquí si verdadero o falso, correcto o no) que no constituya el resultado de la ejecución de un procedimiento apropiado por parte de un órgano competente no marcará, desde el punto de vista jurídico, ninguna diferencia.

En otros términos: desde el punto de vista jurídico, el problema de la validez de una norma, o de un acto, no es nunca –o mejor, no es nunca *únicamente*– si, efectivamente, la norma o el acto en cuestión ha sido producido por el órgano competente según el procedimiento apropiado. El problema es también, y sobre todo, si hay alguien que esté habilitado, por el Derecho mismo, para proporcionar, en ejecución de un determinado procedimiento, una respuesta a este interrogante, de forma tal que esta respuesta tenga consecuencias jurídicas. Dicho brevemente: en el ámbito jurídico, el problema de la regularidad de actos de producción jurídica es siempre el problema de la *garantía* de tal regularidad –de su garantía *jurídica*, o sea: de si el propio Derecho ofrece o no los medios necesarios para llegar a un juicio sobre la cuestión de la regularidad. El modo en el que puede suceder que el Derecho ofrezca tal garantía consiste, precisamente, en conferir un poder: en la especificación de un órgano habilitado para pronunciar el juicio de regularidad y de las modalidades a que tal órgano debe atenerse al formular tal juicio[8].

Pues bien: puede suceder que este ulterior juicio dé en el blanco, es decir, que sea juzgado inexistente un acto, o una norma, que efectivamente no constituye el resultado de la ejecución del procedimiento apropiado por parte del órgano competente, o existente un acto que constituye el resultado de un procedimiento de este género. Pero puede también suceder que el juicio en cuestión no de en el blanco: que sea juzgado inválido un acto en verdad válido, o válido un acto en verdad inválido. Ello no obstante, sólo un juicio oficial –un juicio hecho por el órgano competente, en ejecución del procedimiento apropiado– tendrá consecuencias jurídicas. Esto no quiere decir, bien entendido, que el Derecho sea lo que el órgano habilitado para el jui-

[8] Cfr. Kelsen 1942, trad. it. p.302: «no es (…) posible afirmar que un acto es nulo sin deber dar también una respuesta a la pregunta de quién es competente para establecer su nulidad».

cio dice que es, punto y final.[9] La corrección o no del juicio hecho por el órgano competente puede a su vez constituir el objeto de una indagación teórica. En la hipótesis de que sea establecida en su no-corrección, se deberá concluir que lo que el órgano competente ha juzgado que era Derecho no era, en verdad, Derecho (o viceversa). Sin embargo, el resultado de una indagación de este género no marcará, desde el punto de vista jurídico, ninguna diferencia.

La situación, es, pues, la siguiente. El Derecho proporciona, en hipótesis, un criterio independiente con arreglo al cual juzgar la validez de normas o actos que pretendan tener existencia jurídica. Tal criterio consiste en que sean, tales normas o actos, el resultado de la ejecución de procedimientos apropiados por parte de órganos competentes. Pero proporciona también (no necesariamente, y sólo dentro de ciertos límites, como veremos en breve) un procedimiento de juicio sobre la cuestión de si normas o actos son o no jurídicamente válidos, especificando cuál es el órgano habilitado para hacer tal juicio, y según qué modalidades debe hacerlo. Tal procedimiento, se espera, debería dar en el blanco (deberían ser jugados como inválidos, se espera, sólo actos o normas efectivamente inválidos y como válidos sólo actos o normas efectivamente válidos). Pero nada garantiza que esto tenga lugar. En suma: por un lado, se encuentra disponible un criterio de corrección independiente de, y previo a, la efectiva ejecución del procedimiento de juicio; de otro lado, no hay ninguna garantía de que el resultado de este último coincida con el establecido mediante la aplicación del criterio. Es decir, la situación es conceptualmente análoga a la ejemplificada por la justicia procedimental –no pura, sino– imperfecta: nos encontramos aquí frente a la conjunción de (1) disponibilidad de un criterio independiente de corrección y (2) no garantía de éxito del procedimiento[10].

---

[9] Hart 1961, pp. 138-44.

[10] Una precisión. No pretendo sugerir que las condiciones de existencia jurídica, o validez, establecidas por reglas de competencia (condiciones relativas a órganos y procedimientos de producción , o al contenido de los actos o de las normas producidas) sean siempre, y necesariamente, tales que hagan que la cuestión de si una cierta norma, o un cierto acto, es o no conforme a tales condiciones, sea una cuestión de hecho, la respuesta a la cual sea accesible a una indagación teórica (es decir, susceptible de verdad o falsedad, correcta o no). La argumentación presentada en el texto no presupone esta asunción. Puede suceder que el Derecho especifique condiciones de existencia, o validez, tales que la respuesta a la cuestión de si un cierto acto, o una cierta norma, satisface las condiciones en cuestión no pueda calificarse ni como verdadera ni como falsa, ni como correcta ni como incorrecta (tales, esto es, que hagan que la respuesta a la cuestión de la regularidad esté al menos en parte indeterminada). Si esto sucede, y en la medida en que suceda, el Derecho deberá considerarse, en este aspecto, como indeterminado (no habrá una respuesta verdadera o falsa, correcta o incorrecta, a la pregunta de si un cierto acto, o una cierta norma, sea algo jurídico). La argumentación presentada en el texto no excluye esta posibilidad. Dicha argumentación, sin embargo, vale sólo con relación a la

Podemos, en este momento, volver al problema que hemos dejado en suspenso. En el caso de la justicia procedimental pura, se decía, entre la indagación normativa en materia de justicia por un lado, y el modo de pensar jurídico, por otro, hay una discrepancia, una divergencia. Además del interrogante de si se ha seguido efectivamente el procedimiento relevante, el jurista se planteará, inevitablemente, un segundo interrogante: si hay un órgano habilitado por el Derecho para responder, en ejecución de un procedimiento determinado, al propio interrogante. ¿Dónde conduce esta desviación, esta discrepancia? El problema de las normas y de los actos irregulares sugiere una respuesta: hacia la justicia procedimental –no pura, sino imperfecta. Veamos por qué.

En el caso de la justicia procedimental pura, es necesario, a fin de determinar cuál sea el resultado conforme a la justicia, que el procedimiento se haya seguido efectivamente. Si el procedimiento se ha seguido efectivamente o no es, en hipótesis, una cuestión de hecho, susceptible de determinación. El problema específicamente jurídico, sin embargo, es: ¿quién, y según qué modalidades, está habilitado para controlar si lo que se presenta como ejecución del procedimiento relevante lo es efectivamente? En relación con esta segunda interrogante está disponible, en hipótesis, un criterio de corrección independiente del procedimiento de juicio cuestión, y no existe en segundo lugar, ninguna garantía de que la efectiva ejecución de este último de en el blanco. Así pues, el procedimiento cuya ejecución determina, en hipótesis, la solución de un problema de justicia procedimental pura aparece, en el ámbito jurídico, como el objeto posible de un procedimiento de juicio que presenta, a su vez, los rasgos de la justicia procedimental imperfecta. Conclusión: no se dan, desde el punto de vista jurídico, problemas de justicia que ejemplifiquen cabalmente la noción de justicia procedimental pura (no se dan, en el Derecho, problemas puros de justicia procedimental pura). El Derecho transforma toda cuestión de justicia procedimental pura en una cuestión de justicia procedimental imperfecta. Es decir, obtenemos, con relación a la hipótesis de que un problema de justicia procedimental pura se configure como un problema jurídico, la misma situación ejemplificada por el problema de las normas irregulares: disponibilidad de un criterio independiente de juicio y no garantía de éxito del procedimiento. El modo de pensar jurídico representa todo problema de justicia procedimental pura como el contenido de un problema de justicia procedimental imperfecta.

---

hipótesis de que el Derecho no sea, en este sentido, indeterminado, y en la medida en que no lo sea –vale, por decirlo así, *por cuanto* el Derecho es, en el sentido que se acaba de precisar, algo determinado. Hasta qué punto, en qué medida ('cuánto'), en estos aspectos, dentro de qué límites, un particular odenamiento jurídico (o un particular sector de un ordenamiento jurídico particular) sea, en el sentido precisado, determinado, es algo por completo contingente.

En este aspecto, la noción de justicia procedimental pura es, desde el punto de vista de la teoría del Derecho, una noción irremediablemente ingenua: una construcción de moralistas. La razón de su ingenuidad reside en no tener en cuenta adecuadamente el hecho de que, en el ámbito jurídico, la interrogante de si un caso cae o no bajo una regla está siempre conjugada con la interrogante de si hay un órgano que tenga el poder de juzgar, según específicas modalidades, cuál sea la respuesta a dar al propio interrogante. La centralidad de esta pregunta ulterior es uno de los rasgos distintivos de una concepción nomodinámica del derecho.

5. De la justicia procedimental imperfecta a la justicia procedimental pura

La cosa no acaba aquí. Como acabamos de ver, hay un sentido en el cual el Derecho transforma todo problema de justicia procedimental pura en un problema de justicia procedimental imperfecta. Pero, como veremos seguidamente, en el Derecho también tiene lugar el fenómeno opuesto. Es decir, hay un sentido en el cual el Derecho transforma todo problema de justicia procedimental en un problema de justicia procedimental –no imperfecta, sino– pura.

Volvamos al problema de las normas y de los actos irregulares. Sucede a veces que normas o actos que, en realidad, no se han producido en cumplimiento de lo establecido por las normas que confieren poderes son tratados, por los juristas y operadores jurídicos, como actos o normas jurídicamente existentes (válidos), y que el juicio sobre su conformidad o no con las reglas relevantes se encuentra deferido, por el Derecho mismo, a órganos predeterminados como habilitados para hacer tal juicio en ejecución de procedimientos predeterminados. Esto no quiere decir, decíamos hace poco, que el Derecho sea lo que el órgano habilitado para el juicio dice que es, punto y final. Pero, una vez más, las cosas no son tan simples. En efecto: si bien la cuestión de si el acto o la norma es o no conforme a las reglas de competencia relevantes es, en hipótesis, una cuestión de hecho, la respuesta a la cual es en línea de principio accesible a una indagación teórica, sigue siendo siempre verdadero que una respuesta a este interrogante, aunque sea correcta, que no sea proporcionada por el órgano competente en ejecución del procedimiento apropiado, no marcará, desde el punto de vista jurídico, ninguna diferencia. Sólo un juicio oficial (un juicio hecho por el órgano competente en ejecución del procedimiento apropiado) tendrá consecuencias jurídicas. Puede, por ello, darse el caso siguiente: el acto, o la norma, es, en verdad, jurídicamente inexistente; pero el que lo sea no tiene, jurídicamente, ninguna consecuencia. Naturalmente, es posible que el Derecho confiera a un órgano ulterior, especificando un particular procedimien-

to, el poder de juzgar si el juicio hecho por el órgano precedente es correcto o no, de forma tal que este segundo juicio tenga, a su vez, consecuencias jurídicas. Pero no es posible, aquí ir al infinito («es imposible proveer mediante reglas los instrumentos de corrección de las violaciones de toda regla»)[11]. Así pues, puede suceder que actos o normas jurídicamente inexistentes (inválidos) sean, en última instancia, jurídicamente existentes (válidos), y tengan efectos jurídicos en conformidad con su contenido (y viceversa).

Ésta es, bien mirado, una contradicción. Una contradicción, sin embargo, que aparece como inevitable y que constituye una consecuencia necesaria de las condiciones que, desde el punto de vista de una teoría nomodinámica del derecho, definen el modo de pensar específicamente jurídico. La gravedad del problema, y la ineluctabilidad de la contradicción, pueden ilustrarse ulteriormente en un doble aspecto[12].

(1) Alguien podría objetar que el problema de las normas irregulares, tal como se acaba de formular, es en realidad un pseudoproblema. Para darse cuenta de ello –prosigue la objeción– es suficiente con distinguir explícitamente[13] dos diversas nociones de juridicidad (o sea, de conformidad a la reglas sobre la producción jurídica), una más débil y otra más exigente –las etiquetas son, aquí, irrelevantes: se puede distinguir entre mero 'vigor' (o 'vigencia') y 'validez' plena, o entre 'existencia' y 'validez', o entre simple 'aplicabilidad' y 'pertenencia' al sistema jurídico[14], o entre 'validez 1' y 'validez 2', o entre 'existencia 1' y 'existencia 2'–, y reformular en los términos de esta distinción el (presunto) problema de las normas irregulares. Se dirá entonces (disipando, así, toda apariencia de contradicción) que sucede a veces que normas o actos meramente existentes, son tratados, por los juristas y operadores jurídicos como ('plenamente') válidos (pero la misma idea puede ser expresada distinguiendo, por ejemplo, entre 'vigor' y 'validez'), y que el Derecho confiere a un particular órgano el poder de juzgar, siguiendo un determinado procedimiento, acerca de su validez, de forma que tal juicio, y solamente él, tiene efectos jurídicos[15].

---

[11] Hart 1961, p.139; cfr. Celano 1999a, pp. 70-2, 208-13.

[12] Véase, para lo que sigue, Kelsen 1929, pp.1828-30, trad, it. pp. 162-5; 1942, trad. It. pp-302-3. Cfr. también Guastini 1996, pp. 255-6, 262-5, 282-3; 1998, pp. 130-2, 135, 138-9, 147-8.

[13] Siguiendo una línea recientemente inaugurada, que yo sepa, por L. Ferrajoli (1993ª, pp. 148-9; 1993b, p. 465; cfr. también 1989, pp. 349-56, 915-8).

[14] Moreso 1997, pp. 158-9.

[15] O, alternativamente, que ciertas normas, aun no perteneciendo al sistema jurídico, son sin embargo aplicables en él (esto es, despliegan efectos jurídicos, en conformidad con su contenido), hasta cuando el relativo juicio de no pertenencia es efectuado por un cierto órgano, de acuerdo con un procedimiento determinado (cfr. Moreso 1997, pp. 158-9).

Esta línea de disolución de la contradicción generada (sólo en apariencia, de acuerdo con esta forma de ver) por el problema de las normas irregulares parece, a primera vista, promisoria. Pero ¿verdaderamente es posible distinguir, de la forma requerida, dos diversas nociones (una más débil y la otra, por así decirlo, plena) de juridicidad (conformidad a reglas que confieren poderes) de forma que se disuelva el problema?

Naturalmente, nada impide la posibilidad de que reglas jurídicas establezcan que un acto, o una norma, haya de considerarse meramente existente (o meramente en vigor, etc.) si y sólo si satisface las condiciones C1...Cn, y sea por el contrario «válido» («plenamente válido») si y sólo si se satisfacen además también las condiciones Ca..Cx. Las condiciones C1....Cn constituirían, en esta hipótesis, un umbral mínimo superado el cual una (pretendida) norma, o un (pretendido) acto jurídico, constituye el objeto posible de un juicio oficial de validez; sólo un juicio tal tendrá, se asume, consecuencias jurídicas. Pero el problema es que, allí donde el Derecho lleve a cabo una especificación de este tipo, se planteará, desde el punto de vista jurídico, el problema de si hay un órgano competente para juzgar, en ejecución de un procedimiento determinado, si las condiciones en cuestión –las condiciones de existencia (o 'vigor', etc.)– están satisfechas o no (es decir, si se ha alcanzado o no el umbral mínimo de juridicidad). En el Derecho, una especificación cualquiera de condiciones necesarias a fin de que se produzcan consecuencias jurídicas (por ejemplo la consecuencia consistente en que un cierto acto o una cierta norma sea tal que tenga necesidad, para no desarrollar ningún efecto jurídico, de un juicio oficial en tal sentido) abre, *eo ipso*, la posibilidad de que se plantee el interrogante: ¿quién, y según qué procedimiento, está habilitado para juzgar si las condiciones en cuestión están, en el caso en examen, satisfechas?

En otros términos. En el Derecho, se ha observado hace poco, puede suceder que actos o normas que no satisfacen las condiciones de validez relevantes sean tratados, por juristas y operadores jurídicos, como válidos, y que sólo un juicio oficial de irregularidad tenga consecuencias jurídicas. Y bien: *de la misma forma*, puede suceder en el Derecho que actos o normas que no satisfacen, en verdad, las condiciones de existencia relevantes sean tratados, por juristas y operadores jurídicos, como actos o normas jurídicamente existentes, y que sólo un juicio oficial de irregularidad tenga consecuencias jurídicas. Es *éste*, y no otro, el problema de las normas irregulares. El problema se plantea, de la misma forma, con relación a la mera existencia o al mero vigor de normas o actos jurídicos y con relación al problema de su validez plena. Es decir, se plantea de forma idéntica tanto si se distingue como si no se distingue entre varias nociones, progresivamente más exigentes, de juridicidad (validez, existencia jurídica; en general, conformidad

a reglas de competencia) de actos o normas y sean cuales sean las etiquetas usadas para distinguir tales nociones. El problema es, en última instancia, el siguiente: ¿Es posible (no distinguiendo por el momento entre 'existencia' –'vigor', etc.– y 'validez' plena) que el Derecho especifique, en términos generales, un conjunto de condiciones tales que un acto o una norma que satisfaga tales condiciones, y *sólo* un acto o una norma que las satisfaga, sea algo jurídico, y produzca consecuencias jurídicas (incida sobre los derechos y obligaciones jurídicas de quienes están sujetos al ordenamiento); o, alternativamente (distinguiendo, ahora, entre mera 'existencia', o 'vigor', y 'validez' plena) condiciones tales que un acto una norma que satisfaga tales condiciones y, y sólo un acto o una norma que las satisfaga, constituya el objeto posible de un juicio de conformidad efectuado por un órgano determinado en ejecución de un procedimiento apropiado (es decir, alcance el umbral más allá del cual el juicio de no conformidad debe, para poder desarrollar efectos jurídicos, ser efectuado por un órgano determinado, en ejecución de un particular procedimiento)? El problema de las normas irregulares deriva de la circunstancia de que no parece que esto sea posible. La especificación, por obra del Derecho, de condiciones necesarias para la producción de una consecuencia jurídica cualquiera (por ejemplo de la necesidad de un juicio oficial a fin de que cierta norma, o cierto acto, no desarrolle consecuencias jurídicas) plantea, para la forma de pensar jurídica, la cuestión de si hay un órgano competente para determinar, en ejecución de un procedimiento determinado, la satisfacción o no de tales condiciones[16].

[16] Adviértase: el surgimiento del problema no depende de la cuestión de si el conjunto de las condiciones de juridicidad (existencia jurídica, vigor, validez, etc.) de una norma, o de un acto, está definido o no de forma tal que incluya, además de condiciones relativas al órgano y al procedimiento de producción, también condiciones relativas a su contenido. El problema de las normas y de los actos irregulares se plantea de la misma manera en relación con ambos tipos de condiciones (cfr. Moreso 1993, pp. 82-3). Una teoría nomodinámica puede muy bien reconocer la posibilidad de que, en un sistema jurídico, entre las condiciones de validez de normas y actos jurídicos figuren también condiciones relativas a su contenido (y éste es el caso, por ejemplo, de la teoría pura del Derecho; cfr., por ejemplo, Kelsen 1934, pp. 74-6, 85-8, 91; 1945, p. 124; 1960, pp. 12, 228, 230, 238, 241, 275). El problema es, sin embargo, que también en relación a este tipo de condiciones se plantea el problema de si hay un órgano competente para juzgar, en ejecución de un particular procedimiento, si ellas han sido satisfechas o no (de manera que el juicio hecho por tal órgano, y sólo él, tiene consecuencias jurídicas). Ciertamente, es posible distinguir entre 'existencia' (o 'vigor') de un lado, y 'validez' (validez 'plena'), del otro, definiendo la primera como mera conformidad de una norma, o un acto, a las condiciones, especificadas por el Derecho, relativas al órgano y al procedimiento de producción (o sólo a algunas de ellas), y la segunda como conformidad del acto o de la norma en cuestión, además de a las condiciones relativas al órgano y al procedimiento de producción, también a condiciones ulteriores, también ellas especificadas por el Derecho, relativas a su contenido. Se dirá entonces que puede suceder que una norma o un acto existente sea sin embargo inválido, puesto que, si bien satisface el conjunto de las condiciones, especificadas por

(2) La misma dificulta aparece en el fenómeno que llamaré de la «evanescencia» de la distinción entre nulidad y anulabilidad (en una de las múltiples acepciones que estos dos términos asumen en el lenguaje jurídico).

En el Derecho, he dicho varias veces, sucede a veces que normas o actos jurídicamente inexistentes, o inválidos, son tratados, por juristas y operadores jurídicos, como jurídicamente existentes, o válidos[17], y que el Derecho mismo confiere a determinados órganos el poder de juzgar, según un particular procedimiento, si las normas o los actos en cuestión son jurídicamente existentes o no (válidos o inválidos); sólo un juicio oficial tendrá consecuencias jurídicas. Pues bien: ¿*cuándo*, precisamente, nos encontramos frente a una situación de este tipo? Es decir: ¿en qué condiciones un acto, o una norma, que no satisface las condiciones de existencia (o validez) especificadas por reglas jurídicas no tiene ninguna necesidad, a fin de que sea jurídicamente inexistente (o inválido), de un juicio oficial en tal sentido?

Se sigue, de lo que se ha mostrado hasta ahora, que en el Derecho no es posible proporcionar, en términos generales, ninguna respuesta a este interrogante. Esto es, no es posible que el Derecho especifique, en términos generales, un conjunto de condiciones a fin de que un acto, o una norma, sea del todo inexistente, y no más bien un acto o una norma que es inexistente si, pero sólo si, el juicio de irregularidad relevante tiene carácter oficial. Un acto o una norma inexistente puede llamarse, banalmente, nulo; un acto o una norma cuyo carácter de inexistencia dependa de un juicio oficial en tal sentido puede llamarse, por el contrario, anulable. Pues bien: si, como se ha dicho, el Derecho no puede especificar ningún umbral mínimo de juridicidad, cuyo no alcance haga que un acto, o una norma, no constituya el objeto posible de un juicio oficial de regularidad, esto quiere decir que el Derecho no proporciona, ni puede proporcionar, ningún conjunto de condiciones sobre la base del cual distinguir entre actos o normas nulas y actos o nor-

---

el Derecho, relativas al órgano y al procedimiento de producción apropiados, no satisface el conjunto de las condiciones, también especificadas por el Derecho, relativas a su contenido; y que tal acto o norma puede correctamente, por esa razón, ser juzgado inválido, de manera tal que este juicio (si es hecho por el órgano competente, en ejecución del procedimiento apropiado) tenga consecuencias jurídicas. Esta distinción no está mal formada; pero no es adecuada para resolver el problema de las normas irregulares, ni constituye, me parece, un instrumento útil con vistas a su resolución.

[17] Nuevamente, en lo que sigue, 'existencia' y 'validez' (de normas y actos jurídicos) son usados como sinónimos (denotan ambos, indiferentemente, el que una norma o un acto sean una norma o un acto jurídico, en cuanto producido en conformidad con las reglas de competencia relevantes). Se acaba de mostrar en el texto que la posibilidad de definir los dos términos de forma que designen dos diversas nociones de juridicidad (conformidad a reglas de competencia) es, para nuestros fines, irrelevante.

mas meramente anulables: no hay, desde el punto de vista jurídico, actos nulos, sino sólo actos anulables (según los casos, con diferentes consecuencias jurídicas)[18].

La conclusión es paradójica: la diferencia entre existencia e inexistencia jurídica (entre validez e invalidez) se sustrae, en última instancia, al Derecho. El criterio de discriminación entre actos o normas jurídicamente existentes, por un lado y actos o normas jurídicamente inexistentes, por el otro, no es ni puede ser, en última instancia, un criterio jurídico. En otros términos: en el Derecho, a la diferencia entre nulidad y anulabilidad, en línea de principio suficientemente clara, se desvanece (es, por así decirlo, evanescente). Esta diferencia no está representada, mediante especificación de criterios apropiados, dentro del propio Derecho. La cuestión de si un acto o una norma es tal que no tienen necesidad, para no existir, de un pronunciamiento oficial en tal sentido, es jurídicamente indecidible[19].

Pero, si la diferencia relevante no depende del Derecho ¿de qué depende? No puedo proporcionar una respuesta satisfactoria a esta pregunta. Me limitaré a algún apunte en la dirección que me parece más promisoria.

En general, pueden denominarse hechos 'dependientes de la creencia' hechos que existen, que tienen lugar, sólo si se cree que existen, que tienen lugar: brevemente, si se da el caso de que *p* sólo si se cree que se da el caso de que *p*. La dependencia de la creencia es una condición a primera vista paradójica. Sin embargo, muchos estarán dispuestos a conceder, me parece, que forman parte del mundo social un gran número de hechos que satisfacen esta condición. Así, por ejemplo, un cierto tipo de gesto es un saludo sólo si se juzga que es un saludo; algo es dinero sólo si se juzga que es dinero; un cierto conjunto de acontecimientos constituye un matrimonio sólo si se juzga que constituye un matrimonio; etc. Una teoría que atribuya a ciertos tipos de hechos sociales la característica de la dependencia de la creencia puede ser denominada, en sentido amplio, 'convencionalista'[20].

---

[18] La diferencia entre nulidad y anulabilidad (en el sentido en el que estos términos son usados en el texto) acaba así por transformarse en la diferencia entre anulación (por parte del órgano competente, en ejecución del procedimiento apropiado) *ex tunc* y anulación *ex nunc*. Así entendida, la distinción entre nulidad y anulabilidad no coincide con la distinción discutida en el texto, y atañe, precisamente, a las diversas consecuencias jurídicas de los juicios de invalidez hechos por órganos competentes con arreglo a procedimientos apropiados.

[19] 'Indecidible' en el sentido siguiente: sobre la base de reglas jurídicas (reglas de competencia) es a veces posible responder negativamente a la interrogante formulada en el texto, pero no es nunca posible responder afirmativamente a la misma.

[20] La tesis de que es característica propia de importantes (tipos de) hechos sociales sea la dependencia de la creencia es sostenida por J. R. Searle (1995, pp.1, 3, 13, 32-4, 52-3, 63, 69, 76, 88-9, 96, 191-4); cfr. también Lagerspetz 1995, pp. 6, 14, y *passim*. Para una definición más articulada y un análisis crítico de algunos aspectos del paradigma convencionalista cfr.

Pues bien: ¿de qué depende de que un acto o una norma sea tal que no tenga necesidad, para no tener existencia jurídica, de un pronunciamiento oficial en tal sentido? La respuesta es, diría, la siguiente: que un cierto acto o una norma, a diferencia de otros, sea, en el Derecho, por completo irrelevante, y no constituya, por el contrario, el objeto posible de un juicio oficial de regularidad, es, en última instancia, un puro y simple hecho. Es un dato de hecho contingente, y nada más, que ciertos actos o normas, a diferencia de otros, sean tratados, por juristas y operadores jurídicos como jurídicamente irrelevantes por entero. Se trata, bien entendido, de un hecho de tipo peculiar. En última instancia, una norma o un acto *es* jurídicamente por entero inexistente si, de hecho, *se juzga* (se asume, se presume, se presupone, se da por descontado, se finge, etc.) etc. que lo es; y lo es, precisamente, *en virtud* de ser juzgado tal. El hecho en cuestión es, pues, un hecho dependiente de la creencia. Esto es, me parece que la consideración del problema de las normas irregulares lleva a la luz un punto en el cual el paradigma nomodinámico debe ceder el paso a, o de algún modo conjugarse con, un diverso paradigma teórico: el paradigma convencionalista.

Volvamos ahora a nuestro problema de fondo: ¿qué queda, en la teoría del Derecho, de la noción de justicia procedimental? El problema de las normas irregulares nos sitúa, como hemos visto, frente a la siguiente situación. En primer lugar, se encuentra disponible un criterio independiente de juicio sobre la corrección de la actividad relevante, y de su resultado; pero, desde el punto de vista jurídico, tal criterio no es en absoluto decisivo. En última instancia, sólo un juicio oficial de regularidad tendrá consecuencias jurídicas. En segundo lugar, se encuentra previsto un procedimiento cuyo éxito no está garantizado por nada: nada garantiza que el juicio oficial de regularidad de en el blanco. Pero, de otro lado, desde el punto de vista jurídico la posibilidad de fracaso está, en última instancia, excluida: en el Derecho, es jurídicamente existente, o inexistente, lo que el órgano competente, en ejecución del procedimiento especificado, juzga como tal – no importa si correctamente o no. Desde el punto de vista de una teoría nomodinámica del Derecho, pues, la situación está definida por los dos rasgos siguientes: no disponibilidad de un criterio independiente de corrección, y garantía de éxito del procedimiento de juicio. Esta situación es como se recordará, la situación ejemplificada por la noción de justicia procedimental (no imperfecta, sino) pura. Hay, pues, un sentido en el cual el Derecho

---

Celano 1997; 199b; 2000ª; 2000b. He probado una utilización parcial del paradigma convencionalista, limitado al análisis de la costumbre como fuente de producción jurídica en Celano 1995 y 1996.

transforma todo problema de justicia procedimental imperfecta en un problema de justicia procedimental pura.

6. Conclusiones

Parecen emerger dos conclusiones de lo que se ha mostrado hasta ahora. En primer lugar, todo caso de justicia procedimental, aun si pura, se configura, desde el punto de vista jurídico, como un caso de justicia procedimental imperfecta. En segundo lugar, todo caso de justicia procedimental, aún si imperfecta, se configura, desde el punto de vista jurídico, como un caso de justicia procedimental pura.

Estas dos conclusiones están, a primera vista, en conflicto. La moraleja que de las mismas se puede extraer es, me parece, la siguiente.

(1) La distinción entre justicia procedimental pura y justicia procedimental imperfecta está, desde el punto de vista de la teoría del Derecho, mal construida (y la argumentación implica, banalmente, también a la noción de justicia procedimental perfecta). Las dos (presuntas) formas de justicia procedimental colapsan la una en la otra.

(2) Una teoría normativa de la justicia que se funde sobre la noción de justicia procedimental pura es, desde el punto de vista de la teoría del Derecho, irremediablemente ingenua. La razón de su ingenuidad reside en no tener en cuenta adecuadamente la necesidad de que, en sede jurídica, el juicio sobre la ejecución de un procedimiento cualquiera está sometido a una mediación autoritativa institucionalizada. Teorías de este tipo, en suma, no tienen en cuenta adecuadamente el principio nomodinámico.

(3) En el Derecho, puede suceder que sea tratado como algo jurídico algo que no tiene carácter jurídico, y viceversa. Hasta que la discrepancia no sea establecida por un órgano competente (en el supuesto de que haya uno), en ejecución de un procedimiento especificado (admitido, una vez más, que haya uno), la norma o el acto en cuestión producirán consecuencias jurídicas. Que el juicio de regularidad se difiera a un órgano ulterior implica que la misma posibilidad de discrepancia se presenta en relación con el juicio hecho por tal órgano. Puesto que no es posible seguir hasta el infinito, puede suceder que, en última instancia, tenga existencia jurídica un acto o una norma que no tiene existencia jurídica (y viceversa).

(4) El modo de pensar jurídico introduce, en relación con la aplicación de cualquier regla, una indecidibilidad de principio: qué acto, o qué norma, sea nulo, en vez de meramente anulable, depende de hechos, no del propio Derecho. Está indecidibilidad es un síntoma de la dependencia de la creencia que es propia de todos los hechos jurídicos. Una teoría adecuada de los hechos jurídicos, y una clarificación satisfactoria del papel que la ejecución de procedimientos cumple en el ámbito jurídico, deben ser capaces de pro-

porcionar una solución al problema de las normas y de los actos irregulares. Una teoría de este tipo deberá, verosímilmente, representar a la existencia de normas, actos y hechos jurídicos como algo convencional.

(Traducción de Juan Ruiz Manero)

Referencias bibliográficas

CELANO, B. 1994 *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino.

CELANO, B. 1995b *Consuetudine, convenzioni,* en P. Commanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1995,* Giappichelli, Torino. Trad. castellana *Costumbres, convenciones*, en Celano 2000 c.

CELANO, B. 1996 *Consuetudine e norme sulla produzione di norme*, en P. Commanducci, R. Guastini (eds.), *Struttutura e dinamica dei sistemi giuridici,* Gappichelli, Torino. Trad. Castellana *Costumbre y normas sobre la producción de normas* en Celano 2000c.

CELANO, B 1997 *Fatti istituzionali: la teoria di J. R. Searle*, en P. Commanducci, R. Guastini (eds.) *Analisi e diritto 1997,* Giappichelli, Torino.

CELANO, B. 1999ª *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Il Mulino, Bologna.

CELANO, B. 1999b *Institutional Facts: The Realist Approach*, ponencia presentada a la «Alf Ross Conference», Copenhagen, 11-12 junio 1999.

CELANO, B. 2000a *Fatti istituzionali e fatti convenzionali,* «Filosofia e questini pubbliche», 5.

CELANO, B. 2000b *Kelsen's Concept of the Authority of Law*, «Law and Philosophy», 19.

CELANO, B. 2000c *Dos estudios sobre la costumbre,* Fontamara, México.

FERRAJOLI, L. 1989 *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale,* Laterza, Roma-Bari 1990 (2ª ed.).

FERRAJOLI, L. 1993ª *Il diritto come sistema di garanzie*, «Ragion pratica», 1.

FERRAJOLI, L. 1993b *Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su «Diritto e Ragione»*, en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli,* Giappichelli, Torino.

GUASTINI, R. 1996 *Distinguendo. Studi di teoria e metateoría del diritto,* Giappichelli, Torino.

GUASTINI, R. 1998 *Teoria e dogmatica delle fonti,* Giuffrè, Milano.

HART, H.L.A. 1961 *The Concept of Law,* Clarendon Press, Oxford.

KELSEN, H. 1929 *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit,* reimpreso en H. Kelsen, A. J. Merkl, A. Verdross, *Die Wiener Rechtstheoristische Schule,* hrsg. Von H. Klecatsky, R. Marcic, H. Schambeck, Europa Verlag, Wien, 1968. Trad. italiana (de la ed. francesa) *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La Giustizia costituzionale)* en H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano.

KELSEN, H. 1945 *General Theory of Law and State,* Harvard U.P., Cambridge (Mass.).

KELSEN, H. *Reine Rechtslehre*, segunda edición, Verlag F. Deuticke, Wien.

LAGERSPETZ, E. 1995 *The Opposite Mirrors. A Conventionalist Theory of Institutions*, Kluwer, Dordrecht.

MORESO, J. J 1993 *Sobre normas inconstitucionales*, reimpreso en J. J. Moreso, *Normas jurídicas y estructura del Derecho*, Fontamara, México, 1997.

MORESO, J. J. 1997 *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

RAWLS, 1971 *A Theory of Justice*, Oxford U. P., Oxford.

SEARLE, J. R. 1964 *How to Derive 'Ought' from 'Is',* reimpreso en P. Foot (ed.), *Theories of Ethics*, Oxford U. P., Oxford, 1971.

SEARLE, J. R. 1965 *What Is a Speech Act?,* reimpreso en J. R. Searle (ed.), *The Philosophy of Language*, Oxford U. P., Oxford 1971.

SEARLE, J. R. 1969 *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge U. P., Cambridge.

SEARLE, J. R. 1995 *The Construction of Social Reality,* Penguin, Harmondsworth.

SOBRE LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL*

Josep Aguiló Regla
Universidad de Alicante

1. Introducción

El propósito de este trabajo es introducir algunas reflexiones sobre el papel que la constitución juega como fuente del Derecho en los llamados Estados constitucionales. Para ello, en primer lugar, me propongo hacer una breve presentación de lo que podríamos llamar la doctrina estándar de las fuentes del Derecho construida desde los parámetros del normativismo. Una de las claves de dicha presentación consistirá en distinguir entre el problema interno y el problema externo de la doctrina de las fuentes. Ello permitirá mostrar la relevancia de la noción de constitución para la teoría del Derecho, pues la constitución acabará operando como el punto de conexión, la bisagra, entre uno y otro problema. A partir de ahí, en segundo lugar, voy a tratar de aislar y de presentar tres conceptos diferentes (aunque no excluyentes) de constitución, a saber, la constitución del positivismo normativista, la constitución formal y la constitución del constitucionalismo. La relevancia de estos tres conceptos de constitución vendrá dada por lo que será una de las tesis principales del trabajo: que todos ellos son necesarios para poder dar cuenta de esa realidad jurídico-política que llamamos «Estados constitucionales». Finalmente, me propongo exponer dos modelos de relación entre constitución regulativa y orden jurídico, en los Estados constitucionales, que conforman, me parece, las dos concepciones dominantes sobre la constitución como fuente del Derecho: en el primero, los deberes incorporados en la constitución se verán como deberes cerrados que imponen límites negativos a la ac-

* Este artículo reproduce con algunas modificaciones no sólo de detalle la ponencia titulada «La constitución como fuente del Derecho» que fue presentada al «X Seminario Internacional de Teoría y Filosofía del Derecho» (celebrado en Vaquerías en septiembre de 2001 y organizado por la Universidad Nacional de Córdoba –Argentina–) y al «Primer Congreso Internacional de Teoría del Derecho» (celebrado en Bogotá los días 14, 15 y 16 de marzo de 2002 y organizado por la Universidad Nacional de Colombia).

ción estatal y al contenido del orden jurídico y cuyo cumplimiento requiere centralmente respeto y aplicación de lo prescrito por la constitución; en el segundo, los deberes constitucionales se interpretarán como deberes abiertos que ordenan un cierto modelo de acción estatal y un cierto proyecto de orden jurídico y cuyo cumplimiento requiere centralmente desarrollo y deliberación. La oposición entre estos dos modelos de concepción constitucional no es en realidad otra cosa que una proyección de la oposición general en la concepción del Derecho entre el modelo de las reglas y el modelo de los principios.

2. El normativismo y la teoría general de las fuentes del Derecho: el problema interno y el problema externo

Es obvio que la expresión «normativismo» resulta equívoca y que su uso parece requerir muchas precisiones. Sin embargo, aquí no las voy a hacer; voy a tomarla en un sentido muy amplio, de forma que abarque a todas aquellas concepciones del Derecho que, si bien pueden considerar que la fenomenología del Derecho puede resultar extraordinariamente rica y variada (y abarcar sujetos, acciones, hechos, relaciones, instituciones, cosas, actos de fuerza, violencia, prácticas sociales, autoridades...), consideran que el Derecho se objetiva en normas. No presupone, pues, que el Derecho se reduce a normas, sino que las múltiples manifestaciones del Derecho se entienden, explican y enseñan por referencia a normas; de manera que el discurso jurídico es un discurso sobre toda esa rica y variada fenomenología del Derecho objetivada a través de normas.

Es relativamente común comenzar los estudios sobre las fuentes del Derecho poniendo de manifiesto el enredo conceptual que ha caracterizado a la doctrina tradicional de las fuentes; y, en no pocas ocasiones, se ha responsabilizado del mismo al uso metafórico de la palabra «fuente», pues –según se dice– habría consentido deslizamientos de significado que estarían en la génesis de la confusión conceptual. Pero, en mi opinión, ello es meramente anecdótico: el enredo conceptual es más bien el producto de la discusión entremezclada de dos problemas diferentes, aunque no independientes entre sí; y, por tanto, el orden conceptual se restablece distinguiendo lo que podríamos llamar el problema interno de la doctrina de las fuentes y el problema externo de la misma[1].

El problema interno de la doctrina de las fuentes del Derecho no es otro que el del origen de las normas jurídicas. Para el normativismo este proble-

[1] El desarrollo de este apartado viene a ser un resumen de algunas tesis sostenidas en Aguiló Regla, Josep: *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.

ma desemboca en un tipo de discurso que se asemeja mucho a los que generalmente se construyen cuando se trata de dar cuenta de las diferentes instituciones jurídicas; porque las fuentes, en este sentido, no son más que otras tantas instituciones jurídicas con la única especificidad de que versan sobre la producción de normas generales. Desde esta perspectiva, la doctrina de las fuentes presenta pocas peculiaridades en relación con el discurso jurídico en general y en torno a las fuentes puede construirse tanto una dogmática como una teoría general. El estudio de las fuentes como problema interno desemboca siempre en un estudio (bien dogmático, bien teórico) sobre las diversas formas de producir normas jurídicas (esto es, las condiciones de existencia de las normas jurídicas, la validez constitutiva de las normas jurídicas) y del régimen jurídico de las normas producidas (esto es, las condiciones de la validez regulativa y las consecuencias jurídicas que de ella se siguen). Es decir, se estudian categorías teóricas como las fuentes-acto, las fuentes-hecho, las normas de origen judicial, las normas implícitas, etc. o bien categorías dogmáticas como la ley, el reglamento, los convenios colectivos de trabajo, los tratados internacionales, la costumbre, la jurisprudencia, etc. Pero en todas ellas se tratará de estudiar, por un lado, las normas jurídicas vistas como el resultado de ciertos procesos y, por otro, el régimen jurídico de las normas producidas vinculado al proceso del que ellas son un resultado (centralmente, la jerarquía).

Desde esta perspectiva, la constitución presenta pocas peculiaridades en relación con las otras fuentes del Derecho; habrá, si se quiere, diferencias de grado, pero no diferencias cualitativas. La constitución es una fuente más; las normas constitucionales son el resultado de un cierto proceso (del proceso constituyente o del de reforma constitucional) y tienen su propio régimen jurídico (su propio lugar dentro de la jerarquía normativa). Obviamente, desde esta perspectiva puede construirse tanto una dogmática como una teoría general de la constitución como fuente del Derecho.

Ahora bien, la teoría de las fuentes del Derecho no es tan «inocente» o «ingenua» como lo anterior pudiera llevar a pensar, pues ella ha jugado un papel central dentro del discurso de la teoría del Derecho. En efecto, la teoría del Derecho normativista, en su tarea de construir un concepto de Derecho adecuado para dar cuenta de la práctica y de la doctrina jurídicas, ha recurrido a la teoría de las fuentes para componer la imagen del Derecho. En realidad, ha tomado tres problemas básicos de la experiencia cotidiana de los juristas (el de la identificación del Derecho, el de la unidad del Derecho y el de la continuidad del Derecho), los ha vinculado con el problema del concepto de Derecho y en gran medida ha recurrido a la teoría de las fuentes para componer la imagen del Derecho. Este recurso a la teoría de las fuentes para construir el concepto de Derecho constituye lo que he llamado

el problema externo de la teoría de las fuentes: el del límite o el marco del problema interno. Pero vayamos por partes: detengámonos brevemente a explicar esos tres problemas básicos de la experiencia de los juristas, apuntando qué papel se ha atribuido a la teoría de las fuentes en relación con cada uno de ellos y mostrando cómo se ha resuelto generalmente la cuestión del límite o del marco.

Desde el normativismo, el problema de la identificación del Derecho no es otro que el de la identificación de las normas jurídicas. Forma parte de la experiencia básica de todo jurista el dato de que no toda norma socialmente existente es susceptible de ser usada en la resolución de casos jurídicos, sino sólo algunas, las jurídicas. Ello ha llevado a la teoría del Derecho a conceptualizar el Derecho como un conjunto específico de normas; de esta manera el Derecho aparece distinguido de su ambiente. No creo que resulte controvertida la afirmación de que el origen de las normas ha sido uno de los criterios más recurrentes en la determinación de ese conjunto de normas; y ello ha situado inevitablemente a la teoría de las fuentes en el centro de esa imagen del Derecho. Ahora bien, como es sobradamente conocido, la teoría de las fuentes como problema interno (es decir, respondiendo a la cuestión del origen de las normas jurídicas), llevada de forma recursiva a su límite, se muestra impotente. Por ello, la teoría del Derecho ha recurrido a la idea de norma última, suprema o independiente que determina los criterios últimos, supremos o independientes de pertenencia de una norma al conjunto de normas que es el Derecho[2]. Así, si la teoría de las fuentes como cuestión interna (al estudiar los procesos normativos de creación de las normas jurídicas) suministra los criterios no últimos, no supremos o no independientes (derivados) de pertenencia de las normas al conjunto; la teoría de las fuentes como cuestión externa desemboca en la determinación de los criterios últimos, supremos o independientes de pertenencia al conjunto de normas que es el Derecho.

El problema de la unidad del Derecho ha estado también permanentemente presente en la conceptualización del Derecho. En efecto, la idea de conjunto de normas no agota la imagen que los juristas tienen del Derecho, pues ella no es suficiente para dar cuenta de otro aspecto central de su quehacer cotidiano. Todo jurista sabe que la solución de un caso jurídico –aquella a la que se llega al final de un razonamiento jurídico– no es la solución

[2] En esta exposición voy a prescindir de bastantes matices internos al normativismo porque me interesa mostrar sobre todo sus rasgos comunes. Pero las nociones de norma última, suprema o independiente no son equivalentes entre sí. Así, por ejemplo, mientras que la noción de norma suprema es claramente intrasistemática, la de norma última es extrasistemática. Además, a su vez, pueden introducirse múltiples diferencias nada despreciables respecto de su naturaleza y función.

según la norma que da cobertura al caso, sino la solución según el Derecho. Las soluciones jurídicas, en este sentido, no tienen la fuerza de la norma usada, sino la fuerza del Derecho. Es decir, todo jurista sabe que al final de un razonamiento jurídico la diversidad de fuentes y de normas se reduce a la unidad del Derecho. Este dato obvio es el que explica la fortuna de las conceptualizaciones del Derecho no sólo como un conjunto de normas, sino como sistema de normas. Pues bien: la teoría de las fuentes del Derecho estudia –como se ha dicho– el régimen jurídico (básicamente la jerarquía) de las normas identificadas; y el régimen jurídico de las normas es una pieza clave en la construcción de la unidad del Derecho. Ello sitúa de nuevo a la teoría de las fuentes en el centro de la imagen del Derecho, en este caso de la imagen sistemática y unitaria del Derecho. Pero la teoría de las fuentes como problema interno (es decir, respondiendo a la cuestión del régimen jurídico de las normas producidas), llevada recursivamente a su límite, se muestra de nuevo impotente. Por ello, la teoría del Derecho ha recurrido también a la idea de norma última, suprema o independiente para dar cuenta de la unidad desde la perspectiva estática del Derecho.

El problema de la continuidad y la dinamicidad del Derecho ha acompañado también de manera recurrente a la conceptualización del Derecho. El Derecho no es sólo un conjunto de normas ni una unidad estática de normas. Forma parte de la experiencia de todo jurista el dato de que las normas jurídicas cambian con relativa frecuencia mientras que el orden jurídico sólo cambia muy excepcionalmente. La teoría de las fuentes como problema interno –al estudiar los procesos de creación de normas jurídicas– se halla una vez más en el centro de la imagen del Derecho, en este caso, de la explicación de la continuidad y la dinamicidad del Derecho. Pero nuevamente dicha teoría, llevada recursivamente al límite, se muestra impotente. Por ello, el normativismo ha recurrido a la noción de norma última, suprema o independiente para explicar esa combinación de permanencia y variabilidad: la permanencia se ha explicado por referencia a ciertas normas últimas y la variabilidad o dinamicidad por referencia a las diversas fuentes.

Estos roles que la teoría de las fuentes ha jugado en la composición de la imagen del Derecho constituyen lo que he llamado el problema externo de la misma. Internamente el discurso sobre las fuentes versa sobre la diversidad en la producción jurídica y el régimen jurídico de las normas producidas; externamente versa sobre la composición de la imagen del Derecho: la identificación, la unidad estática y la continuidad dinámica son tres problemas clásicos de la teoría del Derecho. Pues bien: si se es consciente de ello y de que la respuesta estándar del normativismo ha consistido en remitir estos tres problemas a la idea de norma(s) suprema(s), última(s) o independiente(s), entonces es fácil entender por qué desde el normativismo

las disputas teóricas a propósito del concepto y la naturaleza del Derecho se han canalizado en gran medida a través de la discusión sobre el concepto y la naturaleza de dicha(s) norma(s) última(s), suprema(s) o independiente(s). No hace falta detenerse ahora a explicar cuáles han sido las concepciones más relevantes al respecto. En este punto, simplemente me interesa llamar la atención sobre lo siguiente. Quien acepte *grosso modo* parámetros como los anteriores me parece que se ve comprometido a reconocer que la constitución como fuente del Derecho no presenta, en relación con las otras fuentes, tan pocas peculiaridades como, en principio, al haber tomado en consideración sólo la perspectiva interna, pudiera haber parecido. Entre la constitución y las otras fuentes tal vez no haya ya sólo diferencias de grado, sino también diferencias cualitativas; porque, entre otras cosas, desde estos parámetros la constitución se convierte en el punto de conexión entre el problema interno de las fuentes (la diversidad en la producción normativa y el régimen jurídico de las normas producidas) y el problema externo (la construcción de la imagen del Derecho, la respuesta a la pregunta por el concepto y la naturaleza del Derecho –por los componentes y los límites de lo jurídico–). Es decir, la constitución opera como el puente entre la diversidad en la producción normativa, por un lado, y la identificación, la unidad y la permanencia del orden jurídico, por otro. Si se acepta lo anterior entonces es fácil percatarse de que no puede haber mucha distancia entre una concepción del orden jurídico (el concepto y la naturaleza del Derecho) y una concepción de la constitución (el concepto y la naturaleza de la constitución). Si ello es así, entonces la teoría de la constitución se convierte en un fragmento central de la teoría del Derecho y sobre ella se proyectan directamente muchas de las disputas respecto de la naturaleza del Derecho[3].

[3] El planteamiento que trato de hacer está muy próximo al que propone Comanducci [en Comanducci, Paolo: «Modelos e interpretación de la Constitución», en Carbonell, Miguel (Compilador): *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Porrúa-UNAM, México, 2000, págs. 123 y ss.] en relación con la interpretación de la constitución, aunque creo que los alcances y los propósitos son diferentes. La especificidad de la interpretación de la constitución puede abordarse, por un lado, partiendo de lo que las constituciones tienen en común con las otras fuentes del Derecho (las leyes, los contratos, los actos administrativos, etc.) y que no es otra cosa que todas ellas son textos, documentos normativos. Esta forma de abordar la cuestión coincide básicamente con lo que yo he llamado el problema interno de las fuentes del Derecho y supone que las operaciones del método jurídico (y entre ellas la interpretación) recorren todas las fuentes. Ello desemboca en diferencias de grado entre la constitución y las otras fuentes, pero en nada más. Ahora bien, Comanducci viene a sostener que hay otra forma de abordar la cuestión y que ésa es la que ha seguido la discusión teórica sobre la constitución, donde el planteamiento más bien se invierte. La configuración del objeto constitución es el que condicionará en qué consiste la interpretación; de forma que según qué se entienda por constitución se derivarán diferentes modos de entender la interpretación. Este segundo aspecto de la cuestión coincide con lo que –desde planteamientos más generales– he llamado el problema

Todo lo anterior me parece que no presenta grandes dificultades y que, en consecuencia, resulta fácilmente aceptable. El problema mayor posiblemente radique en que las nociones clave, «normativismo» y «constitución», se han usado de manera muy genérica e imprecisa y ello puede llevar a pensar que lo dicho, si bien es aceptable, no es muy significativo. A continuación, trataré de aislar tres conceptos diferentes de constitución que nos permitirán, me parece, precisar bastante lo anterior.

3. Algunos conceptos de constitución

Naturalmente, el catálogo de conceptos de constitución y de concepciones constitucionales es prácticamente infinito y aquí no puedo siquiera hacer un esbozo del mismo. En este punto me interesa simplemente introducir algunos conceptos de constitución que más adelante me permitirán realizar algunas estipulaciones para poder dar cuenta de los llamados Estados constitucionales. Todo el discurso se va a vertebrar en torno a la oposición entre constitución necesaria y constitución contingente; lo que supone oponer aquellos conceptos de constitución que presuponen que todo sistema jurídico-político estable cuenta con una constitución a aquellos otros conceptos que no lo presuponen. La necesariedad será un producto de exigencias metodológicas derivadas de una cierta forma de aprehender los fenómenos jurídicos y políticos; y la contingencia será el producto de tomar en consideración bien algunos hechos, bien algunas exigencias normativas y valorativas.

3.1. La constitución necesaria: la constitución del positivismo normativista

De entre los distintos conceptos de constitución necesaria me interesa detenerme exclusivamente en el del positivismo normativista. En términos muy generales puede decirse que el positivismo normativista sostiene que por constitución hay que entender «el conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico-político»[4]. Caracterizar al positivismo jurídico, en general, y al normativista, en particular, es una cuestión compleja que está mucho más allá de los propósitos de este trabajo. Aquí me voy a referir a todo ello con trazos muy gruesos pero espero que significativos. El positivismo

externo de las fuentes del Derecho y que hace que la concepción de la constitución aparezca como un fragmento central de la concepción del Derecho y que afecte a todas las operaciones del método jurídico.

[4] Cfr. Guastini, Riccardo: *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milán, 1998, págs. 310 y ss.

jurídico, en general, o el postivismo como enfoque[5], suele caracterizarse a partir de las dos siguientes tesis: la tesis de las fuentes sociales del Derecho y la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. La tesis de las fuentes sociales del Derecho, que constituye el elemento empirista o factualista del positivismo, viene a significar *grosso modo* que el Derecho es un orden social de la conducta y que, como tal, es artificial, no natural; de forma que el Derecho o es orden de la conducta (estabilización de la conducta social) o no es Derecho. Ello supone que el Derecho es un fenómeno social e histórico. La segunda tesis, la de la separación conceptual entre Derecho y moral, que puede verse como un corolario de la tesis de las fuentes sociales o como una tesis independiente, es que la determinación de lo que es el Derecho de una comunidad puede resolverse mediante la observación de hechos sociales complejos, básicamente de conducta social. Por ello, la determinación de lo que es el Derecho de una comunidad puede resolverse al margen de cuestiones valorativas o morales. En cualquier caso, lo que me interesa resaltar ahora es que para que la observación referida pueda tener lugar es condición necesaria la propia vigencia del Derecho, es decir, que se haya producido una cierta estabilización y/o estandarización de las conductas jurídicas y políticas; porque lo que se trata de observar son regularidades de conducta. Eso es lo que está implicado en la idea de que el Derecho o es orden de la conducta social (estabilización de conducta) o no es Derecho.

Ahora bien, lo anterior son las propiedades con las que suele caracterizarse al positivismo jurídico entendido como enfoque. Entendido como teoría, es decir, no ya como enfoque sino como respuesta, pueden distinguirse a su vez dos grandes modelos que son el resultado de interpretar de maneras diferentes las regularidades de conducta observadas: uno es el que podríamos llamar «positivismo predictivista» (que incluiría al realismo jurídico, pero no sólo a él: algunas concepciones imperativistas del Derecho comparten los rasgos aquí tomados como relevantes), y otro, el positivismo normativista. La clave para distinguir entre ellos está en cómo interpretan esas regularidades de conducta y las expectativas que de ellas se derivan. Si ellas permiten emitir simplemente juicios fácticos en términos de probabilidad de conducta; o si, por el contrario, dan lugar a juicios normativos en términos de conducta debida. Pues bien, lo que llamamos positivismo normativista se caracteriza por operar una peculiar combinación de juicios fácticos y normativos; de forma tal que los juicios jurídicos internos son juicios normati-

[5] Uso de un modo flexible la distinción bobbiana entre el positivismo como enfoque y como teoría. Cfr. Bobbio, Norberto: *El problema del positivismo jurídico* (trad. E. Garzón Valdés), Eudeba, Buenos Aires, 1965, cap. 2.

vos, donde las nociones centrales son las de deber y validez, y los juicios jurídicos externos, aquellos que versan sobre los límites de la racionalidad interna, son juicios fácticos relativos a regularidades y expectativas de conducta. En este sentido, el positivismo normativista asume una estructura de razonamiento interno normativo y recursivo y remite a la idea de norma última, suprema o independiente el elemento fáctico o empírico de efectividad del Derecho. Es decir, todo el positivismo normativista ha versado sobre la combinación de los principios de efectividad (o «facticidad») del Derecho y de normatividad (o «validez») del Derecho. No hace falta decir que las discusiones internas a este positivismo han sido múltiples y de lo más variado; sin embargo, aquí me interesa simplemente mostrar lo que serían sus rasgos comunes.

Volvamos ahora a la idea de constitución del positivismo normativista. Pues bien, el positivismo normativista ha operado con un concepto de constitución que vendría a ser el conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico-político. Su carácter de «fundamentales» proviene del hecho de que a ellas se remiten los tres problemas básicos que se han enfrentado a la hora de conceptualizar el Derecho y a los que ya me he referido en el apartado anterior: el de la identificación del Derecho, el de la unidad del Derecho y el de la continuidad del Derecho. Su «fundamentalidad» proviene, en definitiva, de que se trata de normas que no remiten recursivamente a otras normas. La siguiente cita de Kelsen[6] me parece muy representativa de lo que se trata de expresar:

> «A través de las múltiples transformaciones sufridas, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina el orden estatal en su totalidad y la esencia de la comunidad constituida por este orden [...] la Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico de que se trate. Lo que se entiende ante todo y siempre por Constitución [...] es un principio en el que se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas en el momento que se toma en consideración, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales [...] Esta regla sobre la creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, sobre la determinación de los órganos y el procedimiento de la legislación forma la Constitución en el sentido propio, originario y estricto de la palabra. Es la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la comunidad estatal [...] es decir, la base fundamental del ordenamiento estatal […] De ahí surge la idea de asegurar a la Constitución la mayor estabilidad posible, diferenciando las normas constitucionales de las normas le-

[6] Kelsen, Hans: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)» (trad. de Juan Ruiz Manero), en Kelsen, Hans: *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, págs. 114-115.

gales y sometiendo la revisión de las primeras a un procedimiento especial, que contemple condiciones más difíciles de reunir. Aparece así la distinción entre la forma constitucional y la forma legal ordinaria».

Conviene destacar algunas notas en relación con este concepto de constitución. En primer lugar, su carácter de concepto necesario. Todo sistema jurídico-político positivo (existente, estable) cuenta con un conjunto de normas a las que se remite la identificación, la unidad y la permanencia del mismo. Ello es una consecuencia de las tesis normativistas: el fenómeno jurídico puede ser muy variado y complejo, pero el discurso jurídico se objetiva en normas. En segundo lugar, dicho concepto de constitución opera *ex post*: una vez que se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de una comunidad, que se ha generado una práctica jurídica y política, que se puede hablar de expectativas fundadas de conducta, puede determinarse el conjunto de normas que de hecho operan como fundamentales en esa comunidad. O dicho en otras palabras y para evitar la crítica de la circularidad, sólo puede operar una vez que se ha producido una cierta estabilización de las conductas relativas al monopolio de la coacción. Ello no es más que una consecuencia de la tesis de la positividad, pues si no operase *ex post* se estarían traicionando los propios fundamentos empiristas del positivismo[7].

Y finalmente, en tercer lugar, hay que resaltar algo que me parece de una importancia capital. Hablar de constitución en este sentido supone hablar de práctica social, de orden de la conducta, de estabilización de expectativas de

[7] Ernesto Garzón Valdés ha estudiado el concepto de estabilidad de los sistemas políticos y lo ha presentado como una propiedad disposicional de los mismos. Así, establece la siguiente definición: «Un determinado sistema político es estable si y sólo si en los casos vinculados con el ejercicio institucionalizado del poder, sean éstos 'normales' o 'límites', tiene la tendencia a reaccionar de forma tal que sus cambios son una explicación eficaz de su 'regla de reconocimiento' y esta tendencia se mantiene durante un lapso significativo desde el punto de vista de su contexto histórico y regional» [Garzón Valdés, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, CEC, Madrid, 1987, pág. 44.]. En mi opinión, este planteamiento presenta el siguiente problema. Como puede observarse, Garzón Valdés usa la regla de reconocimiento hartiana exclusivamente como el criterio conceptual que está en la base de la explicación de la identidad y la unidad de los sistemas políticos (págs. 15-16), pero no de su estabilidad (o perduración a lo largo del tiempo). El planteamiento de Hart obviamente es posible que resulte ambiguo pero, en mi opinión, la caracterización que él hace de la regla de reconocimiento como una regla social aceptada y que por tanto, como reconoce Garzón Valdés, «su constatación es una cuestión eminentemente empírica» (pág. 16), hace que la misma regla de reconocimiento comporte un elemento de explicación de la perduralibidad a lo largo del tiempo de los sistemas jurídico-políticos, es decir, presupone la estabilidad de los mismos. En mi opinión, ello es así porque para que la regla de reconocimiento pueda servir –como dice Garzón Valdés– de criterio para la identificación de un sistema político, ella misma tiene que ser una manifestación de la estabilización de las conductas vinculadas con el ejercicio institucionalizado del poder.

conducta, etc. Por tanto, desde esta perspectiva interpretar la constitución no puede entenderse jamás como la tarea consistente en interpretar una norma en el sentido de una formulación normativa (este concepto de constitución es compatible con el de constitución formal, pero no lo presupone), sino más bien la de interpretar una práctica social con el fin de llegar a determinar la norma o normas que permitan dar cuenta de la misma[8]. Esta tarea reconstructiva enfrenta al positivismo con un dilema que en las últimas décadas ha sido puesto de manifiesto en infinidad de ocasiones. Si el positivismo se mantiene fiel a sus presupuestos empiristas entonces explica satisfactoriamente la socialidad (positividad) del Derecho, pero se muestra impotente a la hora de explicar otra nota que parece consustancial al Derecho cual es la pretensión de normatividad, que el Derecho pretende ser fuente de deberes genuinos. Ello es así, porque de la constatación de hechos sociales no parece que puedan inferirse deberes genuinos, sino sólo deberes entrecomillados o deberes «según». Estas dificultades están en la base del

[8] En esta exposición he prescindido de muchos detalles internos al positivismo normativista que resultan, sin duda, relevantes. Obviamente todo lo que se acaba de decir está más próximo a los planteamientos del positivismo hartiano que a los del kelseniano. En ambos encontramos claves para hablar de la constitución necesaria en el sentido de conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico-político, pero entre ellos hay diferencias muy importantes a la hora de dar cuenta del principio de efectividad del Derecho; diferencias que tienen una extraordinaria repercusión en la composición de la imagen del Derecho. Así, por ejemplo, mientras que en los planteamientos de Kelsen la cuestión de la efectividad aparece muy vinculada a la existencia del Estado y a la capacidad de imposición política (la constitución «expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas»), en los planteamientos hartianos el principio de efectividad se plasma en términos de regla o práctica social. Ello tiene hondas repercusiones pues mientras que para Kelsen el Derecho puede tener cualquier contenido (cualquier contenido es susceptible de ser impuesto), para Hart sólo son viables, estabilizables, susceptibles de ser practicados aquellos que respeten «el contenido mínimo de Derecho Natural». En cualquier caso y más allá de lo anterior, me parece esclarecedor reproducir aquí la conocida crítica de Hart a Kelsen a propósito de las relaciones entre constitución y regla de reconocimiento. Escribe Hart: «La norma básica de Kelsen tiene siempre, en cierto sentido, el mismo contenido; porque ella es simplemente en todos los sistemas jurídicos la regla que dice que debe obedecerse la constitución o a 'quienes establecieron la primera constitución'. Esta apariencia de uniformidad y simplicidad puede ser engañosa. Si una constitución que especifica las varias fuentes de derecho es una realidad viviente en el sentido de que los tribunales y los funcionarios del sistema efectivamente identifican el derecho con arreglo a los criterios que ella suministra, entonces la constitución es aceptada y efectivamente existente. Parece una duplicación innecesaria sugerir que hay otra regla más que dispone que la constitución (o quienes la 'establecieron') ha de ser obedecida. Esto es particularmente claro cuando, como ocurre en el Reino Unido, no hay constitución escrita: aquí parece no haber cabida para la regla 'la constitución debe ser obedecida' como cosa adicional a la regla de que deben usarse ciertos criterios de validez (p. ej. sanción por la Reina en Parlamento) para identificar el derecho. Esta es la regla aceptada y es un factor de confusión hablar de una regla que prescribe la obediencia a ella». Hart, H.L.A.: *El concepto de Derecho* (trad. de Genaro Carrió), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª ed. (reimpresión), 1992, pág. 311.

auge de las teorías del participante (frente a las del observador). Pero a su vez las teorías del participante se enfrentan con un problema básico que hace quebrar los presupuestos empiristas del positivismo, porque las prácticas sociales nunca son tan homogéneas como para poder ser descritas completamente «sin más» y poder ser usadas «como si». Participar en una práctica social no es sólo reproducir conducta, tiene también un componente constructivo de la propia práctica. Y si ello es así, entonces usar normativamente esa práctica (ese conjunto de normas fundamentales) supone necesariamente embarcarse en la tarea de dotarla de sentido. Y esa discusión supone abandonar la observación para entrar de lleno en la participación[9]. Pero no nos distraigamos de nuestro objetivo. Me interesa ahora, no tanto resaltar las dificultades internas del positivismo, sino más bien retener dos cosas: una, el concepto de constitución como conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico-político estable sólo es determinable *ex post;* y, dos, no puede cumplir funciones normativas en el sentido de que de ella no pueden inferirse deberes genuinos, es decir, cumple funciones explicativas, no normativas. En este sentido, puede usarse en términos predictivos, pero no justificativos.

3.2. La constitución contingente: la constitución formal y la constitución del constitucionalismo

Frente a la noción de constitución necesaria, la de constitución contingente está construida sobre la base de que no todo sistema jurídico-político estable cuenta con una constitución, sino sólo algunos de ellos. Las dos fuentes de contingencia constitucional más importantes son la forma constitucional (no todo sistema jurídico-político estable cuenta con una constitución formal) y los ideales del constitucionalismo político, es decir, el constitucionalismo como ideología (no todo sistema jurídico-político estable cuenta con una constitución en el sentido del constitucionalismo político). La contingencia de la constitución formal es obvia, pues depende de hechos que pueden ocurrir o no; y la contingencia de la constitución del constitucionalismo también, porque los hechos relevantes pueden satisfacer o no sus exigencias normativas y/o valorativas. Detengámonos brevemente en todo ello.

---

[9] Para una exposición de las dificultades de la «tesis de la identificación objetiva del Derecho» y de la distancia entre el Derecho identificado por el participante y el Derecho identificado por el observador, véase Bayón, Juan Carlos: «Partecipanti, osservatori, e identificazione del diritto», en Comanducci, P y Guastini, R (ed): *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Turín, 1996, págs. 47 y ss.

3.2.1. La constitución formal

La idea de constitución formal (o de forma constitucional como opuesta a la idea de forma legal) remite a la noción de constitución rígida[10]. Suele decirse que un sistema jurídico político cuenta con la forma constitucional cuando se dan las dos siguientes condiciones: 1. el conjunto de normas fundamentales de ese sistema jurídico-político se halla codificado; y 2. el procedimiento para la reforma o derogación está fuera del alcance del legislador ordinario; o, lo que es lo mismo, es un procedimiento agravado en relación con el de la legislación ordinaria. De la conjunción de ambas se sigue una tercera y es que 3. la constitución ocupa una jerarquía normativa superior a la ley dentro del sistema de fuentes[11]. La presencia de una constitución formal en el interior de un sistema jurídico-político tiene una trascendencia fundamental. De las múltiples consecuencias que de ello se derivan, voy a resaltar la que me parece más importante y de la que, en realidad, las demás son un corolario. La constitución formal presupone necesariamente una acción deliberada, un momento decisional, un momento «cero». Ello plantea inevitablemente en el interior de ese sistema político el problema de las relaciones entre poder constituyente (llamado a extinguirse) y poder soberano (permanente)[12]. En este sentido, la constitución formal

---

[10] Bryce, James: *Constituciones flexibles y constituciones rígidas* (Est. preliminar de Pablo Lucas Verdú), CEC, Madrid, 1988.

[11] Como ha resaltado Víctor Ferreres la rigidez efectiva de una constitución depende de una combinación de exigencias jurídico-formales y de circunstancias políticas. Entre las primeras destaca como factores de los que depende la rigidez los siguientes: a) el número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe concurrir; b) el tamaño de las mayorías exigidas para la reforma; y c) la exigencia de la participación popular. Pero la rigidez efectiva depende también del contexto político, histórico, social. Así, menciona como variables relevantes las siguientes: a) el sistema de partidos políticos (cuanto más disciplinados sean los partidos y más arraigada esté la cultura de coalición, tanto más fácil será reformar una constitución); b) el papel simbólico que desempeñe la constitución (por ejemplo, en España la reforma de la Constitución es una especie de tema «tabú»); c) el papel que juegan las tradiciones políticas (es posible que muchas de ellas pueden ser conservadoras, en el sentido de que las razones para proceder a la reforma deban ser de mucho peso); etc. Cfr. Ferreres Comella, Víctor: «Una defensa de la rigidez constitucional», en *Doxa*, nº 23, 2000, págs. 29 y ss.

[12] Aquí me interesa simplemente poner de manifiesto el problema (la tensión) que genera la relación entre un poder como el constituyente que en principio está llamado a intervenir en una situación excepcional dando una constitución y un poder soberano –entendido como autodeterminación colectiva– que no se agota jamás y cuya manifestación más importante *ad intra* del sistema es la potestad legislativa. No voy, sin embargo, a estudiar las diversas propuestas de solución al mismo entre las que pueden destacarse, por ejemplo, la idea schmittiana de que soberano es quien decide en la situación excepcional (Cfr. Estévez Araujo, José A.: *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar,* Ariel, Barcelona, 1989, págs 175 y ss.), las que optan por despersonalizar ambos poderes y prefieren hablar de soberanía de la constitución o las que introducen la *dualist democracy* como forma de superar la tensión entre consti-

tiene al menos un contenido mínimo que incluye el principio dinámico del sistema jurídico-político de forma que la constitución crea las formas básicas de la acción política y jurídica (órganos y procedimientos), pues como es sabido la acción política en el marco del Estado no es acción natural o amorfa, sino acción institucional.

Este concepto de constitución formal es compatible con el concepto positivista de constitución pero entre ellos hay una diferencia capital. La constitución formal pretende cumplir funciones normativas *ex ante*, pretende fundar o refundar (hacia el futuro) la identificación, la unidad y la permanencia (la estabilidad en definitiva) de un sistema jurídico-político y lo hace determinando qué va a contar (hacia el futuro) como fundamental en ese sistema. De ahí no se sigue, sin embargo, que transcurrido el tiempo ella opere de hecho como la constitución (en el sentido positivista de la expresión) de la comunidad de referencia. En este sentido, el éxito de una constitución formal se medirá *ex post* en función de que ella sea el factor principal en la explicación de la estabilización de la conducta jurídica y política de esa comunidad, en definitiva de su unidad y permanencia. Es decir, se medirá por su eficacia, por su capacidad de estabilizar la conducta social, por ser de hecho orden de la conducta. Si bien se considera, la famosa clasificación de las constituciones de Loewenstein que distinguía entre constituciones normativas (se practican), nominales (aspiran a ser practicadas) y semánticas (no se practican en absoluto) puede usarse para clasificar a las comunidades políticas que cuentan con una constitución formal en función de que la constitución opere *ex post* como el factor determinante, relevante o irrelevante en la explicación de la unidad y la dinámica política de esa comunidad[13]. Es decir, el éxito de una constitución formal se determinará en función de que ella sea practicada en el sentido positivista de la expresión.

---

tución y democracia, entre constituyente y soberano (Akerman, Bruce: *We the People. Foundations*, Harvard University Press, 1991, págs. 266 y ss).

[13] Como puede observarse hago un uso un tanto libre de la clasificación «ontológica» de Loewenstein. Su «punto de partida es la tesis de que una constitución escrita no funciona por sí misma [...] sino que una constitución es lo que los detentadores y los destinatarios del poder hacen de ella en la práctica [...] Solamente en este caso cabe hablar de constitución normativa: sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas». Las constituciones son nominales cuando «la situación, de hecho, impide, o no permite por ahora la completa integración de las normas constitucionales en la dinámica de la vida política [...] La función primaria de la constitución nominal es educativa; su objetivo es, en un futuro más o menos lejano, convertirse en una constitución normativa y determinar realmente la dinámica del proceso del poder en lugar de estar sometida a ella». Y finalmente la noción de constitución semántica se refiere a aquellas situaciones en las que «si no hubiese en absoluto ninguna constitución formal, el desarrollo fáctico del proceso del poder no sería notablemente diferente». Cfr. Loewenstein, Karl: *Teoría de la Constitución* (trad. de A. Gallego), reimpresión de la 2ª ed., Barcelona, 1982, págs. 216- 219.

Esta clasificación, en realidad, no es más que el producto del cruce del concepto de constitución formal con el concepto positivista de constitución.

3.2.2. La constitución del constitucionalismo político

La otra gran fuente de contingencia constitucional son los ideales del constitucionalismo político. Es un lugar común considerar que dichos ideales quedaron plasmados en el art. 16 de la Declaración francesa de los derechos al establecer que «una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes está determinada, no tiene una constitución». Pero es obvio que esta referencia al art. 16 no nos resuelve el problema de la determinación de dichos ideales y es obvio también que aquí no puedo detenerme mucho en ello: tenga en cuenta el lector que muchas veces se ha dicho que estos ideales coinciden con los del liberalismo democrático[14] y que, en este sentido, es obvio que gran parte de la discusión en la filosofía política y el Derecho constitucional de la modernidad ha versado sobre ellos. Ahora bien, en mi opinión, la clave para entender el constitucionalismo político es verlo como una ideología que ha pretendido una determinada configuración del poder político y el aseguramiento del respeto de los derechos; y, en este sentido, la constitución del constitucionalismo tiene que tener necesariamente un fuerte componente de liberación política, es decir, de erradicación de los males más característicos de las dominaciones políticas (o, si no, no es constitución)[15]. Aquí no puedo detenerme mucho en ello, pero piénsese simplemente que si la idealidad del Estado de Derecho, la del Estado liberal, la del Estado democrático y la del Estado social se consideran componentes agregados al constitucionalismo, es fácil darse cuenta de que el sentido de los mismos es respectivamente erradicar los males más característicos (y probados) de las dominaciones políticas: la arbitrariedad, el autoritarismo, la exclusión política

[14] Nino, Carlos Santiago: *Fundamentos de Derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional,* Astrea-Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 4.

[15] La idea de fondo es que el esclarecimiento del constitucionalismo como ideológía es inseparable de la denuncia del pseudoconstitucionalismo. En este sentido, por ejemplo, me parece obvia la contradicción presente en la obra de Lassalle [Lassalle, Ferdinand: *¿Qué es una constitución?*, (Trad. de Wenceslao Roces), Ariel, Barcelona, 1984] puesto que, por un lado, opera con un concepto de constitución que acaba por ser una mera función del poder político efectivo (es poder desnudo) y, por otro, califica al pseudoconstitucionalismo –entendido como opuesto al constitucionalismo– de mero engaño del despotismo. Esto último sólo es posible, me parece, si se acepta que en la genuina constitución la cuestión primaria no es de poder, sino de valor, de fundamentación. Creo que tiene razón Kay cuando afirma que la función social central de una constitución es prevenir peligros probados [Kay, Richard S.: «Constitutional Chrononomy», en *Ratio Juris* Vol 13, nº1 mayo 2000, págs.] y, por tanto, que el constitucionalismo requiere una clara conciencia de ciertos males potenciales de los sistemas políticos.

y la exclusión social. En efecto, el Estado de Derecho entendido como imperio de la ley o gobierno de las leyes implica una relación de sujeción pero sólo a la voluntad del soberano expresada en normas generales; y ello se traduce en un conjunto de derechos –los propios del Estado de Derecho– destinados a erradicar la arbitrariedad en esa relación[16]. El componente liberal del constitucionalismo puede explicarse en términos de la transformación de la relación entre un soberano omnipotente y un súbdito sujeto en la relación entre un soberano competente/incompetente y un ciudadano sujeto/inmune; ése es el papel que tantas veces se ha atribuido a los derechos de libertad: generar esferas de inmunidad y, por tanto también, de incompetencia como forma de combatir el autoritarismo. Y, finalmente, el componente democrático y social de las constituciones puede verse como una transformación de la relación de representación de la comunidad que ejerce el soberano, y que siempre (y necesariamente) es una relación parte/todo. Así, la contradicción que en el seno de la comunidad produce la acción política del soberano, y que permite distinguir entre representados (o favorecidos) y excluidos, se transforma en la contradicción entre mayorías y minorías en todos sus sentidos relevantes. Esa transformación se traduce en el reconocimiento de los derechos de participación política y de igualdad como forma de combatir la exclusión política y social. Obviamente cuáles sean todos esos derechos, cómo se armonicen entre sí y qué papel deban desempeñar no es algo de lo que ahora me pueda ocupar. Lo interesante aquí es

[16] En este punto conviene introducir algunas aclaraciones en torno a la noción de «Estado de Derecho». En primer lugar, el concepto de Estado de Derecho es un concepto normativo y, por tanto, con él no se alude simplemente a una mera propiedad descriptiva del Derecho moderno; el Estado de Derecho no nace de la misma juridicidad. En consecuencia, se usa siempre como un concepto normativo, como una exigencia ético-política para evaluar los sistemas jurídicos positivos (Cfr. Laporta, Francisco: «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», en *Doxa*, nº 15-16 Vol. I, 1994, págs. 1994). Ahora bien, dentro de este uso normativo hay, por decirlo de algún modo, dos formas de entenderlo, según se tome como propiedad principal para su caracterización la idea de imperio de la ley (entendido como un conjunto exigencias éticas que se concretan en características jurídico-formales del orden jurídico y que son condición de posibilidad de la autonomía o la libertad personal) o la de reconocimiento de ciertos derechos sustantivos. La cuestión es de prioridad, no de exclusión. La expresión «Estado de Derecho» usada en ambos sentidos puede coincidir también con dos sentidos de la expresión «Estado constitucional»; así, por ejemplo, cuando Nino distingue entre «constitucionalismo mínimo» y «constitucionalismo pleno» se está refiriendo respectivamente a esas dos versiones del Estado de Derecho [Cfr. Nino, Carlos S.: *Fundamentos de Derecho constitucional*, Astrea-Depalma, Buenos Aires, 1992, págs. 2-3.]. La necesidad de romper esta ambigüedad está presente también en Ferrajoli cuando distingue entre lo que llama la «mera legalidad» y la «estricta legalidad» [Ferrajoli, Luigi: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, págs. 67 y 68]. Aquí uso la expresión «Estado de Derecho» en sentido normativo o valorativo (de forma que no todos los sistemas jurídico-positivos son Estados de Derecho) y en el de «imperio de la ley» o gobierno de las leyes (frente a gobierno de los hombres).

darse cuenta de que no todos los sistemas jurídico-políticos estables satisfacen dichos ideales (exigencias normativas) y que, en consecuencia, no cuentan con una constitución en este sentido.

En este punto, podemos preguntarnos por las relaciones entre la noción de constitución formal y la de constitución del constitucionalismo. Una primera cuestión que parece que hay que aclarar es si el constitucionalismo como ideología exige que se produzca una «legalización de toda acción de gobierno»[17] y, por tanto, exige la forma constitucional como opuesta a la forma legal ordinaria; o si, por el contrario, exige simplemente que dichos ideales sean practicados aunque no hayan sido «legalizados» o «codificados» en una constitución formal. Esta discusión, sin duda, da para mucho pero en relación con ella me interesa tan sólo decir lo siguiente: si se acepta *grosso modo* que, como decía Nino, los ideales del constitucionalismo coinciden básicamente con los del liberalismo democrático, entonces parece razonable afirmar que la constitución formal no es necesaria para su realización y que desde luego tampoco es suficiente. Para mostrarlo conviene introducir la distinción entre «tener una constitución» y «vivir en constitución»[18]: un sistema jurídico-político «tiene una constitución» cuando cuenta con la forma constitucional como garantía de dichos ideales; y «vive en constitución» cuando esos ideales son practicados. La metáfora de la que nos habla Nino de la «constitución como carta de navegación de un país»[19] muestra muy plásticamente la aspiración consistente en «darse o tener una constitución» para «llegar a vivir en constitución». Si tomamos en cuenta esto, entonces parece que el caso del Reino Unido ilustra claramente la tesis de que la constitución formal no es necesaria para la vigencia de los ideales del liberalismo democrático, es decir, que es posible «vivir en constitución» sin «tener una constitución»[20]. Y, como es obvio, «tener una constitución», por

---

[17] Bobbio, Norberto: *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985, pag. 203.

[18] Pablo Lucas Verdú [en *Teoría de la Constitución como ciencia cultural,* Dykinson, 1997, págs. 43 y ss] distingue entre «tener una constitución» y «estar en constitución».

[19] Nino, Carlos Santiago: *Fundamentos de Derecho constitucional...*, ob. cit. pág. 1

[20] En los últimos tiempos Jeremy Waldron se ha erigido en uno de los principales críticos del constitucionalismo. Su planteamiento consiste en realizar una crítica general al constitucionalismo (entendiendo por tal un movimiento filosófico-político que propugna la forma constitucional) y a la *judicial review* en particular. Básicamente sostiene que la cuestión política central es la de quién toma las decisiones; y la filosofía política debe construir teorías de la autoridad, más que teorías de la justicia. Conforme a ello sostendrá que la democracia es la teoría de la autoridad más justificada y, en consecuencia, afirmará que no tiene sentido instaurar mecanismos institucionales que le pongan límites; y eso precisamente es lo que hace el constitucionalismo. En este sentido, se opone incluso al «gambito» procedimentalista, es decir, a la constitucionalización del procedimiento. Cfr. Waldron, Jeremy: «A Rights-Based Critique of Constitutional Rights», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol 13, nº1, págs. 18-51.

más que en ella se hayan plasmado esos ideales, no es suficiente para afirmar que una comunidad «vive en constitución». La prueba de ello es, como antes dijimos, la necesidad que la teoría constitucional ha tenido de distinguir entre las constituciones formales que se cumplen (se practican) y las que no.

Ahora bien, más allá de la coincidencia de valores y fines entre el liberalismo democrático y el constitucionalismo como ideología, este último puede definirse como aquella ideología política que ha propugnado «darse una constitución» (una constitución rígida o formal) como garantía de «vivir en constitución» (de la práctica de esos ideales). Si se recuerda, al introducir la noción de constitución formal he dicho que ésta tiene que tener al menos un contenido mínimo que incorpore el principio dinámico del sistema jurídico-político. De manera que la constitución tiene que crear (constituir) las formas básicas de la acción política y jurídica (es decir, crear los órganos y procedimientos básicos), pues la acción política y jurídica en el marco del Estado no es una acción natural –o amorfa–, sino institucional. Pues bien, lo que me interesa ahora es mostrar que la constitución formal del constitucionalismo no sólo «crea» cosas, sino que también «reconoce» cosas; o lo que es lo mismo, además de una dimensión constitutiva tiene una dimensión valorativa. Tratemos de explicarlo.

La dimensión constitutiva de toda constitución es obvia: los parlamentos (unicamerales o bicamerales), los tribunales constitucionales, las comunidades autónomas, las elecciones generales, las mayorías cualificadas, etc. son todas ellas realidades institucionales creadas por las constituciones. Ahora bien, las constituciones no sólo tienen esa dimensión constitutiva, no sólo crean órganos y procedimientos, sino que además tienen una dimensión valorativa[21], reconocen estados de cosas como valiosos y, por tanto,

Ahora bien, la tesis de fondo de Waldron –más allá de los múltiples argumentos que despliega– creo que puede reducirse a la afirmación –que, por otro lado, me parece obvia– de que es preferible «vivir en constitución» que «tener una constitución»; ello se muestra con mucha claridad cuando al final de *Law and Disagreement* viene a sostener que en efecto en algunas nuevas democracias tiene sentido garantizar la libertad (pone el ejemplo de las nuevas democracias del Este de Europa y de la antigua Unión Soviética), pero que ese no es el caso de Estado Unidos ni del Reino Unido, que son países que al tener fuertes tradiciones de libertad política y debates vigorosos pueden proceder sin temor a que se ponga en peligro la libertad de las minorías. Waldron, Jeremy: *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999, págs.278 y ss.

[21] En este punto tal vez podría objetarse que lo que en realidad se opone (o complementa) a la dimensión constitutiva de las constituciones no es simplemente una dimensión valorativa, sino una dimensión regulativa, de guía de la conducta. Más adelante introduciré algunas precisiones al respecto, pero en este punto me limito a referirme a la dimensión valorativa porque me parece que ninguna concepción de la constitución ha negado esa dimensión, mientras

merecedores de ser protegidos y/o promocionados (es decir, de ser garantizados). La soberanía popular, la independencia de la nación, la libertad, la igualdad, la dignidad y la seguridad de las personas, el pluralismo político, la diversidad cultural, la educación, la salud pública, etc, etc. no son cosas creadas por la constitución (constituidas como valiosas por la constitución), sino reconocidas como valiosas por la constitución[22]. Son aquellos fragmentos de la constitución que permiten interpretar la acción de darse una constitución como una acción racional en el sentido weberiano de la expresión; es decir, «racional con arreglo a fines» (para el logro de fines racionalmente sopesados y perseguidos) y/o «racional con arreglo a valores» (determinada por la creencia consciente en el valor)[23]. En definitiva, las constituciones reconocen valores y fines que dotan de sentido a las formas de acción política (órganos y procedimientos) creadas por ellas mismas.

La aceptación de esta distinción es de una importancia y un alcance extraordinarios para la lectura de las constituciones, porque ella supone que los valores y los fines reconocidos por la constitución nunca son reducibles a las formas de acción política creadas por la propia constitución y, en este sentido, el ritualismo constitucional constituiría una forma de conducta desviada. En efecto, aunque haría falta introducir bastantes precisiones relativas a la distinción entre valores y fines, la idea de reconocimiento de valo-

---

que –como veremos en seguida– no han sido pocas las concepciones que han negado, ignorado o al menos se han mostrado escépticas en relación con la dimensión regulativa (de imposición de deberes) de las constituciones.

[22] Soy perfectamente consciente de las resonancias iusnaturalistas que muchos atribuirán a la expresión «reconocimiento» de valores y fines. Como inmediatamente se verá he recurrido a ella con la pretensión de establecer una prioridad interpretativa de éstos frente a las formas de acción (poder normativo) creadas por la constitución, pero no para abrir una brecha de suprapositividad frente a la constitución formal. En este sentido, he pretendido usar el término «reconocimiento» huyendo de la alternativa que, por ejemplo, formula Riccardo Guastini cuando se pregunta: «¿reconocimiento o creación de derechos? [...] la cuestión es si los derechos enunciados en la declaración son propiamente 'declarados'; es decir, simplemente reconocidos, o por el contrario 'constituidos'; es decir, creados *ex novo*. Como es claro –dice– la respuesta a esa cuestión depende de una previa adhesión a una determinada filosofía del derecho». Para a continuación añadir: «Los partidarios del iusnaturalismo reiteran que existen 'en la naturaleza' derechos (subjetivos), antecedentes a toda disciplina positiva e independientes de ella: derechos, por lo tanto, que la Constitución se limita a reconocer [..] Por el contrario, los partidarios del positivismo jurídico reiteran que no existen derechos (subjetivos) preexistentes al derecho positivo, y que, por tanto, los derechos en cuestión no son reconocidos, sino creados y adscritos a los ciudadanos originariamente por la Constitución». En Guastini, Riccardo: «¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?» (Trad. De Miguel Carbonell), en Guastini, Riccardo: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Porrúa-UNAM, México, 2000, págs. 125 y 126.

[23] Weber, Max: *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 10ª reimp., 1993, pág. 20

res supone que éstos son «anteriores» a las formas de acción política creadas por la constitución; y la idea de reconocimiento de fines supone que éstos son «externos» a las formas de acción política creadas por la constitución. Lo cual los convierte en un elemento de crítica y valoración de la conducta política efectiva realizada según las formas de acción política creadas por la constitución[24]. Quien entienda lo anterior está en condiciones de entender muchas de las discusiones –no siempre claras– que han acompañado al constitucionalismo político. Desde las discusiones sobre los «derechos prepolíticos» hasta las discusiones sobre cuál es el diseño institucional adecuado para realizar los ideales del constitucionalismo. En cualquier caso, el proceso del constitucionalismo político y la discusión filosófica que lo ha acompañado creo que sólo se entienden si se parte de la distinción entre formas de acción política «constituidas» por la constitución y valores y fines «reconocidos» por la constitución. Obviamente la necesidad de la distinción es independiente de la fortuna en la elección de las palabras.

En definitiva, todo lo anterior trata de mostrar que el sentido de «darse una constitución» es el de fundar o refundar la unidad de una comunidad política asegurando, frente a la política ordinaria, ciertas formas de acción política y ciertos criterios de legitimidad de las mismas, es decir, ciertos valores que la acción política y jurídica tiene que respetar y ciertos fines que la acción política y jurídica tiene que perseguir. Lo anterior me parece que es consustancial a todo el constitucionalismo. Ahora bien, dentro del constitucionalismo como ideología creo que pueden distinguirse algo así como dos grandes grupos de concepciones –que se hallan en una cierta oposición– relativas a la eficacia de la constitución, es decir, relativas a cómo hacer efectivos esos valores y fines, a cómo garantizarlos. Por un lado, hay con-

[24] Luigi Ferrajoli ha insistido particularmente en la idea de asumir lo que él llama un punto de vista únicamente externo a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del Derecho y del Estado. Así se puede leer: «[...] la adopción de un punto de vista externo o político que no esté calcado sobre el interno o jurídico es el presupuesto de toda doctrina democrática de los poderes del estado [...] En un doble sentido: porque el punto de vista externo es el de abajo o ex parte populi, frente al interno, que es el punto de vista de arriba o ex parte principis; y porque el primero es el que expresa los valores extra –o meta– o pre-jurídicos 'fundamentales', o sea los intereses y las necesidades 'naturales' –individuales y colectivas– cuya satisfacción representa la justificación o razón de ser de esas cosas 'artificiales' que son las instituciones jurídicas y políticas. Mientras, la eliminación de un autónomo punto de vista externo o, peor aún, su explícita confusión con el interno son el rasgo específico de todas las culturas políticas autoritarias, unidas de formas diversas por la idea de la auto-fundamentación y la auto-justificación del derecho y del estado como valores en sí: no medios, sino fines en sí mismos. Añado que la carga de la justificación externa es idónea para fundamentar doctrinas políticas que admiten justificaciones no absolutas o totales, sino contingentes, parciales, a posteriori y condicionadas [...]» Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1997 (2ª ed.), págs. 853-854.

cepciones del constitucionalismo que se muestran escépticas hacia el papel regulativo (de guía de la conducta, de imposición de deberes) que pueda desempeñar la constitución. Estas concepciones tienden a pensar que la eficacia de la constitución (la efectividad de esos valores y fines) depende centralmente de un correcto diseño de las formas de acción jurídica y política y en consecuencia han puesto el énfasis en la dimensión constitutiva de las constituciones: las formas de acción política y jurídica tienen que ser correctas, equilibradas (pesos y contrapesos), compensatorias de pasiones, deliberativamente idóneas, etc. Han puesto el acento en la división de poderes, la inamovilidad de los jueces, la legalidad de la administración, el imperio de la ley, la regla de las mayorías, etc. Frente a estas corrientes, hay otro gran grupo de concepciones que, por el contrario, han pensado que la eficacia de la constitución (es decir, de los valores y fines del constitucionalismo) no depende sólo ni fundamentalmente de las formas de acción política y jurídica creadas por la constitución, que no es una cuestión de diseños institucionales «perfectos» pues la desviación siempre es posible. En consecuencia, han enfatizado la traducción de los valores y los fines en deberes, afirmando una dimensión regulativa de la constitución. De forma que la eficacia de la constitución dependerá centralmente –como ocurre con cualquier norma de conducta– de la adaptación de la conducta y de los controles frente a la desviación. En torno a estas dos actitudes básicas pueden vertebrarse (de forma graduada) muchas de las concepciones constitucionales[25]. Pero en cualquiera de ellas está siempre presente la prioridad de los valores y los fines, de los derechos. El constitucionalismo de los diseños institucionales justifica las diferentes formas de acción jurídica y política creadas por su idoneidad para asegurar los valores y los fines; y el constitucionalismo regulativo no ve los deberes constitucionales como una mera imposición política, sino que los ve en una conexión justificativa con esos valores y fines[26]. Un ejemplo tal vez ayude a entender mejor lo que se quie-

[25] Ahora no puedo detenerme a justificarlo, pero me parece que si se toman diferentes pares de concepciones opuestas de la constitución (por ejemplo, la concepción mecánica frente a la normativa, la procedimentalista –en sus diversas versiones– frente a la sustantivista o principialista, la concepción política frente a la jurídica y la concepción de la constitución como fuente de las fuentes del Derecho frente a la de fuente del Derecho) es fácil reconducir dichas oposiciones a la oposición entre el énfasis en la dimensión constitutiva de la constitución frente al énfasis en la dimensión regulativa.

[26] Si se admite la conexión necesaria entre constitución del constitucionalismo y reconocimiento de derechos de forma que estos cumplen una función de fundamentación, es fácil percatarse de que dentro del constitucionalismo político hay dos grandes corrientes a propósito del papel que deben jugar los derechos. Una viene a sostener que el papel de los derechos es centralmente el de fundamentar las formas legítimas de la acción (poder) jurídico y político (básicamente las formas de acción del Estado de Derecho y las del Estado democrático); la otra

re decir. Pensemos en el principio de independencia judicial que, no cabe duda, está en el centro del constitucionalismo. Si se repasa la literatura relativa a este principio es fácil observar que hay dos grandes formas de abordar la cuestión de la eficacia del mismo. Una pone el acento en el diseño de la posición institucional del juez, de forma que la eficacia del principio parece ser una variable dependiente de factores tales como la inamovilidad, la predeterminación, el autogobierno, la remuneración, la no asociación política, etc. Otra, sin embargo, interpreta centralmente el principio como un deber de independencia del juez que se traduce en la exigibilidad de ciertas actitudes con independencia del marco institucional en el que realice su función (aunque éste obviamente pueda facilitar o dificultar su cumplimiento). Como se ve, la oposición no es una cuestión de todo o nada, más bien es de acentos y prioridades[27].

Pero no nos distraigamos más con el constitucionalismo y centrémonos ahora en el papel que la constitución juega como fuente del Derecho en el llamado Estado constitucional.

4. La constitución de los Estados constitucionales

¿A qué nos referimos cuando hablamos de Estados constitucionales? Una respuesta fácil (pero inútil) consistiría en afirmar que Estado constitucional es aquel que cuenta con una constitución; a estas alturas, sin embargo, la inutilidad de la misma ya es palmaria. Para usar de manera relevante la expresión «Estado constitucional» deben, me parece, tomarse en cuenta los tres sentidos de constitución antes destacados. Así, de manera tentativa, puede decirse que cuando hablamos de Estados constitucionales aludimos a sistemas jurídico-políticos que reúnen las siguientes características.

1. Son sistemas que cuentan con una constitución rígida o formal, es decir, con una constitución diferenciada de la forma legal ordinaria. Ello supone necesariamente que el régimen jurídico de las disposiciones constitucionales es diferente y superior al de las disposiciones legales. Por tanto, desde la perspectiva interna de la doctrina de las fuentes del Derecho, los Estados constitucionales se caracterizan por contar con una constitución formal y ello implica siempre –como mínimo– una diferencia de grado en relación con las otras fuentes del Derecho. Del mismo modo que pueden observarse diferencias de grado entre ley y reglamento (grado de generalidad

considera que la función de los derechos es fundamentar los límites normativos al poder político y jurídico (y, en consecuencia, enfatizan un sustantivismo vinculado al Estado liberal y al Estado social).

[27] Cfr. Aguiló Regla, J.: «Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica», en *Isonomía*, nº 6, abril 1997.

y abstracción, relación de dependencia tanto de la validez constitutiva como de la regulativa, mayor estabilidad de la ley que del reglamento, etc.), pueden detectarse entre la constitución formal y la ley ordinaria. La supralegalidad de la constitución formal implica una ampliación de la doctrina de las fuentes, pero en principio no mucho más.

2. Dicha constitución responde a las pretensiones normativas del constitucionalismo político: la limitación del poder político y la garantía de los derechos; es decir, asume los valores y fines del constitucionalismo como ideología. En este sentido, la constitución formal del Estado constitucional no puede incorporar sólo –como diría Kelsen– el principio dinámico del Estado. No puede tener sólo como función la de hacer posible el ejercicio institucionalizado del poder político; sino la de hacer posible un poder político institucionalizado desde ciertos valores y fines asumidos. En este sentido, las constituciones formales de los Estados constitucionales han incorporado las dos grandes estrategias del constitucionalismo político: la de los diseños institucionales idóneos para la garantía de esos valores y fines y la del carácter regulativo de esos valores y fines. Se trata, pues, de constituciones constitutivas y regulativas. Así, incorporan las formas básicas de la acción jurídica y política que desde el constitucionalismo se consideran legítimas, es decir, idóneas para asegurar los valores y fines reconocidos: básicamente han incorporado las formas de acción jurídica propias del Estado de Derecho y los derechos que las acompañan (están comprometidas con la erradicación de la arbitrariedad) y las formas de acción política propias del Estado democrático y los derechos que las acompañan (están comprometidas con la erradicación de la exclusión política). Pero, también, la constitución del Estado constitucional ha seguido la estrategia del constitucionalismo regulativo, de modo que sus valores y fines se han incorporado a la constitución en la forma de principios regulativos de la acción política legítima. Así, las constituciones han incorporado los derechos y principios liberales (están comprometidas con la erradicación del autoritaritarismo) y los derechos y principios del Estado social (están comprometidas con la erradicación de la exclusión social). Todos estos elementos, en mayor o menor medida, son reconocibles, me parece, en las constituciones de los Estados que llamamos constitucionales. Ahora bien, si como traté de mostrar antes, la asunción ideológica del constitucionalismo presupone la consideración de que los valores son anteriores a las formas de acción jurídica y política constituidas (creadas) por la constitución y los fines son externos a las mismas, entonces el uso de la constitución como fuente del Derecho desde estos parámetros tiene que reflejar dicha prioridad axiológica y justificati-

va. Prioridad que se plasmará en los juicios normativos internos, en los juicios de validez, en las operaciones del método jurídico, etc.[28]

3. La constitución formal que responde a los parámetros normativos del constitucionalismo además tiene que ser practicada. En efecto, para hablar de Estado constitucional la constitución formal debe ser aceptada como conteniendo el conjunto de normas fundamentales de ese sistema jurídico y político. En otras palabras, para hablar de Estado constitucional tiene que haberse consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que de hecho en torno a la constitución formal se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad de referencia, de forma que ella pueda ser considerada como norma fundamental y, en consecuencia, jugar su papel en relación con los problemas de identificación, de unidad y de continuidad del sistema jurídico-político. Es decir, para hablar de Estado constitucional la constitución formal del constitucionalismo tiene que ser positiva, tiene que ser usada desde los parámetros del constitucionalismo.

Llegados a este punto, conviene poner de manifiesto los límites del concepto de constitución. En realidad, lo anterior nos permite distinguir entre los sistemas jurídico-políticos que pueden ser considerados Estados constitucionales y los que no. Es decir, nos permite aislar unos sistemas de otros, pero poco más. Ciertamente no nos aclara demasiado el papel que la constitución juega como fuente del Derecho. Si se recuerda, antes dije que la peculiaridad central de la constitución como fuente del Derecho desde los parámetros del normativismo radicaba en que ella opera como el punto de conexión entre el problema interno y el problema externo de la teoría de las fuentes, que ello la convertía en un núcleo central de la teoría del Derecho y que, en este sentido, no podía haber mucha distancia entre la discusión sobre el concepto y la naturaleza del Derecho y la discusión sobre el concepto y la naturaleza de la constitución. Pues bien, no hace mucho leí una frase que me parece que resume muy bien lo que trato de decir: «El problema del Derecho constitucional es que nadie sabe qué cuenta como un argu-

[28] Como es sabido, la filosofía política se debate entre la teoría de la autoridad legítima y la teoría de la justicia. Dentro del constitucionalismo, esta tensión se muestra en el debate sobre la prioridad entre las formas institucionales de la acción política legítima (los procedimientos correctos: básicamente los del Estado de Derecho y los del Estado democrático) y los deberes prescritos (las sustancias que deben protegerse y promocionarse: básicamente las del Estado liberal y las del Estado social). Tanto unas como otros (las formas de acción institucional y los deberes prescritos) son el resultado de compromisos éticos básicos y, en este sentido, presentan la prioridad axiológica a la que he venido aludiendo. La cuestión difícil y de fondo es cómo se articulan entre sí unos y otros principios constitucionales.

mento»[29]. La idoneidad de la frase radica en que expresa con claridad los límites del concepto de constitución; aunque probablemente sea exagerada, porque una cosa es no saber qué cuenta como el mejor argumento y otra, qué cuenta como un argumento. Lo primero puede ser cierto, pero lo segundo claramente no lo es: es perfectamente posible aislar las diferentes concepciones relevantes y rivales. Antes dije que las prácticas jurídicas y políticas nunca eran tan homogéneas como para poder ser descritas sin más y en consecuencia poder ser usadas normativamente «como si». Ello en el ámbito constitucional es más radical si cabe: la operatividad de las constituciones formales pende directamente de las concepciones constitucionales. Ello es así porque la armonización normativa y operativa de las propiedades de las constituciones exige centralmente justificación, no descripción. Las concepciones constitucionales suministran criterios para la interpretación y aplicación de las constituciones y en este sentido aparentemente se produce una cierta confusión entre las concepciones constitucionales y las propiedades de las constituciones; pero estas últimas son susceptibles de ser descritas, aquéllas requieren justificación: obviamente no es lo mismo afirmar que nuestra constitución es una constitución democrática que proponer una lectura democrática de la constitución. Las disputas entre concepciones constitucionales no versan sobre las propiedades que caracterizan a una constitución, sino sobre la preeminencia (la ordenación) de unas sobre otras.

5. Dos concepciones de la constitución como fuente del Derecho o dos modelos de relación entre constitución regulativa y orden jurídico. De los derechos frente al Estado a la constitucionalización del orden jurídico

A continuación trataré de exponer dos modelos opuestos relativos al papel que la constitución regulativa juega como fuente del Derecho dentro del Estado constitucional. Estos modelos responden a concepciones diferentes del Derecho y de la constitución y tienen su reflejo dentro de la teoría del Derecho. La clave para entender la cuestión está en cómo interpretar los deberes incorporados en las normas constitucionales regulativas, es decir, en cómo interpretar la dimensión regulativa de la constitución. Según un modelo, la constitución opera centralmente como un límite respecto del resto del orden jurídico; según el otro, el orden jurídico es un desarrollo de las

[29] Gerhardt, Michael J. y Rowe, Thomas D.: *Constitutional Theory: Arguments and Perspectives*, Charlottesville, VA: Michie Company, 1993, pág.1; citado por Cooter, Robert D.: *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 2000, pág. 1.

exigencias regulativas de la constitución. Naturalmente, todas las constituciones pueden contener normas cerradas que imponen límites y normas abiertas que requieren desarrollo, pero eso es algo obvio que ahora no nos interesa. Lo relevante es mostrar que dentro del constitucionalismo y de los Estados constitucionales se ha producido una cierta evolución que ha consistido en pasar de interpretar los derechos y los principios constitucionales como exigencias que centralmente imponen límites negativos a la acción política y jurídica legítimas a verlos como el contenido propio de la acción política y jurídica legítimas. Y ello ha tenido su reflejo en la teoría jurídica que ha pasado de establecer una conexión externa entre derechos constitucionales y orden jurídico a establecer entre ellos una conexión interna. La mejor manera de mostrar esa evolución probablemente sea explicar los dos modelos de relación entre derechos constitucionales y orden jurídico.

El modelo de la conexión externa concebirá los derechos constitucionales centralmente como límites negativos al contenido del orden jurídico, límites negativos a la acción del Estado (a la soberanía del Estado y a la acción política legitima). La legitimidad del orden jurídico dependerá fundamentalmente del «respeto» a dichos límites, a los derechos. Las exigencias normativas en términos de «límites» y «respeto» responden a la cuestión de qué no se puede ordenar, prohibir o sancionar legítimamente. Frente a él, el modelo de la conexión interna concebirá el orden jurídico básicamente como un desarrollo positivo de los derechos fundamentales, el contenido del orden jurídico será una concreción de las exigencias normativas derivadas de los derechos constitucionales. Se otorgará a los derechos constitucionales una fuerza expansiva fundamental en la determinación del contenido del orden jurídico. Las exigencias normativas derivadas de los derechos constitucionales ya no se verán como límites negativos y deberes de respeto, sino como exigencias de «desarrollo» y «concreción» de los mismos: ellos serán la fuente central para determinar qué se debe ordenar, prohibir y sancionar. Esta evolución tal vez podría resumirse en la fórmula «de la consideración de la constitución como límite al orden jurídico a la consideración del orden jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales».

Estas dos formas de concebir el papel de los derechos constitucionales están hoy en el centro de la discusión constitucional y tienen una honda repercusión dentro de la teoría jurídica, pues es fácil mostrar su trascendencia para la concepción del Derecho y del método jurídico. Conforme al modelo del respeto de los derechos, el orden jurídico tiene un contenido relativamente autónomo en relación con la constitución. Los derechos son límites negativos al contenido del orden jurídico y a la acción política del Estado; en consecuencia, el control normativo que desempeña la constitución como fuente es un control negativo. La inconstitucionalidad puede canalizarse a

través de los principios de jerarquía y de inconsistencia normativas, esto es, a partir de la contradicción entre la normativa constitucional y la normativa jurídica. El contenido legítimo del orden jurídico es explicable a partir de una combinación de respeto a los derechos y discrecionalidad (entendida como libertad dentro de los límites establecidos por aquellos).

Pero hay otra forma de entender las relaciones entre constitución y orden jurídico; o mejor, entre derechos constitucionales y orden jurídico. Aquí el contenido del orden jurídico carecerá de autonomía en relación con las normas constitucionales. Estas normas regularán no sólo las relaciones de los ciudadanos con el Estado, sino también las relaciones entre los ciudadanos. El orden jurídico legítimo ya no será aquel que simplemente respeta los derechos, sino aquel que desarrolla en positivo todas las exigencias normativas derivadas de los derechos. El contenido del orden jurídico legítimo ya no resultará explicable en términos de respeto de los límites y discrecionalidad entendida como libertad; sino en términos de una concreción de los derechos a partir de una «razonable» ponderación de bienes y principios constitucionales; de forma que la discrecionalidad no podrá interpretarse ya como ausencia de guía normativa, sino más bien como ese tipo específico de deberes que denominamos «responsabilidades». En consecuencia, el control normativo que la constitución como fuente del Derecho ejerce en relación con el orden jurídico es mucho más expansivo. Las relaciones entre constitución regulativa y orden jurídico ya no se presentan en términos de una oposición en forma de límites; y, por tanto, los principios de consistencia y jerarquía normativas ya no serán suficientes para dar cuenta del rol normativo de la constitución, ni del método y el razonamiento jurídicos. El orden jurídico legítimo será expresivo de una «razonable» determinación y concreción de los derechos constitucionales; y de esta forma, junto a la exigencia de consistencia normativa por lo que se refiere a la unidad de contenidos del orden jurídico, hará aparición la exigencia de coherencia valorativa como test de corrección normativa. La noción de laguna normativa será desplazada por la de laguna axiológica y la de caso difícil, pues de la constatación de la falta de regulación (o de regulación defectuosa) se procederá a buscar en las fuentes constitucionales la respuesta correcta en relación con el caso en cuestión. Todo ello ha desembocado en lo que se ha venido en llamar «la constitucionalización del orden jurídico»[30] y ha supuesto que en la teoría del Derecho se haya producido un desplazamiento desde la teoría de la autoridad a la teoría de la justicia.

---

[30] Cfr. Guastini, Riccardo: «La 'costituzionalizzazione' dell'ordinamento italiano», en Ragion Pratica, nº 11 1998, págs. 185 y ss.

Estos dos modelos me parece que son fácilmente reconocibles para todos aquellos que estén familiarizados con la teoría del Derecho; en realidad, tiene mucho que ver con la proyección al nivel constitucional de la confrontación entre el modelo de las reglas y el modelo de los principios en la concepción general del Derecho y del método jurídico. Pero en cualquier caso, estos dos modelos no valen para clasificar constituciones; no es posible realizar afirmaciones tales como, por ejemplo, que nuestra constitución responde al primero o al segundo de los modelos. Obviamente podrá reconocerse que la jurisprudencia actual de un tribunal constitucional y respecto de cierta materia se adapta más a uno que a otro; pero no valen para clasificar constituciones porque, en realidad, esos dos modelos no responden a rasgos estructurales (formales) de los sistemas constitucionales, sino más bien a rasgos de la cultura jurídica predominante en un sistema constitucional. La identificación mayor o menor con cada uno de los modelos será una función de la concepción constitucional dominante en la cultura jurídica de referencia, es decir, de la constitución como práctica. Es más, probablemente pueda observarse que dentro de un mismo sistema constitucional puede describirse una evolución desde el primero hacia el segundo de los modelos. En este sentido, no me resisto a reproducir por extenso unas palabras de Guastini críticas en relación con esta evolución pero que me parecen extraordinariamente representativas de la oposición entre estos dos modelos de teoría del Derecho. Escribe Guastini a propósito de lo que llama «el principio de razonabilidad» y «la máquina de fabricar lagunas»:

> «En muchos sistemas constitucionales contemporáneos, el límite sustancial a la legislación más importante es el llamado principio de 'razonabilidad' [...] Se trata de un principio elaborado por diversos tribunales constitucionales a partir de la interpretación de las disposiciones [...] que establecen el principio de igualdad, es decir, la prohibición al legislador de distinguir (o discriminar) entre ciudadanos [...] En muchas constituciones el principio está formulado como una regla específica, que prohíbe no cualquier distinción [...] sino algunas particulares y determinadas: raza, sexo, opiniones políticas, etc. Por tanto, hay ciertas distinciones que están prohibidas [...] mientras que otras están permitidas [...] Sin embargo, diversos tribunales entienden el principio de igualdad como un principio genérico del tipo: 'los casos iguales deben ser tratados del mismo modo y los casos diferentes deben ser tratados de modos diferentes'. Este principio, así formulado, plantea el problema de decidir qué casos son iguales y cuáles no: dicho de otro modo, qué distinciones están justificadas y cuáles son discriminatorias. El principio de razonabilidad es precisamente una respuesta a esta pregunta. Desgraciadamente es una respuesta tautológica [...] según el principio de razonabilidad, una distinción está justificada cuando está justificada [...] En las manos de los tribunales constitucionales esta interpretación del principio de igualdad se convierte en un instrumento muy potente para revisar discrecionalmente las decisiones discrecionales del legislador.

> «[...] Se llama 'laguna axiológica' a la falta no de una norma cualquiera, sino de una norma 'justa', es decir, de una norma que no está pero que 'debería' estar, porque es requerida por el sentido de justicia del intérprete o por una norma superior. El principio de igualdad, interpretado como principio de razonabilidad, es una fuente de lagunas axiológicas: podría decirse que es una máquina para producir lagunas [...] Cuando el legislador trata de modo diverso casos que al intérprete le parecen iguales [...], entonces el intérprete dirá que falta una norma igualadora. Cuando por el contrario el legislador trata en modo igual casos que al intérprete le parecen diferentes [...], entonces el intérprete sostendrá que falta una norma diferenciadora»[31]

Pues bien, para acabar, me interesa simplemente llamar la atención sobre lo siguiente: si es cierto que se ha producido dicha evolución y que ella no es explicable en términos de cambios estructurales o formales de los sistemas constitucionales, porque no es el producto de ninguna reforma o modificación de la constitución (del texto constitucional) sino que ella más bien es producto de un cambio de concepción constitucional dominante, es decir, de la interpretación de la propia práctica constitucional, del sentido atribuido a la constitución y a la práctica constitucional, entonces quien acepte las tesis positivistas de las fuentes sociales del Derecho tendrá que revisar la imagen interna del sistema jurídico construida a partir de un sistema de autoridades y una oposición fuerte entre los procesos de creación y aplicación del Derecho. Como es sabido, en los últimos tiempos se ha escrito mucho a propósito de si el constitucionalismo contemporáneo (rígido, regulativo y abierto) habría hecho entrar en crisis al positivismo jurídico; pues bien, mi opinión es que la tesis de las fuentes sociales del Derecho permanece inalterable: el Derecho o es orden de la conducta social o no es Derecho. Lo que ocurre es que esta tesis no da para vertebrar un movimiento porque en realidad nadie la niega. Lo que sí me parece que entra en crisis son las imágenes centralmente autoritativas del Derecho que han enfatizado mucho la oposición entre los procesos de creación y los procesos de aplicación del Derecho; y entran en crisis precisamente porque, como he tratado de mostrar, no son sustentables a partir de las tesis empiristas del positivismo. Esas imágenes del Derecho son el producto de esquemas conceptuales creados para dar cuenta de un modelo histórico del Derecho que la evolución política de nuestras sociedades está dejando atrás. En realidad, hoy en día, la insistencia en las mismas creo que poco tiene que ver con los presupuestos empiristas del positivismo, sino que más bien es el producto de ciertas tesis filosóficas vinculadas al escepticismo y al relativismo en el ámbito de la razón práctica.

---

[31] Guastini, Riccardo: «La costituzione come limite alla legislazione», en *Analisi e diritto,* 1998, págs. 111 y 112.

EL ÁMBITO DE LA CONSTITUCIÓN*

Francisco J. Laporta
Universidad Autónoma de Madrid

Desde hace algunos años vengo insistiendo en que es necesario volver a reivindicar con fuerza el papel de las leyes en la composición del sistema jurídico, tanto por razones de naturaleza prudencial como por razones de naturaleza moral. He sugerido incluso que hay que proceder a una suerte de *reinvención* de la ley como fuente del derecho para hacer frente a todos los graves fenómenos que se vienen denunciando bajo la fórmula genérica de «crisis de la ley». Sería estúpido minimizar o ignorar todos esos problemas de degradación de la legislación que se señalan desde hace ya tiempo, pero tengo la convicción de que hay que hacerles frente con la vista puesta en el perfeccionamiento del contenido, el alcance y los procedimientos de elaboración de la ley misma, mucho más que recurriendo a otros mecanismos del sistema institucional, como el fomento del activismo judicial, o acudiendo a otros ingredientes del ordenamiento, como la invocación de la Constitución en todo litigio imaginable o de los principios del derecho y esa su presunta naturaleza «pregnante» de todo el orden jurídico.

Lo que afirmo es que no es bueno olvidar una cosa que nos ha parecido obvia durante mucho tiempo: que para conseguir una articulación satisfactoria de la sociedad como un «sistema justo (*fair*) de cooperación» (Rawls, 2001) es necesario que el componente principal del ordenamiento sea un cuerpo firme de *leyes* entendidas como vehículos normativos coherentes de reglas generales y abstractas, razonablemente estables, y a las que todos, profesionales liberales, jueces y funcionarios, deban una especial y acentuada deferencia en el momento de la aplicación del derecho. Esas leyes tienen que ser el alma del funcionamiento de la máquina jurídica en nuestras sociedades. Cosas tales como la definición de la condición ciudadana, la or-

* Este trabajo es una reelaboración, a veces profunda, de la lección que pronuncié el día 24 de enero de 2002 en un curso de doctorado de la Universidad Castilla-La Mancha (Toledo) a invitación de mis colegas Juan Ramón de Páramo y Luis Prieto. Aprovecho esta oportunidad para expresarles mi gratitud.

ganización de la familia, el funcionamiento de la Administración y las agencias gubernativas, los criterios y pautas de adscripción de derechos de propiedad y de distribución de las cargas y beneficios de la cooperación social, las coordenadas básicas del sistema económico, las condiciones del tráfico de bienes y servicios, la protección y límites de los derechos y libertades básicas, las pautas de organización del uso de la fuerza en la sociedad, el alcance y competencia de los distintos poderes, la disciplina procesal de los tribunales y tantas otras cosas, tienen que ser establecidas mediante leyes generales, públicas y claras, no retroactivas y coherentes entre sí[1].

Lo que sucede es que la propuesta de acentuar el protagonismo de la ley en el ordenamiento tiene que acabar por suscitar algunas incógnitas sobre el fundamento y el alcance de la Constitución. Y ello porque las relaciones recíprocas entre ley y Constitución podrían ser descritas adecuadamente mediante la metáfora del flujo y reflujo de las mareas, de forma tal que el avance de la ley implique el retroceso de la Constitución, y el incremento del protagonismo de la Constitución suponga de algún modo la bajamar de la ley[2]. Creo poder afirmar que estamos en un momento en el que la Constitución, las constituciones, animadas por un sector de la teoría, han conquistado un territorio demasiado extenso, y ello debe ser sometido a examen crítico[3]. Lo que me propongo hacer, en consecuencia, es cuestionar los límites de contenido y alcance de la Constitución, el lugar de la Constitución en el ordenamiento. O, si prefieren expresarlo de otra manera, reflexionar sobre el núcleo esencial de la Constitución, los *constitutional essentials* (Rawls 2001, 28).

Esto es algo que no han hecho en general nuestros constitucionalistas, pues han estado –me parece– situados muy decididamente en el «punto de vista interno», dando por hecho –seguramente con razón– que su misión no era cuestionar sino conocer, sistematizar y en su caso aplicar la Constitución. Sin embargo sí lo han hecho con particular sagacidad algunos filósofos del derecho españoles[4] a los que voy a seguir aquí en bastantes extremos.

I

¿Cuál es el problema que tendríamos, pues, que abordar? Se trata de un problema que está en el centro de la concepción política y ética que se vie-

[1] En este sentido no creo que debamos aceptar que estamos en la «edad de la descodificación», sino que propugno más bien que iniciemos con seriedad una nueva codificación

[2] La metáfora del flujo de las mareas fue utilizada en el mismo sentido por Víctor Pérez Díaz para describir las cambiantes relaciones entre Estado y sociedad civil.

[3] Por todos, Zagrebelsky (1992, 21 y ss.) Para una excelente introducción a este proceso, véase Pozzolo (2001, capítulo I)

[4] Véase en particular, José Juan Moreso, *La Indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución.* Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1997; Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y Positivismo.* México. Fontamara. 1997, y «Tribunal Constitucional

ne denominando «constitucionalismo», pero me apresuro a advertir que esa concepción incluye al menos dos grandes ideas-fuerza que es preciso diferenciar[5]. La primera tiene que ver con la estructura jerarquizada del ordenamiento, y es la exigencia de que por encima de las leyes emanadas del poder legislativo se sitúe un texto jurídico que tengan primacía sobre ellas, es decir, que sea jerárquicamente superior a las leyes, y al que se llama comúnmente *Constitución*. La segunda, que es diferenciable de la anterior y no se deriva necesariamente de ella[6], es la idea que postula que esa primacía de la Constitución sobre la ley ha de garantizarse recurriendo a procedimientos judiciales y debe llevarse a cabo por órganos del poder judicial, es decir, se sitúa más bien en el terreno del procedimiento de adjudicación. En las dos puede darse una «objeción democrática», o una formulación propia de la objeción democrática, y por ello es conveniente distinguirlas. En este trabajo voy a ocuparme solo de la primera, presuponiendo que las conclusiones que alcancemos sobre ella no condicionan necesariamente la respuesta que pueda darse a la segunda cuestión, aunque puedan arrojar alguna luz sobre ella.

Para lo que aquí interesa la primera objeción o la primera forma de la objeción democrática pudiera formularse así: supuesto que exista un órgano legislativo que represente fidedignamente[7] a la mayoría de los ciudadanos y su pluralidad de convicciones, opiniones y preferencias, y que tome sus decisiones mediante la regla de la mayoría ¿cuál puede ser la razón que justifique la existencia de un texto constitucional que se superponga a ese órgano y limite sus competencias legislativas dificultando o excluyendo de sus deliberaciones y decisiones determinadas materias? Porque hay quien ha recordado que la noción de «democracia constitucional» ha podido ser considerada un oxímoron (Cfr. Holmes 1988) ya que, si un sistema político es *democrático* entonces no admite la limitación constitucional, y si es *constitucional* no admite la decisión democrática sobre algunas materias importantes. En efecto, desde esta perspectiva, casi todas las Constituciones

---

y Positivismo», en *Doxa,* 23, 2000. Es imprescindible el intercambio de puntos de vista entre José Juan Moreso ,"Derechos y Justicia Procesal Imperfecta», y Juan Carlos Bayón, «Derechos, Democracia y Constitución», en *Derechos y Justicia Constitucional* en *Discusiones,* año I nº 1*,* en quienes me inspiro en buena parte de este trabajo. Como excepción relevante entre nuestros constitucionalistas, Víctor Ferreres Comella, *Justicia Constitucional y Democracia.* Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1997.

[5] Para un elenco de los distintos significados de «Constitucionalismo» (Pozzolo 2001).

[6] La aparente fuerza de la argumentación de Marshall en *Marbury v. Madison* ha determinado que muchos mantengan que el control judicial se sigue necesariamente de la supremacía de la Constitución, pero la fuerza de ese argumento es solo aparente (Cfr. Nino 1993)

[7] Quiero subrayar que no estoy tratando aquí de ninguna situación de hecho o de derecho de ningún país, sino de un problema teórico que creo importante. Qué sea una representación satisfactoria desde este punto de vista es algo que tendríamos que empezar a pensar a partir de aquí, no es algo ya dado de antemano en ninguna ley vigente.

actuales suelen tener al menos dos rasgos característicos: son en primer lugar vehículo de normas que acuerdan ciertas limitaciones a la agenda de los poderes legislativos[8], y son en segundo lugar documentos dotados de una grado mayor o menor de *rigidez*. En virtud de estos dos rasgos necesariamente se superponen a los órganos legislativos sin que éstos puedan incluir sin dificultad en sus deliberaciones y decisiones los temas acotados por dichas normas. En esto consiste la llamada «primacía» de la Constitución[9].

Este problema que plantea la primacía y la rigidez del texto constitucional se da tanto si la Constitución es un documento impuesto desde fuera o «desde arriba» por mecanismos políticos o sociales de cualquier tipo, como si se trata de un documento elaborado y puesto en vigor por procedimientos exquisitamente democráticos, ya que en éste segundo caso –se dice– bastaría solo con esperar unos años, una *generación*, para que el documento tuviera ya la naturaleza de una imposición externa, anterior, no decidida por los interesados sino por la generación anterior. De hecho este segundo supuesto era el que estaba en la mente de algunos de los que se plantearon por primera vez el problema: el de si las generaciones pasadas pueden limitar de tal modo a las generaciones futuras, o, como lo formuló Jefferson, si los muertos tienen derecho a vincular a los vivos[10]. En esto consiste la primera objeción democrática a la Constitución o la primera forma de la objeción democrática a la Constitución.

Al lado de ella hay, como es sabido, otra forma de la objeción que conviene distinguir de ésta. Se mezclan a veces ambas porque tanto una como otra obedecen a la misma duda: la duda que nos impele a preguntar cuál es la razón para imponer pautas externas a las mayorías políticas democráticas. Pero lo que nos demanda esta segunda pregunta o esta segunda forma de la objeción democrática son las razones que abonan que sea un grupo de jueces no elegido democráticamente, un grupo de sabios, el que imponga sobre el órgano legislativo una decisión o una limitación. Es, creo, lo que tradicionalmente se ha entendido como «objeción contramayoritaria»[11]. De ella, que ha suscitado una literatura muy importante, no voy a ocuparme sin

[8] Estas limitaciones han de presentarse como vinculantes para el legislador, y no como reglas de orientación meramente programáticas.

[9] La descripción de Bryce es lo bastante elocuente: «...están por encima de las otras leyes del país que regulan. El instrumento –o instrumentos– en que están contenidas estas constituciones no procede de la misma fuente que las otras leyes, es promulgado por procedimiento distinto y posee mayor fuerza. Su proclamación no corresponde a la autoridad legislativa ordinaria, sino a alguna persona o corporación superior o con poder especial. Si es susceptible de cambio, éste se llevará a efecto únicamente por dicha autoridad, persona o corporación especial. Cuando alguna de sus medidas entra en colisión con alguna otra de la ley ordinaria, prevalece la primera y la ley ordinaria debe ceder» (Bryce 1988, 10).

[10] Citado por Stephen Holmes (Holmes, 203, 1988)

[11] En la expresión clásica de Alexander Bickel (Bickel 1986)

embargo aquí, aunque muchas de las cuestiones que ha sacado a la luz pueden ser también aplicadas a la primera versión de la objeción.

II

Vamos, pues, a explorar la primera objeción democrática o la primera forma de la objeción democrática. Empezaré por decir que al hacerlo nos enfrentamos con un problema que no es fácil de resolver mediante esa frecuente autocomplacencia practicada por muchos juristas neoconstitucionalistas de situar todos los valores que defendemos del lado de la Constitución[12], y todos los defectos que queremos evitar del lado de la llamada «política ordinaria». Eso sería dar las cosas por resueltas de antemano. Más bien la cuestión se suscita porque el diseño del constitucionalismo como afirmación de la primacía de los preceptos constitucionales sobre la ley democrática sacrifica algunos valores políticos a los que tendemos a dar una importancia crucial. Por ello hemos de analizar cuales son los argumentos que se dan en su favor, y si esos argumentos tienen el éxito que se ha pretendido.

Parece bastante claro que cuando abrimos esta incógnita sobre el constitucionalismo lo que realmente estamos haciendo es preguntarnos por la justificación de la Constitución misma, tanto de su contenido como de la fuerza que a sus preceptos se suele otorgar. Y hacemos bien, porque las Constituciones no siempre son tan esenciales, escrupulosas y concisas como se supone. Con frecuencia son ordenancistas y prolijas, cuando no oportunistas, con el resultado de que «atrincheran»[13] asuntos y problemas que no se ve bien por qué han de hurtarse al legislador. Una tentación muy corriente entre los que participan en un proceso constituyente es incluir en la Constitución extremos propios de sus ideales políticos o regulaciones detalladas sobre asuntos de su interés. El «momento constituyente» no es necesariamente, como se ha pretendido[14], un ejercicio de imparcialidad inspirado por el interés general. Puede muy bien ser –de hecho suele ser– un periodo en el que las fuerzas sociales, políticas y económicas más relevantes forcejean para introducir en el texto constitucional la garantía rígida de sus intereses y prejuicios en el contexto de una gran turbulencia política (Elster 2000, 159). Por ejemplo, por admirable que fuera el proceso de la transición española y la elaboración de su constitución, también se dieron en él casos de este tipo, como lo fue la sombra del comportamiento militar o las pre-

[12] Muchos de estos juristas se pretenden críticos del positivismo jurídico al mismo tiempo que practican una suerte de ciego positivismo de la Constitución.

[13] Recurro a la traducción literal del verbo inglés *to entrench,* que es el utilizado para denotar esa protección.

[14] Por Bruce Ackermann, en (Ackerman 1991). Ver sobre ello en castellano (Ackerman B. & Rosenkrantz, C 1991).

siones de la iglesia católica para incluir en el texto medidas de privilegio en su favor.

Si esto es así entonces será ya definitivamente difícil considerar fundadas algunas versiones de la teoría que ve la Constitución como un «precompromiso» del tipo Ulises . En efecto, en algunas de esas versiones se ha considerado que la idea de vinculación constitucional de futuro podría explicarse acudiendo a la racionalidad que exhibe Ulises al ordenar que le aten al mástil de la nave y prohibir que le desaten previendo que el canto de las sirenas le haría débil de voluntad (Elster 1979, Holmes 1995, Moreso 2000). Pero trasladar esto a la cuestión de la Constitución y su vinculación del futuro es difícil por tres razones. En primer lugar porque ha de notarse que Ulises es la misma persona en ambos momentos, es decir, que el Ulises de hoy decide sobre sí mismo, sobre el Ulises de mañana. En el mecanismo constitucional de la vinculación hacia el futuro, por el contrario, nos encontramos con que quienes ordenan la vinculación no son generalmente los mismos que la van a sufrir. No es pues un Pedro (el sobrio) previendo los excesos futuros del mismo Pedro (pero ahora el borracho), como vino a afirmar Hayek. Se trata de individuos distintos o de generaciones distintas (Elster 2000). En segundo lugar porque Ulises, en el momento en que decide atarse, se nos aparece como un Ulises lúcido, frío e inteligente que está pensando en un futuro Ulises perturbado, dominado probablemente por las pasiones. Trasplantado a los términos constitucionales ello querría decir que los individuos de la generación constituyente se suponen sobrios, es decir, lúcidos, fríos y fuertes; y los individuos de las generaciones sucesivas se suponen borrachos, es decir, miopes, pasionales y débiles de voluntad, capaces por ello de tomar decisiones irracionales con las que se perjudiquen a sí mismos. Esto carece de justificación: pone de manifiesto una desconfianza hacia las mayorías democráticas del futuro que expresa un paternalismo en sentido estricto, es decir, un paternalismo para con los otros y no solamente un auto-paternalismo como pudiera ser el caso del ingenioso Ulises. El complejo fenómeno jurídico, político y ético del *constitucionalismo* vendría así a asentarse en un gigantesco acto de paternalismo para el que no saben darse razones de mayor peso que esas limitaciones de la racionalidad. Y en tercer lugar, y como he recordado antes, no solamente no está probada esa presunta lucidez del constituyente, sino que muchas veces lo que hay en las Constituciones son tomas interesadas de posición o defensa de privilegios. El contenido de lo que se protege no es, pues, lo racional frente a las pasiones, sino que muy bien puede ser al revés, lo pasional e interesado de los constituyentes que se blinda frente a la racionalidad de las futuras generaciones democráticas.

Así pues, si no damos con razonamientos más fundados que esos el constitucionalismo tendrá que batirse en retirada. Y el resultado de esa retirada es que cualquier mayoría democrática de futuro podrá prescindir de los vínculos constitucionales. Me imagino que este corolario tan tajante gusta-

rá a pocos, pero si el partidario de la posición constitucionalista quiere evitarlo tendrá que presentar razones serias para incluir un tema en la constitución y sobre todo razones que pueden abonar que algunas instituciones y derechos sean «atrincherados» y sustraídos a la decisión democrática, es decir, llevados más allá del ámbito de la ley ordinaria y depositados fuera del alcance del legislador cotidiano. Esto es lo que tendremos que preguntarnos enseguida, pero antes conviene que hablemos un poco de la rigidez de las constituciones.

III

Para considerar cómo opera esa primacía de la constitución sobre la ley ordinaria vamos a establecer una taxonomía imaginaria de los procedimientos posibles de reforma constitucional[15]. En las disposiciones de reforma es donde se hospeda la mayor o menor rigidez de las constituciones y donde se ve con toda claridad esa primacía que se traduce en las limitaciones al alcance de la actividad del poder legislativo. Puede en general decirse que cuanto más fuerza se le quiere dar a la norma constitucional más limitadas resultan las competencias del legislador democrático en cuanto a su reforma. Presentaré un abanico de procedimientos de reforma que vaya descendiendo paulatinamente desde la primacía total de la norma constitucional en detrimento absoluto del principio democrático, hasta la primacía de la decisión democrática ordinaria que supone la desaparición del ideal del constitucionalismo.

1. El grado superior de esa taxonomía, es decir, el menos democrático, lo ocuparía la constitución o las normas constitucionales que *prohibieran* al legislador democrático su modificación o reforma. La norma constitucional se impone aquí totalmente a la ley ordinaria. Aquí no hay procedimiento de reforma posible; simplemente los preceptos se declaran intangibles. Esta técnica constitucional se utiliza para proteger principios considerados irrenunciables. La Constitución alemana, en alguna de sus interpretaciones al menos, la prevé para los derechos fundamentales y la organización federal, y la francesa para proteger la integridad del territorio y la forma republicana de gobierno. Otras, como la griega o la portuguesa también tienen o han tenido cláusulas de esta naturaleza.

2. En segundo lugar podríamos imaginar un procedimiento que encargara la reforma, o la congelación de la reforma a un órgano o autoridad no elegido democráticamente, como podría ser el rey o el Ejecutivo, mediante un *veto*, o sistemas parecidos. En el constitucionalismo decimonónico, en el que todavía perduraban huellas de la preeminencia de la figura del monarca, se hacía con frecuencia depender la modificación de la constitución del acuerdo del rey. Así sucede, por ejemplo en muchas de las cartas constitu-

[15] Para una clasificación parecida, cfr. Farreres 2000 y Elster 2000.

cionales de los pequeños estados alemanes o en la misma Constitución belga de 1831, en la que la reforma constitucional necesitaba del acuerdo real[16].

3. En el tercer nivel situaré algún procedimiento extraordinariamente rígido de reforma. Por ejemplo, el procedimiento del artículo 168 de la Constitución española. En él se contienen tres requisitos consecutivos para la reforma de algunas normas constitucionales: mayoría de dos tercios en ambas Cámaras, convocatoria de nuevas elecciones y aprobación de la reforma por una nueva mayoría de dos tercios de ambas Cámaras, y referéndum de ratificación. Este precepto español es muy ilustrativo porque introduce los tres procedimientos más comunes de protección constitucional: las *mayorías cualificadas*, las *cláusulas de enfriamiento*[17] y el *referéndum*. De la combinación de dos de estos tres procedimientos se nutren los siguientes tres grados.

4. Exigencia de *mayoría cualificada* unida a una *cláusula de enfriamiento*. Tal es el sistema básico de la reforma italiana, que demanda una aprobación de cada Cámara por mayoría absoluta o de dos tercios, y dos deliberaciones sucesivas con un intervalo no menor de tres meses.

5. *Mayoría cualificada* en alguna cámara legislativa, a la que después se añade un *referéndum*. Este podría ser el caso de algunas de una de las vías abiertas por el artículo 167 de la Constitución española, que encomienda a mayorías cualificadas en las dos cámaras la aprobación del proyecto de reforma y abre la vía a un referéndum de ratificación cuando lo soliciten una décima parte de los miembros de cualquiera de las cámaras.

6. *Cláusula de enfriamiento* de la propuesta de reforma, a la que se haría seguir un *referéndum*. En el artículo 88 de la Constitución danesa se contiene una doble cláusula de enfriamiento, temporal y orgánica, para los órganos del legislativo, pero no se requieren mayorías cualificadas. A continuación se prevé un referéndum para aprobar la propuesta.

Los siguientes tres grados usan sólo uno de esos procedimientos.

7. Exigencia única de una *mayoría cualificada*. Caso, por ejemplo, de la Constitución portuguesa que exige sólo una mayoría de dos tercios de los diputados para aprobar la reforma de la Constitución.

8. Decisión del órgano legislativo por mera mayoría a la que se añade, sin embargo una *cláusula de enfriamiento* que suponga que tal órgano ha de reconsiderar el proyecto en un momento posterior. Es el caso de Suecia, donde se exige en algunos casos una doble cláusula de enfriamiento, orgánica y temporal. Podrían pensarse en casos más sencillos de mera dilación en el tiempo.

---

[16] Cfr. El artículo 131. Puede consultarse en Varela 1998.

[17] Las cláusulas de enfriamiento suelen ser de dos tipos: temporales, que simplemente obligan a posponer y reiterar la decisión en el tiempo, y orgánicas, que obligan a replantear electoralmente la composición del órgano decisorio. Las segundas, naturalmente, también dilatan la decisión en el tiempo.

Exigencia simple de un *referéndum* de reforma.

Y por fin nos encontraríamos con aquellos grados en los que sólo actúa el órgano legislativo siguiendo su procedimiento por mayoría simple.

10. Cerca ya de la pura decisión democrática del órgano legislativo, en un sistema en el que el único requisito que se le exige al legislador para culminar una reforma es que la incorpore a una ley especialmente identificada como ley de reforma constitucional.

11. Y por fin, piénsese en el simple mecanismo de la *lex posterior* como fórmula de modificación de los preceptos constitucionales. Aquí puede decirse que no estamos en absoluto en el ámbito del constitucionalismo.

Merece la pena hacer algunos comentarios a esta taxonomía de mecanismos de reforma. Por lo que respecta a lo que aquí nos interesa aparecen en ella tres territorios que vale la pena diferenciar. En primer lugar tenemos los supuestos 1 y 2 en los que, bien por la intangibilidad de los preceptos bien por la extracción no democrática del órgano decisor (el rey, por ejemplo) la objeción democrática es perfectamente pertinente. Aquí el legislador democrático tiene sus competencias coartadas y limitadas por normas, valores sustantivos o derechos de veto que no puede cuestionar. En el segundo bloque (el compuesto por los números 3, 4, 5, 6, 7 y 8) nos encontramos en todos los supuestos con dos mecanismos que será necesario calibrar: las mayorías cualificadas y las cláusulas de enfriamiento. Nótese que en ninguno de ellos podemos decir que se haya hurtado la decisión al legislador democrático. Lo que se hace es introducir una serie de limitaciones a su composición y deliberaciones, muy complicadas y engorrosas en el supuesto 3 y relativamente sencillas en el supuesto 8 (puede ser una mera dilación en el tiempo de la decisión). ¿Perjudican tales limitaciones la calidad democrática de la decisión?

Como estamos presuponiendo aquí que los órganos democráticos representan fidedignamente a la sociedad y toman sus decisiones mediante el principio de mayorías, en el caso de la exigencia de *mayorías cualificadas* se produce sin duda una interceptación del proceso democrático así entendido, pues una minoría puede hacer triunfar su posición simplemente oponiéndose al cambio y votando la preservación del *status quo.* En efecto, la regla de la mayoría establece al menos dos parámetros importantes para los procesos de decisión: en primer lugar, a todos los votos les es atribuido un igual valor, con lo que a efectos del valor de su voto, todos los votantes son tratados como iguales. En segundo lugar, todas las opciones que se someten al procedimiento decisorio basado en la regla de mayoría se someten en pie de igualdad a la consideración de los votantes[18]. La exigencia de mayorías cualificadas ignora esos dos parámetros: da mayor valor a los votos de la minoría que no quiere la reforma constitucional, con lo que los votantes son

[18] Estas afirmaciones aquí sumariamente expuestas se discuten ampliamente en Beitz 1989.

tratados desigualmente; y se inclina claramente a favor del *status quo*, pues la posición minoritaria puede triunfar contra la mayoría de los votos. Por eso puede decirse que los procedimientos de decisión colectiva que exigen mayoría cualificadas no respetan los fundamentos del procedimiento democrático puro. Establecerlo para la reforma constitucional exige por tanto alegar razones suficientes para ignorar esos fundamentos.

Por lo que se refiere a las *cláusulas de enfriamiento* las cosas no son tan claras porque pueden ser de muchos tipos. En primer lugar nos encontramos con el mecanismo bicameral, que es al parecer el origen de la expresión[19]. De hecho la más común justificación de las segundas cámaras, de los Senados, fue durante el siglo XIX un argumento que apenas podía ocultar el temor hacia los órganos representativos basados en el sufragio universal. Los Senados, compuestos mayoritariamente por miembros natos en virtud de sus riquezas, títulos u honores, se decía que servían de contrapeso a los excesos de la representación popular. Esto naturalmente es presa fácil de la objeción democrática. Y es de hecho difícil concebir un «enfriamiento» que consista en someter a otro órgano diferenciado la reforma constitucional y no pugne con el principio democrático. Sólo si ambos órganos fueran estrictamente democráticos se evitaría ese corolario, pero entonces estaríamos seguramente ante una redundancia institucional. De hecho los Senados actuales suelen obedecer a otro principio que tiene que ver con la estructura federal del Estado y en cuya conformación los titulares del derecho de sufragio activo no son los individuos sino los Estados que constituyen la federación. Pero un órgano de decisión así compuesto no viola el principio democrático porque tenga competencias de «enfriamiento», sino porque no se sustenta en la regla de la mayoría *de ciudadanos*. Y así, una cláusula de reforma que traslade a un Senado de este tipo la aceptación de la reforma solo podría aceptarse si tal reforma tuviera como objetivo alguno de los extremos relativos a la estructura del Estado o las competencias de los miembros, pero no a otros temas como los relativos a derechos constitucionales de los ciudadanos y su garantía.

Cuando la cláusula de enfriamiento no envía el resultado de la decisión a otro órgano legitimado de otro modo, entonces puede decirse que no tropieza necesariamente con la objeción democrática. Si de lo que se trata es de someter la propuesta de reforma tras replantear electoralmente la composición del órgano decisor (suspendiendo la legislatura y convocando elecciones generales para obtener un nuevo legislativo que apruebe esa reforma), entonces no hay nada que objetar. Se trataría simplemente de autentificar o corroborar la mayoría. Si de lo que se trata es de operar un sim-

[19] «Cuando Thomas Jefferson le preguntó a George Washinton por qué la convención había establecido un Senado, Washington le replicó preguntándole '¿Por qué vierte su café en el plato?' 'Para enfriarlo' replicó Jefferson. 'Justamente' dijo Washington 'vertemos la legislación en el plato senatorial para enfriarla'» (Elster 2000, 133).

ple enfriamiento «temporal» por la vía de posponer la decisión un tiempo para que el mismo órgano democrático vuelva a aprobar la reforma, se trataría de un mecanismo de intensificación de la deliberación. En ambos casos la objeción democrática no procede.

El último grupo de supuestos de reforma (los englobados en los números 9, 10 y 11) son perfectamente democráticos. El *referéndum* mediante el que los ciudadanos individual, igual y directamente deciden la aprobación o rechazo de la reforma no puede tener ninguna tacha democrática. De hecho, en el simbolismo politológico, el cuerpo decisor de los ciudadanos es frecuentemente identificado con el *poder constituyente*. Que tal poder cree o modifique la constitución debe ser considerado una suerte de competencia «natural». Y lo mismo puede afirmarse de los supuestos en que los representantes del cuerpo electoral constituidos en poder legislativo, por decisión expresa incorporada a una ley de reforma o por decisión tácita, proceden a la reforma de la Constitución.

IV

Vamos a volver al hilo de nuestra argumentación y analizar qué cosas se introducen y protegen en los textos constitucionales y qué razones pueden alegarse para ello[20]. Con ello trataremos de profundizar en la posible justificación que pueda haber para establecer sistemas rígidos de reforma que puedan incluso pugnar con la fuerza que tiene *prima facie* el principio democrático.

A) En primer lugar, y como se ha sugerido ya en páginas anteriores, en las constituciones pueden incluirse asuntos perfectamente triviales que tienen que ver con las circunstancias de la elaboración de la constitución o con los avatares históricos del país en cuestión. Sin ánimo exhaustivo ofreceré algunos ejemplos. En la Constitución Francesa (artículo 2) se impone «La Marsellesa» como himno nacional. En la Constitución española los colores de la bandera, que se protegen además con el procedimiento más rígido de reforma. En la Constitución finlandesa (artículo 72) se establecía el marco como unidad monetaria, con lo que la entrada en la economía del euro habrá exigido una reforma constitucional. En la Constitución alemana se eleva a rango constitucional la competencia de los *Länder* sobre el impuesto que grava la cerveza. En la Constitución austriaca se atribuye a la federación plenamente lo relativo a escuelas forestales. Y en la Constitución griega (artículo 3,3) se dice que «el texto de las Sagradas escrituras es inalterable, su traducción oficial en otra forma de lenguaje, sin el consentimiento previo de la Iglesia autocéfala de Constantinopla, está prohibida», por no mencionar que en el artículo 59 se constitucionaliza la fórmula del jura-

[20] Utilizo aquí, aunque con distinto orden y ampliado, un esquema propuesto por Sunstein (Sunstein 1991, 636 y ss) .

mento de los cargos públicos «en nombre de la Santa Trinidad Consustancial e Indivisible»[21].

Es evidente que todos estos artículos, y muchos más que podrían mencionarse, no deberían ser sometidos a ninguna exigencia que fuera más allá de la decisión democrática del poder legislativo constituido, porque cualquier otra protección para-democrática carecería de justificación.

B) En segundo lugar suelen también introducirse en los textos constitucionales, para evitar su discusión cotidiana en la política ordinaria, aquellas cuestiones tan sumamente controvertidas e imposibles que pueden hacer peligrar el proyecto político como un todo. De ese modo se hace desaparecer de la discusión pública algún tema que se considera peligroso para la estabilidad de la *polis.* Se apela así a las llamadas «reglas de mordaza» (*Gag rules*), que pueden ser definidas como reglas que acuerdan una autocensura estratégica para evitar divisiones irreconciliables (Holmes 1988, 19). La Constitución sería aquí el lugar donde se acordara extraer de los avatares de mayorías y minorías y del calor de las controversias extremos sobre los que la sociedad está tan dividida o un sector poderoso de la misma considera tan intocables que permitir que salgan a la arena política y se sometan al voto mayoritario –se dice– podría dar al traste con toda la empresa política. Hay muchos ejemplos, más o menos convincentes, de una estrategia semejante. Creo que puede afirmarse que la idea de la separación Iglesia/Estado y el principio de abandonar la instauración de una religión oficial pudo obedecer inicialmente a una estrategia de este tipo. Para acabar con las guerras de religión lo mejor es extraer la religión de la controversia política[22]. Pero también hay supuestos en que grupos sociales o políticos fuertes imponen esa mordaza en la constitución para no ver en peligro una posición hegemónica. Por paradoja, tal ha sido también en la historia de muchos países el caso mismo de la religión mayoritaria. En la Constitución española se sometió a una práctica regla de autocensura la forma de gobierno y la llamada unidad de España. El ejemplo de la esclavitud en la Constitución americana siempre se trae a colación. Pero hay situaciones mucho más amargas: la impunidad de dictadores y presuntos genocidas obtenida a cambio de no impedir procesos de transición en ciernes, por ejemplo.

La justificación de esta manera de obrar parece obedecer a una lógica consecuencialista, y constituye un ejemplo de lo que se ha venido llamando desde Weber «ética de la responsabilidad». Si se ha de «fundar» o «constituir» de nuevo la comunidad política, o culminar con éxito un proceso de

[21] Tomo los datos constitucionales de *Las Constituciones de los Estados de la Unión Europea* (Edición de Germán Gómez Orfanel) Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1996. Las reformas de algunos artículos de esas constituciones no afecta al argumento.

[22] «Y dado también que en materia religiosa forzar las conciencias se ha demostrado frecuentemente como peligroso en los países en que esto se ha llevado a cabo y con el fin de asegurar un gobierno más tranquilo y pacífico en esta provincia.....» *Acta de Tolerancia (Maryland).* 1649.

transición a la democracia, y eso se considera un estado de cosas bueno o justo, entonces hay que hacer ciertas concesiones a los poderes fácticos en presencia, y esas concesiones aparecerán sin duda en la Constitución como conclusiones no discutibles, o extremadamente difíciles de discutir, por estar sometidas a procedimientos muy rígidos de reforma constitucional. Pero es preciso distinguir entre aquellos temas que, como la exclusión de la religión de Estado, consideramos justificado que se extraigan de la discusión pública y se silencien por disposición constitucional, sea cual sea la circunstancia política en que se encuentre la comunidad, y aquellos otros que, como la imposición de hecho de las preferencias o prejuicios del estamento militar o eclesiástico, no consideraríamos justificado constitucionalizar y atrincherar, salvo en virtud del hecho de que aparecen como condiciones necesarias para el establecimiento del proceso democrático. Esto último solo puede ser concebido como una situación provisional en la que la democracia está de algún modo *tutelada*, o es todavía deficitaria.

Ello quiere decir que las razones aceptables para constitucionalizar y atrincherar algunos extremos han de ser razones sustantivas anteriores a cualesquiera circunstancias contingentes de la comunidad política. Y si son razones de suficiente calado entonces podrán incluso imponerse a la decisión democrática, pero si no lo son, no debemos aceptar que sean protegidas por ninguna rigidez constitucional. También las constituciones pueden ser justas o injustas. Una Constitución que establezca la tolerancia religiosa es justa aun cuando no haya sido adoptada democráticamente, pero una Constitución que impide el procesamiento de un dictador por delitos probados es injusta, aunque sea el producto de una deliberación y reflexión muy democrática.

C) En tercer lugar, se ha afirmado que la Constitución sería un lugar idóneo para dar respuesta a algunos de los que se llaman técnicamente problemas de acción colectiva como problemas del tipo «dilema del prisionero», y que se suscitan con frecuencia en la vida política. Como es sabido, cuando una pluralidad de actores con intereses enfrentados actúan en contextos estratégicos, las decisiones a las que se ven impulsados por la racionalidad instrumental acaban por producir resultados que no son los mejores para ellos. Se suele poner como ejemplo de una situación semejante la «Cláusula de Comercio» de la Constitución Americana, que prohíbe a los Estados de la Unión establecer regulaciones aduaneras al comercio interestatal. Escribe así Sunstein justificándolo: «...a la luz de las fuertes actitudes emocionales que alimentan las percepciones del interés del propio Estado, un sistema en el que cada Estado pueda elegir si iniciar medidas proteccionistas podría llevar a muchos Estados a hacerlo. Pero un acuerdo de todos los Estados para rechazar el proteccionismo y renunciar así a su derecho anterior derivado de los artículos de la Confederación, promovería el interés colectivo» (Sunstein 1991, 641). Supongo que una consideración semejante ha llevado al constituyente español a establecer en el artículo 157, 2 que

«las Comunidades Autónomas no podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias...que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías o servicios». El hecho de que algunas de esas actitudes emocionales puedan impeler a algunas autoridades autonómicas a imponer aranceles proteccionistas en su propio beneficio provocaría inmediatamente la generalización del proteccionismo y como consecuencia de ello el desastre económico tanto para el conjunto como para cada una de las comunidades autónomas. Supongamos que, efectivamente, un sistema en el que la falta de cooperación en materia de aranceles aduaneros entre las regiones genera un grave desajuste económico. Es más, si una comunidad lo hubiera establecido para sí misma en solitario, el sistema hubiera sido bueno económicamente para ella, pero al actuar en un contexto estratégico todas las demás comunidades adoptarán asimismo la medida y se producirá el desastre colectivo. Pues bien, si esto es así ¿cuál es la razón para prohibirlo en la Constitución? ¿la mera ineficiencia económica? ¿la corrección de las limitaciones de la racionalidad de los actores políticos? No es nada seguro que eso pueda considerarse una razón suficiente. Si algún Estado o región afirmara, por ejemplo, que el derecho a imponer tributos forma parte de su propia identidad política y expresa de modo irrenunciable el nivel de autogobierno que quiere ejercer, no habría mucho que añadir desde esos puntos de vista. Podrá ser advertida de los inconvenientes económicos de ejercer ese derecho, pero no podría serle discutido apelando solo a términos de pura economía. Muchos actores políticos prefieren mantener la titularidad y el ejercicio de algunos derechos que consideran moralmente importantes aunque el precio que tengan que pagar en términos instrumentales sea alto. Y a ese razonamiento solo puede oponerse un argumento que se sitúe en su mismo nivel. Por ejemplo, podría argüirse que aquella cláusula constitucional no es sino una concreción de otras que pretenden asegurar ciertos derechos de libertad de los ciudadanos, derechos que la justifican a ella y a un precepto como el del artículo 139,2 de la Constitución que afirma que «Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español». O podría argüirse que aquella cláusula vigila que a todos los ciudadanos se les reconozca un derecho básico a ser tratados del mismo modo por la ley, y que eso la justificaría a ella y también a un precepto como el del artículo 139,1 que dice que «Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio nacional». Y –así seguiría el razonamiento– esos mencionados derechos de libertad o a un tratamiento igual son derechos que van más allá de la mera vigilancia al tráfico mercantil, y que también son más importantes que los presuntos derechos de las Comunidades Autónomas, de forma tal que ninguna de ellas tendría legitimidad ni fundamento para desconocerlos.

En resumen, que quizás la idea de que ciertas normas sirvan para resolver problemas de acción colectiva y aseguren la eficiencia en determinadas

interacciones no es suficiente base para constitucionalizarlas. Es efectivamente posible que un mecanismo como la protección constitucional no tenga por qué obedecer a demandas de racionalidad instrumental de los actores políticos o de los ciudadanos. Por supuesto que ello no significa que no sea bueno y útil establecer jurídicamente, incluso constitucionalmente, cláusulas de ese tipo; significa solo que su excesivo «atrincheramiento» no tiene una justificación lo suficientemente fundada. Bastará para su protección establecer algunas cláusulas de enfriamiento que incrementen la atención deliberativa de los órganos democráticos, pero no una sobreprotección. Seguramente sucede aquí lo mismo que hemos visto en el supuesto anterior: solo nos convence la decisión constitucional si lo que subyace a ella son razones sustantivas que se sitúan por encima de las conveniencias de presente o de futuro: por ejemplo, razones que apelan a la protección de derechos individuales.

D) En cuarto lugar, es casi un axioma histórico identificar a una constitución porque incorpora ciertas coordenadas y pilares que definen la estructura misma del Estado. Cosas tales como la separación de poderes, la estructura territorial, la forma del poder legislativo, algunas exigencias y cautelas de los procedimientos decisorios, el veto de unos órganos sobre otros, etc... vienen así a ser incorporadas a un texto normativo de jerarquía superior y protegidas frente al mayoritarismo. Y en efecto, toda Constitución incluye lo que se denomina una «parte orgánica» que versa sobre la articulación de los poderes, su funcionamiento y sus límites. Y ello, tal y como estamos viendo, significa a la postre que una «generación», la de los constituyentes, limita el alcance de la decisión democrática de una generación futura sin que para ello se hayan ofrecido razones satisfactorias. Es pues también susceptible de ser interrogada desde la «objeción democrática».

¿Qué podemos aducir en favor de ese «atrincheramiento» constitucional? Evidentemente no es posible introducirse aquí en la fundamentación pormenorizada de cada una de las instituciones que se incorporan a los textos constitucionales, pero quizás sí sea posible arriesgar un esquema metódico general que nos ayude a comprender el sentido de la cuestión. Para hacerlo es preciso establecer una distinción clara entre lo que pueden llamarse *principios* o exigencias ético-políticas y lo que llamaré *mecanismos* institucionales[23]. Esta distinción es importante, pero muchas veces se desconoce en la práctica; por ejemplo, se habla con frecuencia del «principio» de separación de poderes o del «principio» federal como si se tratara de exigencias éticas o políticas, cuando en realidad estamos simplemente ante dos

[23] Llamó mi atención sobre esta distinción Robert Summers en una conversación privada. No me parece ajena a la diferencia analítica que establece Elster entre *reasons for precommitment* y *devices for precommitment* (Elster 2000). Utilizo aquí la expresión *principios* en el sentido de enunciados que suministran «razones» o «justificaciones» pero no en el sentido más técnico usual hoy en el debate académico.

construcciones institucionales, ante dos «mecanismos». La distinción nos ayudará a encontrar la posible justificación de esa incorporación constitucional. La articulación normativa de algunos poderes y algunas particularidades que se contienen en ella necesitan también de una justificación para ser incorporadas y «atrincheradas» en los textos constitucionales, y esa justificación solo la pueden dar los «principios» entendidos como razones éticas y políticas. Así, los que he llamado *mecanismos institucionales* tendrían su razón de ser en que son articulaciones normativas que desarrollan o sirven de vehículo a la realización de los *principios*. Trasladado al lenguaje quizás más expresivo de Elster, las *razones* para el precompromiso constitucional justificarían los *mecanismos* de precompromiso, de forma tal que las construcciones institucionales y su protección constitucional tuvieran que exhibir las *razones* que los apoyan. Y entonces nuestra estrategia tendría simplemente que consistir en preguntar por esas razones y seleccionar aquellas que fueran lo suficientemente convincentes como para superponerse a aquellas que subyacen al principio democrático. Si nos preguntáramos por ejemplo por la justificación del mecanismo normativo de la separación de poderes podríamos aducir con cierta plausibilidad la exigencia de independencia judicial para la protección de los derechos individuales frente al poder ejecutivo, pero si nos interrogásemos sobre la conveniencia de constitucionalizar, por ejemplo, el déficit cero o la independencia del banco central, seguramente no nos sentiríamos satisfechos porque algunos economistas nos dijeran que las mayorías toman sus decisiones con tendenciosidad o con miopía de futuro.

Como no es posible desarrollar un argumento similar institución por institución me limitaré a ofrecerles mi conclusión anticipada. Pienso que solo los principios o razones que recogen derechos individuales básicos o descansan en ellos son lo suficientemente poderosos como para medirse con la objeción contramayoritaria. La constitucionalización de mecanismos que incrementen la racionalidad instrumental de las decisiones, superando la desviación a que empujan las pasiones, los intereses sectoriales o la miopía temporal solo podría aceptarse si, como hemos visto en el caso anterior, se llevara a cabo sólo mediante cláusulas de enfriamiento. Solo cuando esas instituciones fueran un medio para el reconocimiento y la garantía de derechos individuales[24] podría irse más allá.

E) En quinto lugar, es convicción común que las Constituciones han de reconocer, formular y garantizar los derechos individuales básicos, que se vienen denominando derechos humanos o derechos fundamentales. Si hay algún extremo en el que el consenso sea casi unánime es éste[25]. Recurrien-

[24] También podría argumentarse que algunas de esas instituciones o mecanismos son «bienes públicos» que se pueden concebir como condiciones necesarias para la satisfacción de ciertos derechos individuales.

[25] Digo «casi» porque como es sabido una cierta posición teórica apuesta más bien por el diseño constitucional a base de *mecanismos* y se muestra reticente ante una declaración formal

do a la venerable idea de John Locke, puede decirse que los gobiernos y los Estados tienen su razón de ser en la protección de derechos individuales anteriores a ellos y al derecho positivo. En consecuencia, el documento solemne mediante el que se *constituye* una unidad política tiene que llevar en su frontispicio la misión de reconocer y proteger tales derechos. Esta idea propia del iusnaturalismo moderno de que hay derechos naturales anteriores a la comunidad política, puede hoy ser también aceptada, sin esas adherencias iusnaturalistas, recurriendo a una concepción de la Justicia entendida como un segmento de la moralidad o de la ética que se expresa a través de derechos morales individuales anteriores a cualquier establecimiento o incorporación al derecho positivo. Si se acepta esto, entonces puede concluirse que la Constitución de una comunidad política ha de *reconocer* y garantizar como derechos fundamentales aquellos derechos morales previos. La justificación de esa incorporación y especial «atrincheramiento» sería precisamente la apelación a la Justicia como complejo de razones morales justificatorias.

Los tipos de derechos que suelen incorporarse y protegerse en las constituciones como *derechos fundamentales* son variados, y no es este el momento de hacer una taxonomía de los mismos, pero es importante reflexionar sobre la naturaleza de algunos de ellos porque suelen presentarse como el más característico baluarte constitucional frente a las mayorías, como cartas de triunfo frente a la decisión mayoritaria. Hay *en primer lugar* derechos que se presentan como postulados morales «pre-políticos» sencillamente porque se sitúan o pretenden situarse más allá del alcance de cualquier poder público, sea democrático o no lo sea. En ellos el «atrincheramiento» constitucional quiere expresar tan solo que el poder político no debe invadir la esfera que protegen esos derechos. Pongamos el caso de la prohibición de la esclavitud, la interdicción de la tortura o la prohibición de cualquier tipo de discriminación racial. Incluso algunos de esos llamados tradicionalmente derechos de la personalidad: la libertad de elección de compañero sentimental, por ejemplo. Lo que se quiere afirmar constitucionalmente con derechos de este tipo es que, como una cuestión de principio, las mayorías o quienquiera que ejerza el poder mediante normas jurídicas no tiene ninguna competencia para entrar en esa materia para regular, matizar, limitar, etc. Utilizando el lenguaje hohfeldiano se trataría de establecer una inmunidad absoluta frente al poder jurídico y político. El ciudadano se torna a estos efectos inmune a cualquier pretensión del legislador, que, en consecuencia, tiene prohibido constitucionalmente el interferir en esa esfera. Y si se declara hoy para el futuro es porque no se contempla ninguna po-

---

de derechos. No es desde luego nada nuevo, pues puede encontrarse ya en las discusiones de *El Federalista n. 83 (Hamilton)*. En la actualidad esto es tema de debate alrededor de propuestas como *Charter 88,* diseñada para la incorporación de un *Bill of Rights* al entramado del derecho constitucional inglés.

sibilidad de que en el futuro las cosas puedan ser de otro modo, diga lo que diga la mayoría democrática. Podría argüirse entonces que, por definición, la objeción democrática no concierne a esta protección constitucional, porque el hecho de que el poder sea democrático o no lo sea es irrelevante cuando se trata de interferir con ellos. Este es el supuesto más claro en el que cabe pensar en un atrincheramiento constitucional serio mediante cláusulas intangibles o métodos de reforma extraordinariamente complejos. *En segundo lugar* nos encontramos con algunos de los derechos que fundamentan los mecanismos institucionales que hemos visto en el apartado anterior. Por ejemplo, el derecho a la justicia o a «la tutela efectiva de los jueces y tribunales», o el derecho a participar en los asuntos públicos, que están en la base y son las precondiciones del diseño de la estructura de grandes poderes del Estado, como el poder judicial y el poder legislativo. El atrincheramiento constitucional de esos derechos obedece seguramente a su condición de puntos de apoyo del edificio institucional, en el sentido de que cabe pensar que los seres humanos optan por construir la comunidad política con sus poderes coactivos a condición, por ejemplo, de que sus conflictos sean resueltos eficaz e imparcialmente y que puedan participar en la elaboración de las leyes que se les van a aplicar. Y puede entonces suponerse que sería contrario al propósito mismo de tales mecanismos institucionales el que fuera posible alterar los mismos puntos de apoyo en que se basan mediante, por ejemplo, una decisión mayoritaria. Las mayorías, en ese caso, traicionarían el fundamento mismo que las sustenta como órgano de decisión política, y así, del mismo modo que hemos visto que se hurtan a la decisión mayoritaria aquellos ingredientes del aparato institucional que sean mecanismos aptos para hacer efectivos o garantizar esos derechos –por ejemplo, la independencia del juez o la publicidad del proceso–, se hurtarían a ella con más razón los derechos mismos que les sirven de fundamento. Aquí podría pensarse en una cierta rigidez constitucional mediante fórmulas complejas. Y *en tercer lugar* tenemos ante nosotros aquellos derechos, llamados comúnmente, aunque a veces no del todo con propiedad, *derechos de prestación* que no solo se garantizan y satisfacen con un reconocimiento jurídico, sino que necesitan para ello de todo un conjunto de infraestructuras y actividades económicas y sociales capaces de proveer a los titulares con aquellos bienes que son condición para esa satisfacción. La particularidad de estos derechos es, en efecto, que se violan sobre todo por omisión, por la omisión de aquellas acciones sociales y económicas necesarias para satisfacerlos. En relación con ellos se acepta comúnmente que toda la trama de leyes y disposiciones que son necesarias para hacer posible su garantía real sean competencia del poder legislativo mediante sus decisiones mayoritarias cotidianas, es decir, se acepta comúnmente que no se atrincheren. Las razones para ello tienen que ver seguramente más con la complejidad de las políticas públicas necesarias para vehicular su cumplimiento que con su pretendida controvertibilidad, pero ese es un tema que no es necesario abor-

dar aquí. Sin embargo hay algunos de ellos que han alcanzado un status especial porque su importancia para el desarrollo de la personalidad individual o para la satisfacción de otros derechos es tal que se acepta que algunos extremos de los mismos han de ser protegidos y atrincherados. Así sucede en algunas constituciones con el derecho a la educación o con los sistemas de salud pública.

Más allá de cualquier consideración pormenorizada de tipos de derechos, podría afirmarse como conclusión general que los límites y compromisos previos que se imponen al poder de las mayorías se fundamentan directa o indirectamente en el valor que atribuimos al ciudadano como individuo libre y autónomo, definido a través de sus derechos. Como ha escrito Richard Kay: «El constitucionalismo es ... una expresión de aquella visión que acabó por ser conocida como liberalismo – la idea de que la unidad moral relevante en el discurso político es el individuo, o, quizás más rigurosamente, que la *polis* misma no tiene entidad moral independiente de la de sus miembros. Una premisa básica de esta perspectiva es que la más alta satisfacción humana solo puede darse en una vida libremente elegida» (Kay 1998,19). Y esto, naturalmente, es lo que viene a proteger la Constitución frente a las mayorías electorales.

V

La Constitución, por tanto, parece tener como contenido más característico el de proteger de las incursiones de la mayoría el ámbito de un «coto vedado»[26], que está compuesto básicamente por derechos fundamentales y por aquellos mecanismos institucionales que puedan ser condición para la garantía de esos derechos fundamentales. Y aquí es precisamente donde se origina la gran pregunta que suscita la «objeción democrática» o, para expresarlo en otros términos, «la gran fractura entre democracia y constitucionalismo» (Fioravanti 2001,163). De algunos de sus aspectos me voy a ocupar a continuación[27].

Quien ha planteado en los últimos años con más fuerza la objeción en esos términos ha sido Jeremy Waldron, en una propuesta teórica que trata de recordar que el mundo político no solo exige de los filósofos una teoría de la justicia, sino también una teoría de la autoridad. «Uno de los grandes problemas de la filosofía política» –escribe– «es explicar como puede haber una sociedad que se ordena y se gobierna a sí misma, que toma iniciativas y que funciona como un agente, dada la pluralidad de sus miembros y los desacuerdos que tienen entre sí sobre la pregunta de qué es lo que ha de hacerse» (Waldron 1993, 31). Eso es lo que el autor llama «circunstancias de la política»: la necesidad de tomar una decisión común y la existencia de

[26] Expresión acuñada por Garzón Valdés en *Representación y Democracia* (Garzón Valdés 1989).

[27] Para un análisis más completo remito a Juan Carlos Bayón (Bayón 2000).

desacuerdos importantes sobre el contenido y el alcance que haya de tener. En esas «circunstancias» el método de decisión que se ha impuesto en las sociedades modernas ha sido el método o procedimiento democrático: se discute libremente y se acuerda la decisión por mayoría. ¿Cuál es la justificación de semejante método? Pues una consideración de los seres humanos como seres reflexivos y autónomos, capaces de diseñar su vida y de ponerse en el lugar de los demás, aptos para tomar parte en una discusión racional sobre medios y metas en la que se respete los puntos de vista de otros, y dispuestos a comprometerse con sus propias decisiones reflexivas. Y si preferimos el procedimiento democrático de toma de decisiones es porque pensamos que esos individuos tienen un derecho a participar en aquello que va a afectar a sus vidas y a tomar parte en aquellas decisiones que establezcan los medios para resolver los problemas de la comunidad. Y ello solo puede concebirse si se piensa que están dotados de la racionalidad y el carácter suficiente para incorporarse a esa reflexión colectiva sobre las medidas y reglas necesarias para ordenar y gobernar unitariamente esa sociedad.

Pero el problema es que ese mismo fundamento es el que subyace precisamente a la idea de los derechos básicos. De nuevo Waldron: «...la idea de los derechos esta basada en una visión del individuo humano como un agente esencialmente pensante, dotado de una capacidad para la deliberación moral, para ver las cosas desde el punto de vista de los otros, y para trascender su preocupación por sus intereses propios y sectoriales. La atribución de cualquier derecho, digo, es típicamente un acto de fe en el actuar y en la capacidad para el pensamiento moral de cada uno de los individuos concernidos» (Waldron 1999, 250). Y aquí es precisamente donde está la fuerza de la objeción democrática. Si esto es así ¿por qué hurtamos a la decisión democrática las cuestiones constitucionales relativas a derechos? ¿No supone ello negar a los individuos precisamente un derecho fundamental a la participación (el *derecho de los derechos* (Ibíd. 232)? ¿Podemos afirmar los derechos básicos mediante el expediente de poner en cuestión el fundamento mismo de esos derechos al «atrincherarlos» frente a la reflexión y la decisión de ese mismo individuo al que se los reconocemos? La respuesta pareciera ser que el «coto vedado» es la negación de la capacidad de cada individuo de reflexionar y decidir sobre el propio «coto vedado», y ello supone tratarle como un menor o un incompetente. Pero si es un menor o un incompetente ¿por qué le atribuimos los derechos del «coto vedado»? Solo la decisión democrática en la que todos participan respeta los fundamentos en que se basan los derechos individuales. Por tanto, sobreproteger y atrincherar los derechos en una constitución inflexible inaccesible al voto ciudadano es contrario al propio fundamento de esos derechos.

La fuerza del argumento obliga a replantearse aquellas relaciones entre ley y Constitución a que antes me refería, e iniciar un movimiento en favor de la «pleamar» de la ley y la ubicación de los temas constitucionales atrincherados en sus justos límites. El problema es ahora determinar cuáles son

esos límites, porque la lógica de la objeción invita a pensar que cualquiera de las materias susceptibles de ser incorporadas a un texto constitucional, dada su complejidad e importancia para la vida del grupo, puede ser objeto de discusiones y pugnas, es decir, puede estar aquejada por esa presencia de «desacuerdo» que constituye una de las circunstancias que hacían necesario el procedimiento democrático de decisión. Y de conformidad con esa lógica todo sería entonces reconducible a la competencia del legislador y no habría por qué atrincherar nada.

Recordemos, sin embargo, que estamos hablando solamente de la primera forma de la objeción democrática, es decir, de aquella que trata de enfrentar las condiciones de *rigidez* de la constitución frente a su propio cambio y reforma. Y como hemos visto, existe una panoplia de métodos de reforma: referéndum, cláusulas de enfriamiento, ley ordinaria de reforma, que cumplen perfectamente con la exigencia democrática, sin necesidad de entregar las cláusulas constitucionales al mero mecanismo de la derogación tácita de acuerdo con el principio *lex posterior*. Esta formulación de la objeción democrática, por tanto, solo sería aplicable a las cláusulas constitucionales intangibles, es decir, irreformables, y a aquellas para las que se prevén métodos de reforma, como el veto, la intervención de órganos no democráticos o las mayorías excesivamente cualificadas, que ignoran el valor igual de cada ciudadano y su voto en las decisiones democráticas. ¿Hay cláusulas constitucionales de esta naturaleza? O, para hacer más amplia la pregunta, ¿hay algunas materias que merezcan el atrincheramiento o la protección constitucional «antidemocrática» o un atrincheramiento o protección constitucional democrática pero muy difícil de operar[28]? La respuesta no puede ser tan contundentemente negativa como podría suponer un partidario de la objeción democrática.

Para mostrar hasta qué punto esto es así no solo podrían recordarse algunas de esas disposiciones constitucionales que, como la prohibición de la esclavitud, parece imposible pensar que puedan ser derogadas o modificadas por ningún motivo. Los partidarios de la objeción podrían argüir que puede haber desacuerdos sobre el alcance de la prohibición o sobre la naturaleza de ese derecho, no solo para limitarlo, sino también para ampliarlo, y en ese caso la mayoría sería la única autorizada para deliberar y decidir. Pero también pueden hacérsele algunas preguntas a esa misma objeción democrática para ver si pueden obtenerse de ella algunas dimensiones del constitucionalismo. Ello pondrá de manifiesto que dentro de esa objeción hay algunos problemas cuya solución puede depender de un atrincheramiento constitucional de algunos extremos.

---

[28] Como hemos visto, con una combinación de cláusulas de enfriamiento orgánicas y temporales y de referéndum se puede establecer un procedimiento de reforma que sea democrático pero extremadamente difícil de llevar a la práctica.

A) Hay algunas cosas que el procedimiento democrático no puede establecer por razones lógicas: el ámbito para el que la decisión se va a tomar y el universo de aquellos que han de tomar parte en el procedimiento, es decir, la identificación de quienes han de votar y decidir. Son dos cosas que se hallan, por así decirlo, en un momento *anterior* a que se ponga en marcha la maquinaria del proceso democrático. Una de las llamadas por Waldron «circunstancias de la política» es que exista una entidad humana colectiva, un grupo, un *demos*, que se vea en la necesidad de resolver un problema *común*. Pero esta «circunstancia» oculta dentro de sí una importante presuposición: que existe ya ese grupo o *demos* y alguien ha determinado ya que ese problema es *común.* Pero ¿cómo sabemos todo esto? ¿quién lo ha decidido? y ¿cómo se ha decidido? ¿acaso mediante el procedimiento democrático mismo? Las espinosas cuestiones de *ámbito* de la democracia no pueden ser resueltas por el mismo procedimiento democrático porque el establecimiento de ese procedimiento presupone ya que hemos determinado de algún modo el ámbito al que se va a aplicar[29]. Pues bien, este mismo argumento le es también aplicable a la pregunta por quienes son los titulares del derecho a participar. Es obvio que no podemos dejar su respuesta a un procedimiento en el que tengan derecho a participar estos o aquellos porque eso sería una petición de principio. La respuesta a la pregunta «¿quién debe votar?» no puede ser sino que debe votar aquel que «tenga derecho a votar», lo que significa que ese derecho es anterior al procedimiento. Debemos pues aducir razones sustantivas: la autonomía de la persona, la igualdad de todos, la pertenencia a la comunidad como ciudadano, los derechos a aceptar o rechazar normas que me van a ser impuestas, etc. Es decir, tenemos que dibujar un perfil de rasgos identificatorios que *definan* a los titulares de ese derecho antes de que el procedimiento se ponga en marcha. Y el mejor modo de hacerlo es mediante un haz de derechos individuales basados en una concepción sustantiva, no procedimental, de esos derechos. Pero si esos derechos son necesarios para la existencia de un procedimiento tan importante, parecería lógico que los protegiéramos del funcionamiento mismo del procedimiento situándolos en un espacio al que el mecanismo democrático no tuviera fácil acceso.

B) Veamos ahora el segundo argumento. El primero nos muestra que la objeción democrática no puede prescindir tan fácilmente de una teoría sustantiva de los derechos. Este segundo pone de manifiesto que la objeción democrática puede ir demasiado lejos, hasta el punto de quedar presa de su propia lógica. ¿Cuál es el fundamento del procedimiento democrático? Pues como hemos visto se trata de un «derecho a participar». Según Waldron es

[29] Sobre cuestiones de ámbito de la democracia remito a un trabajo de Alfonso Ruiz Miguel en el que entre otras cosas se reconocía ya su relevancia constitucional: «En muchos casos, las decisiones sobre el ámbito de la democracia se adoptan de manera expresa, típicamente –como prueba de su importancia– mediante normas constitucionales» (Ruiz Miguel 1989, 105)

una exigencia de que la propia voz sea oída en la decisión pública en términos de igualdad: «...cada individuo demanda el derecho a tomar su parte, *junto a la igual parte tomada por todos los otros individuos*, en el gobierno de la sociedad. Como portador de derechos exige que su voz sea oída y que cuente en la elaboración de la decisión pública» (Waldron 1999, 236, cursiva del autor). Cuando alguien no participa de ese modo se le ha negado su cualidad plena de ciudadano. Por eso la objeción democrática nos habla de unos «muertos» (los constituyentes) que excluyen de sus derechos a unos vivos (las *generaciones* subsiguientes). Y aquí es donde puede estar el talón de Aquiles de esa objeción. Nótese, en efecto, que, desde Jefferson mismo, la objeción suele ser formulada en términos de «generaciones», y viene a afirmar, literalmente, que una generación no tiene derecho a vincular a la generación siguiente ni a privar a sus individuos de su derecho pleno a participar[30]. Pero ¿por qué recurrir a una entidad tan confusa y problemática como la «generación»? Quienes tienen los derechos no son las generaciones sino los individuos. Son ellos los que tienen el derecho a decidir sobre los contenidos y las reformas de su Constitución. Y también de sus leyes. Así que la objeción debería ser reformulada en términos individuales. Pero si los hacemos acabaremos en conclusiones difíciles de aceptar. Porque en efecto, incluso si presuponemos que los individuos tienen ese derecho, por ejemplo, sólo a partir de los 18 años, todos los días hay alguien que cumple 18 años. Pues bien, en sentido estricto, a partir de ese momento todas las decisiones constitucionales o legales (directas o representativas) tomadas antes pero que ahora le afectan y todas las decisiones constitucionales o legales que vayan a tomarse en el futuro tendrían que estar sujetas a la exigencia de «que su voz sea oída y que cuente en la elaboración de la decisión pública»; es decir, en virtud del fundamento mismo de la objeción democrática ese nuevo ciudadano podría exigirnos que reabriéramos todo el proceso decisorio porque si no lo hiciéramos estaríamos traicionando los presupuestos de que decimos partir. Pero si lo demandara nos sentiríamos seguramente tentados a decirle que esperara hasta las próximas elecciones o hasta el próximo proceso constituyente para hacer oír su voz. ¿Qué razones podríamos darle para que aceptara esa espera? No desde luego que ha habido un procedimiento democrático en el que unos ciudadanos *anteriores* a él han tomado una decisión porque eso es precisamente lo que cancela la objeción democrática.

Acabaríamos por concluir que para respetar el derecho a participar de cada uno en los términos estrictos de la objeción sería necesario reabrir el proceso decisorio. Y como todos los días habría algún ciudadano en esta situación, eso sería tanto como mantener permanentemente abierto ese pro-

[30] Esta terminología es usada hasta hoy mismo cuando se debate la objeción democrática. Como prueba, el continuo uso de la idea de generaciones por parte de Víctor Ferreres (Ferreres 2000, p.35 y 36).

ceso. Y en ese caso terminaríamos por no decidir nunca y con ello por hacer imposible la posibilidad de gobernarnos mediante reglas. Tendríamos entonces que contra-argumentar que medidas como reabrir diariamente las constituciones vigentes o las cuestiones ya decididas o los procedimientos para conformar los órganos de decisión supondrían tanto como no tener constitución alguna ni tomar decisión alguna, porque una perpetua deliberación ni es una constitución ni es una decisión, y un órgano decisorio en permanente proceso de formación no es un órgano decisorio. Y esto equivaldría a decir que al menos alguna decisión anterior ha de tener normalmente un periodo de vida en que regule las conductas de los ciudadanos sin que pueda ser puesta en cuestión por otra mayoría. Es decir habríamos de hablarle de que las normas por las que se ordena la sociedad han de tener otras propiedades además de la de ser democráticas en su origen: por ejemplo, deben disfrutar de una cierta estabilidad, ser públicas, no ser retroactivas, etc... que son todos ellos rasgos que no son pura formalidad ajena a los derechos, sino que son precisamente condiciones para el desarrollo y la garantía de la mayoría de esos derechos, y desde luego son condición necesaria para poder desarrollar una existencia como ser que piensa y reflexiona, es capaz de proyectar su propia vida y desarrollar su personalidad en libertad. Es más, podríamos incluso recordarle que la aplicación estricta de la objeción democrática supondría inmediatamente la desactivación del mecanismo democrático mismo, porque nada podría articularse como «constituyente» ni como «legislador» si sus decisiones hubieran de ser reabiertas incesantemente. Por eso es por lo que puede afirmarse que la objeción democrática va demasiado lejos. Y debe ser acompañada de un conjunto de medidas que «atrincheren» sus decisiones, incluso frente a sí misma. La fuerza de ese atrincheramiento dependerá, naturalmente, de la naturaleza de las cláusulas constitucionales que se protejan.

VI

Coda. Las consideraciones anteriores pretenden invitar a dibujar nuevamente las relaciones entre constitución y ley. La objeción democrática formulada como una reivindicación de competencias para el legislador cotidiano tiene que servir de aviso constante frente a las tentaciones de amparar bajo la rigidez constitucional aspectos de la vida colectiva que no merecen hurtarse a la voluntad de la mayoría. En ese sentido la objeción propugna una importante pleamar de la ley respecto de la constitución. Pero no excluye necesariamente que existan mecanismos rígidos de reforma siempre que tales mecanismos sean a su vez democráticos. Si las reformas de la constitución se articulan institucionalmente en forma de procedimientos democráticos de decisión, entonces la primacía de la constitución puede convivir perfectamente con el carácter democrático del ordenamiento. Rigidez constitucional y mayoritarismo no serían incompatibles. Hasta el punto de

que el atrincheramiento constitucional de algunos derechos individuales y algunos procedimientos políticos sería precisamente la garantía protectora de la naturaleza democrática del sistema. Con ello la objeción democrática habría perdido gran parte de su fuerza y solo sería aplicable a supuestos de extremada intangibilidad constitucional o vetos para-mayoritarios.

¿Sucedería lo mismo con la clásica «objeción contramayoritaria» que se opone a que sea un pequeño número de jueces, de sabios, no elegidos democráticamente, los que decidan sobre el alcance de la constitución? No me atrevo a decir que sí, pero tiendo a pensar que si los mecanismos de reforma constitucional son conformes a los procedimientos de decisión democrática no podría decirse, o no podría decirse en sentido estricto, que doce jueces se han impuesto a una mayoría. Pero esto merecería una reflexión mucho más pausada.

Referencias

ACKERMAN, B. (1991) *We The People. Vol. I: Foundations.* Cambridge, Mass. Harvard University Press.

ACKERMAN, B & ROSENKRANTZ, C. (1991) «Tres Concepciones de la Democracia Constitucional», en *Fundamentos y alcance del Control Judicial de Constitucionalidad.* Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

ALEXANDER L. (1998) *Constitutionalism. Philosophical Foundations.* Cambridge University Press.

BAYÓN, J.C. (2000) «Derechos, Democracia y Constitución» en *Discusiones* n. 1 *Derechos y Justicia Constitucional.*

BEITZ, CH. R. (1989) *Political Equality. An Essay in Democratic Theory.* Princeton, New Jersey. Princeton University Press.

BICKEL, A. (1986) *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics.* New Haven & London. Yale University Press. (1ª ed. 1962).

BRYCE, J. (1988) *Constituciones rígidas y constituciones flexibles.* Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. (Ed. original 1884 y 1901)

ELSTER J. (1979) *Ulysses and the Sirens*. Cambridge. Cambridge University Press.

ELSTER J. (2000) *Ulysses Unbound.* Cambridge. Cambridge University Press.

ELSTER J. & SLAGSTAD R. (1988) *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge. Cambdridge University Press.

FERRERES, V. (1997) *Justicia Constitucional y Democracia.* Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

FERRERES, V. (2000) «Una defensa de la rigidez constitucional» *Doxa,* 23, 2000

FIORAVANTI, M. (2001) *Constitución. De la antigüedad a nuestros días.* Madrid. Editorial Trotta (ed. orig. Bologna. Il Mulino. 1999).

GARZÓN VALDÉS, E.(1989) «Representación y Democracia» en *Doxa*, 6, 1989.

HOLMES, S. (1988) «Gag rules or the politics of omission», en Elster J. & Slagstad R. (1988)

HOLMES, S. (1995) *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy.* Chicago and London. The University of Chicago Press.

KAY R.S. (1998) «American Constitutionalism», en Alexander L. (1998).

MORESO J.J. (1997) *La Indeterminación del Derecho y la Interpretación de la Constitución.* Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

MORESO J.J. (2000) «Derechos y Justicia Procesal Imperfecta» en *Discusiones* n. 1. *Derechos y Justicia Constitucional.*

MUELLER D. (1996) *Constitutional Democracy*. Oxford. Oxford University Press.

NINO C. (1993) «A Philosophical Reconstruction of Judicial Review», en *Cardozo Law Review*, vol. 14, January 1993, n. 3-4.

POZZOLO, S. (2001) *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico.* Torino. G.Giapichelli editore.

PRIETO SANCHÍS, L. (1997) *Constitucionalismo y Positivismo.* México. Fontamara.

PRIETO SANCHÍS, L. (2000) «Tribunal Constitucional y Positivismo» *Doxa,* 23, 2000

RAWLS J. (2001) *Justice As Fairness: A Restatement.* Edited by Erin Kelly. Cambridge, Massachusets. London, England. The Belknap Press of Harvard University Press.

RUIZ MIGUEL, A. (1989) «Problemas de ámbito de la democracia» en *Doxa,* 1989, n. 6

SUNSTEIN C. (1993) «Constitutionalism and Secession», en *The University of Chicago Law Review* 1991, n. 58, p. 633 y ss.

VARELA, J. (1998) *Textos básicos de la Historia Constitucional Comparada.* Joaquín Varela Suances (ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

WALDRON, J. (1993) «A Right-Based Critique of Constitutional Rights» en *Oxford Journal of Legal Studies.* Vol 13, nº 1.

WALDRON, J. (1999) *Law and Disagreement.* Oxford. Clarendon Press.

ZAGREBELSKY G. (1995) *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.* Madrid. Editorial Trotta. (traducción de Marina Gascón de la edición italiana *Il Diritto Mitte*).

PRESUPUESTOS DE UN MODELO RACIONAL DE LEGISLACIÓN PENAL

José Luis Díez Ripollés
Universidad de Málaga

1. La crisis de la ley

Cualquier intento de profundizar en los contenidos de racionalidad que deberían resultar determinantes en todo proceder legislativo y en su resultado, la ley, ha de empezar por reconocer que la delimitación entre legislación y jurisdicción, entre lo que sea creación y aplicación del derecho, se mueve en estos momentos, tanto desde una perspectiva técnicojurídica como sociojurídica, sobre terreno poco firme. El protagonismo de la ley en la configuración del ordenamiento jurídico, rasgo esencial del derecho moderno[1], está siendo seriamente cuestionado, hasta el punto de que se ha convertido en un lugar común hablar de la crisis de la ley. Con ello se querría expresar que la ley ha perdido la centralidad que venía ocupando en el sistema jurídico desde la instauración del estado de derecho liberal, como expresión de la voluntad general democráticamente expresada, reflejada en notas tales como su carácter único, originario, supremo e incondicional[2]. Las causas de ello son de muy diversa índole.

En primer lugar, la repercusión que en el papel de la ley y la legislación han tenido las sucesivas reestructuraciones del estado de derecho moderno: Su configuración *ilustrada y revolucionaria*, en la que la ley era el instrumento encargado de la racionalización social mediante el traslado de las leyes de la naturaleza al orden social, y que tiene su apogeo en el proceso codificador, es sustituida más tarde por un *estado de derecho positivista*. En él la ley, por un lado, alcanza el cénit de su importancia institucional, como producto de una voluntad contingente, no sometida a otros límites que la

[1] Sobre la ley y la legislación como elementos determinantes en el tránsito del derecho premoderno al derecho moderno, véanse, entre otros *Ferrajoli*. 909-912; *Luhmann*. 255-256.

[2] Véase sobre el concepto de "imperio de la ley" en su dos sentidos, fuerte –aquí seguido– y débil, *Hierro*. 287-291.

voluntad de los detentadores de la soberanía, pero, por otro, esa misma implícita arbitrariedad le priva de su estrecha vinculación a la razón, que se va desplazando paulatinamente de la creación a la aplicación del derecho; un buen reflejo de ello es el progresivo descuido en la ampliación o actualización de la empresa codificadora[3]. La aparición y consolidación del *estado de derecho social* consagra un activismo normativo en el que a la ya perdida racionalidad de la ley se añade su desbordamiento por reglamentos y normas de inferior rango, instrumentos con mejores prestaciones en la nueva sociedad intervencionista. De modo casi simultáneo, la aprobación de constituciones con abundantes contenidos sustanciales, ligados a la protección de derechos fundamentales o al establecimiento de principios orientadores de la acción política, constriñe el ámbito de la ley al espacio existente entre la actividad reglamentaria y el debido respeto a los principios constitucionales: Con la instauración de lo que ha sido llamado el *estado de derecho constitucional* la ley sufre, pues, un nuevo embate, en este caso derivado de la pérdida de *status* consecuente a su necesaria acomodación a las prescripciones normativas constitucionales[4]. Entre los últimos desarrollos del estado de derecho cabe aún mencionar los derivados del arraigo de la denominada *sociedad del riesgo*, ansiosa por prevenir peligros vinculados a actividades sociotecnológicas ambivalentes en su bondad: Ello, por un lado, demanda un intervencionismo administrativo superior al del estado social, lo que parece exigir una legislación imprecisa que permita la discrecionalidad administrativa[5] y, por otro lado, realza el protagonismo judicial, pues son finalmente los tribunales los que, ante la ausencia de conocimientos científicos seguros sobre las consecuencias de tales actividades tecnológicas, en principio lícitas, tienen la última palabra en cada caso sobre su procedencia[6];

---

[3] Con todo, *Ferrajoli*. 210-213 destaca acertadamente el inicial papel consagrador del derecho racional natural que desempeña el positivismo jurídico hasta que, con la consolidación del estado de derecho liberal, pierde su referencia legitimadora externa.

[4] Véase una brillante descripción en *Prieto Sanchís.* 5-44. También *Marcilla Córdoba.* 94-100. Un sugestivo análisis de esta evolución, guiado por la idea de que el modelo jerárquico que colocaba en primer plano la legislación se disuelve a lo largo de los siglos XIX y XX como consecuencia del terreno ganado por la jurisdicción a impulsos de la vigencia del principio de que el juez no puede abstenerse de tomar una decisión (principio de prohibición de denegación de justicia, o de inderogabilidad del juicio), en un contexto de producción legislativa masiva y poco consistente temporal y sustancialmente (objetivamente, en terminología funcionalista), en *Luhmann.* 277-280, 299-305, 310-319. Advierte de todos modos frente a periodizaciones groseras, influidas por el funcionalismo, *Habermas.* 519-527, por más que él mismo trabaje a fondo la contraposición entre estado de derecho liberal y estado de derecho social, con la pretensión de superarla (485 y ss.).

[5] Véase en este sentido, críticamente, *Habermas.* 519-527.

[6] Véase sobre la labor de los jueces como árbitros de disputas entre expertos, *Beck*. 250-251.

en cualquier caso la legislación pierde racionalidad o queda condicionada por el casuismo judicial.

A estas alturas, y en segundo lugar, se ha producido una notable transformación de las *fuentes de creación del derecho*. Ya no se trata sólo de constituciones materialmente enriquecidas, que privan a la legislación ordinaria de hecho, y no de un puro modo formal, de su carácter supremo e incondicional, sino de otro conjunto de fenómenos: En buena parte de Europa una cada vez más extensa legislación comunitaria se impone al legislador nacional pese a no proceder de un órgano legislativo, sin exigir refrendo parlamentario alguno y sin que cualesquiera teorías sobre distribución de competencias o delegaciones de soberanía puedan ocultar el hecho de que el legislador interno se encuentra cada vez más ante una situación de hechos consumados. En un plano distinto, el carácter único de la ley ha sufrido una alteración decisiva, tanto con la configuración del estado autonómico, que ha introducido una pluralidad de legisladores, como con la inserción de una jerarquía entre las leyes –estatutos de autonomía, leyes orgánicas, ordinarias–, disimulada con frecuencia mediante criterios de competencia. A ello debe añadirse la marcada relevancia que han adquirido las llamadas fuentes sociales del derecho, que terminan siendo ocasión para la aprobación de unas leyes previamente pactadas por los agentes sociales al margen del parlamento[7].

En tercer lugar, el *control de constitucionalidad* de las leyes que ha traído consigo el estado de derecho constitucional, lejos de limitarse a colocar la ley bajo los designios de la norma fundamental, ha desencadenado un protagonismo de la jurisdicción frente a la legislación desconocido hasta ahora en el derecho moderno. No se trata simplemente de que los tribunales constitucionales, singularmente mediante la resolución de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, corran el serio riesgo de suplantar al legislador, en especial cuando caen en la tentación de convertirse en legisladores positivos a través de sentencias que aportan determinados contenidos a la ley examinada[8]. La propia jurisdicción ordinaria, a cuenta de su capacidad para interponer cuestiones de inconstitucionalidad y de su obligación de realizar interpretaciones legales constitucionalmente conformes, ha asumido un papel que ha permitido decir a un destacado jurista que la vinculación del juez a la ley no es del todo cierta[9]. El rico contenido de principios de las

---

[7] Véase en especial *Hierro.* 291-299. También *Zapatero Gómez.* 772-773; *Prieto Sanchís.* 28-31; *Tudela Aranda.* 105-107.

[8] A la problemática del control de la constitucionalidad de las leyes me volveré a referir infra.

[9] *Ferrajoli.* 914.

modernas constituciones, y la necesidad de ponderar los en cada caso concurrentes, algo que se estima que no está al alcance de la perspectiva general y abstracta inherente a la legislación, ha originado que la aplicación judicial de cualquier ley se vea sometida a un previo análisis de su correspondencia en el caso concreto con ciertos principios, con independencia de su reconocimiento explícito o implícito en la norma legal correspondiente. Una conclusión negativa lleva a la inaplicación de las prescripciones de la ley mediante diversos mecanismos interpretativos[10]. Esta vinculación del juez a los principios y no a la ley se ve además potenciada por la reciente evolución de la teoría de la argumentación jurídica, pensada desde luego para la aplicación del derecho y no para su creación, y que, localizando la racionalidad jurídica en la jurisdicción, reserva para la legislación poco más que la legitimación derivada de la autoridad[11].

Tampoco se ha de olvidar el aparentemente inamovible *rol asumido por los juristas* desde el surgimiento, en el marco del estado de derecho, del positivismo jurídico, momento en el que, a la búsqueda de una ilusoria neutralidad política y un pretendido incremento de la racionalidad, deciden limitar su estudio y aportaciones conceptuales a la aplicación del derecho. Se da por hecho, en consecuencia, que la creación del derecho es cosa de políticos, que no precisa de grandes elaboraciones conceptuales, en todo caso a desarrollar por filósofos del derecho, y que el jurista todo lo más debe aportar ocasionalmente cierta colaboración técnicojurídica. Las sucesivas transformaciones del estado de derecho no parecen haber modificado significativamente tal actitud[12].

---

[10] Cuando no simplemente mediante su consciente ignorancia. En el ámbito penal, un buen ejemplo español es el tiempo que se tomó nuestro Tribunal supremo, en los años 80, antes de empezar a aplicar la modificación legal que se había producido de las reglas del error de prohibición en la reforma de 1983. Véase también sobre esa *desobediencia* a la ley, con ulteriores referencias, *Cuerda Riezu.* 81. Un ilustrativo ejemplo estadounidense, relativo a una administración de justicia aplicada en sus diferentes niveles a minimizar los desmesurados efectos punitivos de una ley surgida por iniciativa popular, se contiene en *Zimring-Hawkins-Kamin.* 125-133, 145-146, 218-220.

Es interesante igualmente constatar, entre otros fenómenos, la ambivalente utilización de la interpretación subjetiva, basada en la voluntad del legislador, que hacen los tribunales: Si bien formalmente se encuentra desacreditada como criterio de interpretación significativo, salta inopinadamente al primer plano cuando la argumentación judicial precisa apoyarse en ella para sacar determinadas conclusiones, para lo que no duda incluso en apoyarse en materiales prelegislativos. Véase al respecto *Cuerda Riezu.* 77-97.

[11] Véanse *Prieto Sanchís.* 32-44, 52-66; *Hierro.* 296, 299-304; *Ferrajoli*. 914-922. Desde una perspectiva autopoiética, *Luhmann.* 235-238.

[12] Véanse *Calsamiglia.* 162-167; *Cuerda Riezu.* 77; *Marcilla Córdoba.* 98-100; *Zapatero Gómez.* 769-770.

Si a continuación nos preguntamos por la correspondencia de la evolución señalada en la *ley penal*, el cuadro que se nos muestra es uno matizado, que permite asumir en lo sustancial lo ya apuntado, pero con importantes precisiones.

En lo concerniente a la transformación histórica producida en el estado de derecho, no puede olvidarse que el derecho penal se ha mantenido durante los dos últimos siglos firmemente anclado en postulados básicos del estado de derecho liberal originario: Especialmente destacable es la persistencia de una profunda desconfianza hacia el uso por los poderes públicos de un instrumento jurídico tan poderoso como el derecho criminal, que sienta las bases para el mantenimiento de un conjunto de principios garantistas que permean toda la exigencia de responsabilidad penal, y que son objeto de periódicos intentos de desestabilización; a ello hay que añadir la continua pretensión desde la codificación novecentista, confirmada tras la superación en el siglo XX de los momentos más duros del positivismo jurídico, de identificar y clasificar de una manera racional los bienes básicos para asegurar la convivencia social y que habrán de ser justamente por eso objeto de protección jurídico-penal. El positivismo jurídico no socava, salvo periodos transitorios, la racionalidad de un derecho penal que sigue estando sustancialmente contenido en los códigos, por más que la asedia mediante un notable incremento de leyes especiales. Tampoco el estado de derecho social, que es además testigo del desarrollo de la teoría del bien jurídico como barrera frente a los abusos de un eventual renacimiento del positivismo voluntarista, cuestiona el status de una legislación penal que no se ve como factor de transformación social. Distinto es el caso del estado de derecho constitucional: Aunque ciertamente los preceptos constitucionales que tienen que ver con los principios de exigencia de responsabilidad y de legitimidad de la sanción se conforman con reforzar jerárquicamente contenidos normativos ya asentados en el derecho penal[13], surgen fuertes tendencias a limitar los objetos de tutela del código a aquellos cuya valía tenga un explícito o implícito reconocimiento constitucional, así como a someterlos a ponderación con principios y valores constitucionales, todo lo cual tiene inmediatas repercusiones en el proceder legislativo y en la interpretación legal[14]. A su vez, las exigencias de la sociedad del riesgo obligan a la ley penal a prestar atención a nuevos objetos de tutela colectivos, lo que fomenta sin duda una legislación mucho más imprecisa, con abundancia de tipos de peligro y frecuente uso de la técnica de la ley penal en blanco[15].

---

[13] Incluso se podría criticar a la constitución española el grado insuficiente en que lo hace.

[14] Por lo demás, no faltan intentos de refundar el derecho penal desde la constitución. Véase, entre los más destacados, *Mir Puig.*passim.

[15] Véanse, entre otros, *Silva Sánchez.* (1999). 97-100.

Por lo que se refiere a las transformaciones en las fuentes de creación del derecho, los efectos sobre la legislación penal son claramente menores que en otros sectores del ordenamiento jurídico: En este sentido resultan decisivos el respeto de las competencias penales nacionales por la legislación comunitaria, la competencia exclusiva del estado en materia penal en el nivel nacional y la indiscutida vigencia del principio de legalidad penal, reforzado por su apoyo constitucional y por una práctica parlamentaria que decide emplear la ley orgánica para legislar penalmente. No se puede olvidar, sin embargo, que no cesan de llegar instrumentos comunitarios de rango medio que obligan al legislador a acomodar el código penal a ciertas decisiones de órganos no legislativos de la Unión[16] y que la legislación autonómica repercute indirectamente en los contenidos penales dada la frecuencia con que la técnica de la ley penal en blanco termina remitiendo a normas autonómicas[17].

En cuanto al protagonismo de la jurisdicción frente a la legislación, se ha de reseñar ante todo que el tribunal constitucional se ha decidido, tras un buen tiempo de vacilaciones, a cuestionar la validez de ciertas decisiones legislativas penales con apoyo en algunos principios constitucionales, singularmente el de proporcionalidad[18]. Asimismo, la jurisdicción ordinaria hace ya tiempo que ha asumido un papel garantizador de la vigencia de ciertos principios de naturaleza garantista, lo que realiza por lo general mediante interpretaciones teleológicas que le llevan con frecuencia más allá de su función aplicadora del derecho[19]. A este respecto la jurisdicción penal dispone de una teoría de la argumentación, nucleada en torno a la teoría jurídica del delito, cuya profundidad y refinamiento le han dado una influencia tal que no resulta exagerado afirmar que la mayoría de las modificaciones legislativas relativas a los criterios de exigencia de responsabilidad penal han sido aplicadas previamente, por lo demás con escaso apoyo legal, en la jurisdicción[20].

Tampoco faltan grandes procesos en los que es finalmente la jurisdicción la que marca la pauta entre diferentes opciones técnico-científicas El caso más llamativo sería el de la sentencia del aceite de colza. Véase STS. 23-4-92.

16 Uno de los ejemplos más significativos es la reforma del código penal por LO. 11/99, como se reconoce en la exposición de motivos de la ley.

17 Véase el estado de la cuestión en *Cerezo Mir.*157.

18 Compárese su primera actitud, en Ss. del TC 65/86 FJ3, 19/88 FJ8, 150/91 FJ4b, 24/93 FJ5 , con las recientes Ss.TC 55/96 FFJJ 6 a 9, 161/97 FFJJ 8 a 11, 136/99 FFJJ 20 a 23, 27 a 30. Véase un sugestivo análisis de la jurisprudencia constitucional italiana, que muestra tendencias similares, en *Palazzo.* 721-727.

19 Véase un análisis de esa evolución en *Silva Sánchez.* (1999). 314-323. Véase también supra nota 10.

20 Piénsese en el delito continuado, los delitos de comisión por omisión, la consideración del error de prohibición... etc. Véanse al respecto mis afirmaciones en *Díez Ripollés.* (1997). 15.

El confinamiento de los penalistas en la aplicación del derecho tiene explicaciones adicionales a las que ya hemos visto para los estudiosos del derecho en general. En primer lugar, la conocida separación de v. Liszt entre dogmática y política criminal llevó, sin que eso fuera la pretensión de su formulador, a un descuido generalizado de la segunda, objeto fácil de todo tipo de críticas sobre su acientificismo; la medida en que tal evolución se ha asentado la dan propuestas como la de Roxin que, tiempo más tarde, sólo se ve en condiciones de proponer aportaciones o directivas políticocriminales *dentro* de la propia teoría jurídica del delito, constituida en la materia por antonomasia de reflexión jurídicopenal[21]. En segundo lugar, la enorme potencia adquirida por la teoría jurídica del delito, cuyos ricos matices dan todo su juego en la aplicación del derecho, ejerce un efecto secante sobre cualesquiera esfuerzos tendentes a dotar de específicos contenidos de racionalidad a la creación del derecho. Por último, la habitual fundamentación del derecho penal a partir de los fines de la pena es un buen reflejo de un discurso legitimador de raíz, ahora sí, positivista centrado en la aplicación del derecho: Que la pena sea el centro de la argumentación presupone que la realidad jurídiconormativa del derecho penal ya existe, y que hay que justificar la aflicción que causa, a cuyos efectos surgen los principios limitadores de los objetos de tutela del derecho penal y los principios de la responsabilidad garantistas; un intento de legitimación que partiera de un derecho por crear empezaría justo al revés, identificando al derecho penal con la tutela de bienes jurídicos de la suficiente importancia como para que a continuación nos preguntáramos hasta dónde podemos llegar en su salvaguarda.

Sin embargo, esta evolución coincidente en cierta medida con otros sectores del ordenamiento jurídico no puede ocultar que la ley sigue gozando de una excelente salud en el derecho criminal. Una de las pruebas más visibles es el progresivo uso de la legislación simbólica, instrumento que recupera a la ley penal para labores de transformación o manipulación sociales, aunque sea a costa de ignorar principios básicos del derecho penal[22]. Otra son las reacciones antijudicializadoras y prolegisladoras que se han producido en ordenamientos jurídicos que fueron demasiado lejos en el protagonismo otorgado a la jurisdicción, como es el caso de Estados Unidos[23].

---

[21] Véase *Roxin.* Passim. Un ilustrativo análisis de postura de v. Liszt y de la evolución a que dio lugar, se encuentra en *García Pérez.* 304-312, 355-356; cfr. también *Cuerda Riezu.* 77.

[22] Véase al respecto *Díez Ripollés.* (2001). passim.

[23] En efecto, una aplicación y ejecución del derecho penal sentida por la opinión pública como excesivamente garantista para el delincuente condujo inicialmente a una notable restricción del arbitrio judicial y penitenciario mediante la reducción de la discrecionalidad judicial en la fijación de la pena concreta y de la discrecionalidad en las decisiones administrativas de sometimiento a prueba, más adelante dio lugar a las comisiones de imposición de penas, que

2. Las racionalidades legislativa y judicial

En el trasfondo de todo lo hasta ahora visto hay una cuestión que no se puede aplazar más, y es la de si la legislación está en condiciones de alcanzar un nivel de racionalidad equiparable a la de la jurisdicción.

Tanto dentro de la sociología como de la filosofía del derecho, e incluso del derecho penal, existen voces que por diferentes vías destacan la imposibilidad de la legislación de alcanzar cotas de racionalidad en alguna medida equiparables a las de la jurisdicción.

Para la teoría sistémica autopoiética de Luhmann legislación y jurisdicción se encuentran insertas en una relación simétrica, sin rangos[24], en la que la jurisdicción ocupa el centro del sistema jurídico y la legislación[25] la periferia. La jurisdicción adquiere ese lugar central porque se le asigna la tarea de lograr en todo momento la consistencia, la coherencia, del sistema jurídico. Esa tarea encuentra su explícita expresión en el principio de prohibición de denegación de justicia, que obliga a los tribunales a decidir todo caso que se les plantee jurídicamente, con independencia de que exista una legislación aplicable. Esta ineludible obligación de decidir, aunque sea a costa de proceder a simplificaciones, es la que permite a la jurisdicción alcanzar su independencia política en el marco de la división de poderes, dota de contenido a la argumentación jurídica, y es su aportación al cierre operativo del sistema jurídico sobre sí mismo. Por su parte, la legislación se mueve en la periferia del sistema jurídico, en contacto con otros sistemas, singularmente el político, cuyas irritaciones recibe pero a las que no está obligada a responder, de modo que unas veces las atiende, procediendo a modificaciones jurídicas, y otras no. Es justamente esta ausencia de la obligación de decidir lo que le permite realizar su aportación al cierre operativo del sistema jurídico, en cuanto que lo hace autónomo frente a los otros sistemas de la sociedad. Por otro lado, la legislación es el lugar donde se transforma la política en derecho, satisfaciendo así otra importante misión, la de lograr el equilibrio temporal en el sistema social, un equilibrio que está ligado a la posibilidad del sistema político de activar la legislación cuando se

---

establecen de manera general escalas de pena en función de la concurrencia en los delitos de ciertas circunstancias, y en último término ha propiciado iniciativas legislativas, algunas populistas, que han eliminado o limitado drásticamente los marcos penales de los que los jueces pueden disponer. Véase *Zimring-Hawkins-Kamin.* 24-27, 110-117, 173-176, 182-187, 194-201, 209-215, 217-218, 231-232, con un análisis teórico sobre el reparto de funciones entre legislativo y judicial ; *Larrauri Pijoan.* (1998).13-15.

[24] Frente a la relación jerárquica que fue habitual durante mucho tiempo, en la que la jurisdicción se limitaba a aplicar deductivamente la ley.

[25] Junto con la actividad contractual privada, que ahora vamos a dejar fuera de consideración.

ve irritado por otros sistemas. Ni una ni otra tarea legislativa pasan por el aseguramiento de la consistencia del sistema jurídico, muy al contrario, en ellas prima la variedad, la contingencia[26]: Por una parte, las leyes pretenden ser ambiguas, con cláusulas indeterminadas o de ponderación, para permitir a los tribunales llegar a soluciones casuistas adecuadas, por otra, la legislación está especialmente dispuesta a atender las irritaciones del sistema político, pues corre pocos riesgos, ya que las leyes se orientan siempre sobre consecuencias presumidas, en buena medida desconocidas, sin olvidar que la mera aprobación de la ley ya tiene en sí efectos políticos[27]. En consecuencia, señala Luhmann, en la medida en que el mantenimiento de la consistencia es una tarea de la jurisdicción[28] sólo en ella puede buscarse la racionalidad jurídica; así se explica por qué los repetidos intentos de los juristas por alojar la racionalidad del derecho en la actividad legislativa, construyendo una ciencia de la legislación, siempre han fracasado[29].

Prieto Sanchís ha sostenido que la consolidación del estado de derecho constitucional ha convertido a la jurisdicción y su racionalidad en la protagonista del devenir jurídico. La existencia de constituciones ricas en principios a respetar ha originado, por un lado, que la legislación deba aproximar su operar al propio de la jurisdicción: La tradicional racionalidad legislati-

---

[26] La mejor prueba de que la legislación se opone al decidir consistente reside en que toda modificación jurídica contradice el principio de igualdad en la medida en que trata casos iguales de modo distinto según se produzcan antes o después de la entrada en vigor de la ley.

[27] Luhmann destaca el incremento de frecuencia de las modificaciones legales, lo que él denomina la *temporalización de la validez de las normas*, debido a la especial sensibilidad cognitiva, es decir, irritabilidad frente a otros sistemas, de las leyes en la sociedad contemporánea.

[28] Con todo, estima que la jurisdicción dispone de una fórmula de contingencia, de variedad, que le permite también a ella realizar modificaciones jurídicas. Esta formula es la de la *justicia,* que pretende asegurar el trato igual de los casos iguales y el desigual de los desiguales. Es, sin duda, la vía por la que en la concepción de Luhmann se destaca la idea del actuar judicial ligado a principios y no a la ley.

[29] Véase Luhmann. 229-233, 235-238, 277-280, 299-305, 310-328, 426-429, 557-561, 563-564.

La exposición realizada de las opiniones luhmannianas recoge las últimas conclusiones a las que llegó sobre este tema tras el giro autopoiético de la teoría sistémica. Sus concepciones anteriores mantenían igualmente la atribución de la contingencia a la legislación y la consistencia a la jurisdicción y apuntaban ya a esa relación simétrica y no jerárquica entre ambas, sin embargo mantenía una neta distinción entre programas finales propios de la legislación, y condicionales propios de la jurisdicción, que desapareció en sus últimos escritos a favor de la exclusiva presencia de los segundos –véase *Luhmann*. 195-204-, destacaba el enfoque cognitivo y proclive al aprendizaje de la legislación, ahora no desaparecido pero muy limitado debido al cierre autopoiético del sistema jurídico, y defendía la racionalidad del conjunto del sistema así como la interdependencia entre la racionalidad jurisdiccional y la legislativa. Véase un magnífico resumen de su postura sobre el tema que nos ocupa hasta 1990, en *Giménez Alcover.* 227, 242-242, 247, 256-257, 267-269, 274-280, 285, 324.

va orientada a fines debe ceder frente a una racionalidad sistemática, atenta a verificar la acomodación de la ley a principios superiores. Por otro lado, esos principios exigen su ponderación en cada caso, algo que la ley con sus previsiones generales no está en condiciones de realizar, a diferencia de la jurisdicción. En ese contexto, frente a los esfuerzos por rehabilitar a la ley como núcleo de la actividad jurídica, lo que procede es acomodarla a la nueva distribución de competencias que postula el estado de derecho constitucional, en la que su racionalidad queda en un segundo plano[30].

Para Ferrajoli, mientras la legislación está sometida a todo tipo de intereses y a criterios representativos, la jurisdicción se configura como una actividad cognoscitiva, encaminada a la búsqueda de la verdad procesal. En ese dato encuentra la jurisdicción su legitimación dentro de la división de poderes, y mediante ese proceder está en condiciones de garantizar las libertades de los ciudadanos en el caso concreto, sustrayéndolos a las decisiones de las mayorías. Esa primacía de la racionalidad jurisdiccional frente a la legislativa se ve atemperada de dos modos: Por un lado, por el dato cierto de que la búsqueda de la verdad encuentra límites en la práctica judicial, que deben ser rellenados por la discrecionalidad, lo que hace que la legitimación del poder judicial sea siempre parcial e incompleta. Por otro lado, porque la jurisdicción, por mucho que las actuales constituciones permitan buscar la garantía de los derechos fundamentales más allá de la letra de la ley, no puede prescindir de la legitimidad formal derivada de la vinculación del juez a la ley; ello hace que precise de unas leyes mínimamente racionales, y de una ciencia de la legislación que se ocupe de asegurar tal cosa[31].

Distinto es el enfoque ilustrado de Habermas, quien fundamenta la legitimidad de las normas jurídicas en la racionalidad del proceso legislativo que ha llevado a su creación, proceso que configura un discurso político-jurídico en el que están presentes contenidos muy diversos: Morales, ético-sociales, compromisos entre intereses y aspectos pragmáticos[32]. En todo caso, cualquier discurso jurídico, de creación o de aplicación del derecho, está condicionado por las exigencias comunicacionales del sistema jurídico, que pretenden compensar el hecho de la imposibilidad de acceder a un discurso racional pleno. En este contexto, hay que reconocer que los discursos aplicadores del derecho, al ocuparse de casos concretos, pueden presumir de

---

[30] Véase *Prieto Sanchís.* 31-45, 61-66.

[31] Véase *Ferrajoli.* 553-559, 591-594, 960-963. Una visión pesimista sobre la capacidad de la legislación para garantizar los principios garantistas penales se aprecia también en *Silva Sánchez.* 309, 312-315, 323.

[32] El contenido de la racionalidad legislativa se verá en otro lugar infra.

una mayor racionalidad que los discursos creadores del derecho. Sin embargo, los discursos aplicadores no pueden sustituir a los creadores del derecho, que son los encargados de fundamentar las normas, hasta el punto de que los tribunales se han de limitar a redescubrir las razones con las que el legislador ha legitimado sus decisiones –sin duda con la pretensión de lograr una decisión coherente con todo el ordenamiento en el caso aislado–, pero sin que puedan disponer de aquellas. Cuando no se pueda evitar que la jurisdicción decida en las zonas grises entre la aplicación y la creación del derecho, las razones propias de la aplicación deberán complementarse con las inherentes a la creación y, de todos modos, se precisará de una legitimidad adicional vinculada a la concordancia de la decisión con la opinión pública jurídica[33].

Tampoco un importante sector de la filosofía del derecho española está dispuesto a dejar el campo libre a la racionalidad jurisdiccional. Para Atienza la racionalidad judicial es inalcanzable sin una previa racionalidad legislativa, y tampoco tiene sentido hablar de argumentación jurídica si ella no contiene dentro de sí la argumentación que se desarrolla en la elaboración del derecho. Por lo demás, la racionalidad en ambos momentos operativos del derecho ha de responder a exigencias similares, sin que ello suponga desconocer las diferencias existentes. Se ha de tratar, en cualquier caso, de una racionalidad fuerte, que no se limite a la coherencia lógico-formal sino que se ocupe también de los fines a obtener y de principios morales[34].

Por mi parte, considero que la preferencia otorgada a la racionalidad jurisdiccional frente a la legislativa no está justificada.

En primer lugar, porque se basa en una caracterización inexacta de la actividad legislativa: La crítica funcionalista autopoiética de que carece de consistencia, así como de que no es más que una actividad simbólica al servicio del sistema político, ignora a mi juicio sus propios presupuestos metodológicos, ya que el mismo cierre autopoiético del sistema jurídico obliga a éste a asegurar que la legislación satisfaga sus exigencias intrasistémicas de coherencia, no siendo posible que la legislación, por mucho que se

---

[33] Concepto que estima más amplio que la cultura de los expertos jurídicos, y a la que estima capaz de someter a discusión pública las decisiones judiciales.

También estima Habermas que las crecientes funciones directivas de la administración le llevan en ocasiones a realizar discursos fundamentadores o aplicadores del derecho, además de los suyos propios meramente ejecutores, y en tales casos su legitimación precisa, además de los controles parlamentarios y judiciales, los derivados de la intervención directa o representada de los afectados. Véase sobre todo lo anterior *Habermas.* 285-291, 317-324, 340-348, 528-533.

[34] Véase *Atienza.* 60-61, 74-91, 95-100. En un sentido semejante, *Marcilla Córdoba.* 100-106, con ulteriores referencias doctrinales. Véanse también, entre otros, *Hierro.* 295, 306-307; *Zapatero Gómez.* 777-783; *Calsamiglia.* 169-178; *Cuerda Riezu.* 80-81.

encuentre en la periferia del sistema jurídico, se limite a reflejar las irritaciones del sistema político localizado en su ambiente. Las afirmaciones que destacan las dificultades de la legislación para acceder a una racionalidad sistemática pasan por alto que la obtención de un ordenamiento jurídico libre de contradicciones es siempre una meta de todo proceder legislativo[35], que se sustancia a través de técnicas tan acreditadas como la jerarquía de las fuentes legales, las remisiones o las cláusulas derogatorias y supletorias. En cuanto a sus problemas para realizar ponderaciones entre principios, no se alcanza a ver por qué la legislación no puede proceder a tales ponderaciones en el plano general que le es propio[36], con soluciones que podrán ser aplicadas sin problemas por la jurisdicción en la mayor parte de los casos. Por lo demás, sólo desde un rechazo a la *principialización* de la actividad jurisdiccional se puede hacer a la legislación el reproche de que su orientación a fines y a las consecuencias, dada la imprevisibilidad de su producción[37], le imposibilita un tratamiento racional de la realidad; la consideración de las consecuencias de su decisión es justamente una de las características fundamentales de una jurisdicción que busca su racionalidad con desapego de la ley.

En segundo lugar, porque una racionalidad jurídica centrada en una jurisdicción intérprete de la constitución da lugar a un modelo indebidamente estático de estado de derecho: Ante todo, porque origina una continua presión para incrementar la atribución de contenidos normativos a una decisión general constituyente localizada en el pasado, con la consecuente relativización de decisiones generales contemporáneas, en mejores condiciones para acomodarse a las actuales necesidades sociales. Por lo demás, la capacidad de adaptación de una jurisdicción con un ámbito interpretativo constitucionalmente expandido no puede contrarrestar la evidencia de la mayor fuerza socialmente transformadora de la legislación, aun sometida a una constitución materialmente enriquecida. En realidad, detrás de esa proyección a primer plano de la jurisdicción late una idea equivocada, la de que la relación entre jurisdicción y legislación es una de suma cero, de modo que todo lo que se otorgue a la jurisdicción va en detrimento de la legislación y viceversa; una constitución normativa, sin embargo, lo que plantea es una elevación del nivel de racionalidad tanto legislativa como jurisdiccional, para satisfacer así las pretensiones teleológicas, éticas y morales de la

---

[35] Véase también *Atienza.* 60-61.

[36] Por lo demás, convendría no olvidar que, salvando las debidas distancias, la actividad legislativa está acostumbrada a desenvolverse en un marco de compromisos entre intereses diversos, en donde se procura, como en la ponderación de principios, garantizar en lo posible una coexistencia de los diversos contenidos..

[37] No por casualidad, ésa es una de las críticas fundamentales de Luhmann a la actividad de los tribunales constitucionales. Véase infra.

norma fundamental. Tampoco puede dejarse de mencionar que tal dinámica minusvalora uno de los fundamentos de todo estado de derecho, su estructuración en torno a la ley como expresión de la voluntad general democráticamente expresada[38], imperio de la ley que se ve socavado por la aparentemente mayor trascendencia de decisiones particulares. Que eso es algo contraintuitivo se percibe fácilmente si apreciamos el reiterado uso de la técnica legislativa en nuestra sociedad, que sería superficialmente desacreditada si dijéramos que es mayoritariamente inconsistente y simbólica.

En tercer lugar, el mantenimiento de un principio que nadie cuestiona frontalmente, la vinculación del juez a la ley, hace que la racionalidad jurisdiccional tenga como presupuesto un nivel apreciable de racionalidad legislativa. De hecho, en el improbable caso de que los tribunales prescindieran de la legislación ordinaria y operaran sólo a tenor de la constitución, precisarían que ésta fuera una norma con un significativo nivel de racionalidad... legislativa. En efecto, hay un importante sustrato de racionalidad común a legislación y jurisdicción, que es el que permite su interrelación, por más que el énfasis en unos contenidos u otros pueda ser bastante diferente[39].

Las peculiaridades del ordenamiento penal abogan igualmente por el debido aprecio de la racionalidad legislativa. Al menor desgaste que la idea del imperio de la ley ha sufrido en este sector jurídico[40] habría que agregar que, pese a todos los problemas, persiste una aspiración de racionalidad global de los contenidos legislativos penales, que se refleja formalmente en el mantenimiento de un único cuerpo legal casi omnicomprensivo, el código, y materialmente en la pretensión de lograr un catálogo de bienes jurídicos protegidos coherente, y de mantener un único sistema de responsabilidad penal y de sanciones, por más que no falten propuestas, hasta ahora inatendidas, para alterar esa situación[41].

Ahora bien, pienso que sólo la instrumentación de un adecuado control de la racionalidad legislativa permitirá el aseguramiento de ésta frente a las tendencias siempre presentes de irracionalismo voluntarista. A tales efectos se ha de asumir que el punto de referencia de ese control es un conjunto normativo cualificado, la constitución y el bloque de constitucionalidad, y

---

38 Véase asimismo *Hierro.*287-291, 304-307.

39 En cualquier caso, hablar de una racionalidad cognoscitiva en la jurisdicción, como hace Ferrajoli, es una pretensión en exceso ambiciosa

40 Véase supra apartado 1.

41 Piénsese en especial en las propuestas para crear un derecho penal de intervención, o uno más cercano al derecho administrativo, que no deberían de respetar del mismo modo las exigencias de lesividad y responsabilidad habituales. Véase, entre nosotros, *Silva Sánchez.* (1999). 115-127, y una buena referencia crítica a esas tendencias en *Martinez-Buján*. passim; *Schünemann*. 15-36.

el órgano de control uno jurisdiccional, el tribunal constitucional. Pero esto nos introduce en otro tema problemático.

3. La legitimación del control de constitucionalidad de las leyes

No es éste desde luego el lugar adecuado para ocuparse a fondo de este trascendente tema, ni tampoco estoy seguro de estar en condiciones de hacerlo, pero creo que puede resultar ilustrativo, de cara al ulterior análisis del contenido de la racionalidad de la ley penal, valorar ciertas opiniones autorizadas de la sociología del derecho y la filosofía jurídicopenal.

En efecto, pese a la diferente actitud ante la legislación y su racionalidad que mantienen, tanto Habermas como Luhmann se muestran muy cautos respecto al papel que les corresponde a los tribunales constitucionales en el control de las leyes.

Para el primero, la atribución de tal competencia origina dos riesgos de especial entidad: Por un lado, pone en peligro la división de poderes, en cuanto que tales tribunales, bajo las condiciones de un estado de derecho social, no pueden limitarse a considerar programas sólo condicionales, sino que se ven obligados a ocuparse de programas finales, de directivas políticas orientadas al futuro, asumiendo así competencias legislativas para las que carecen de legitimidad democrática[42]. Por otro, suelen transformar las constituciones en un orden de valores en lugar de considerarlas como un sistema de reglas estructuradas de acuerdo a principios, lo que les lleva a convertirse en una instancia autoritaria que ya no se ocupa de identificar normas obligatorias sino que asume la tarea de optimizar todos los valores, sin contradecir ninguno[43]. Su existencia sólo puede justificarse si ese control de las leyes se concibe como un *autocontrol del* legislador *delegado en* el tribunal[44], lo que exigiría una designación parlamentaria de los magistrados, la declarada adopción de una perspectiva de análisis propia de un legislador, y la renuncia del tribunal a considerarse poseedor de una racionalidad superior a la de aquél. A su vez, el control de constitucionalidad debería limitarse estrictamente a asegurar que se respetan los presupuestos comunicacionales y los condicionamientos procedimentales del proceder legislativo, tanto en el ámbito parlamentario como en el de la opinión pública, sin que

---

[42] Habermas considera que también bajo el paradigma del estado de derecho *liberal* se altera la división de poderes, en la medida que tales tribunales se ven obligados a acudir a legitimaciones externas.

[43] Critica Habermas también que el punto de partida de la argumentación jurídicoconstitucional sean unos preceptos tan abstractos y cargados ideológicamente como los derechos fundamentales, en lugar de normas aisladas y concretas.

[44] Aun cuando Habermas se lamenta de que no se haya valorado con el suficiente detenimiento la alternativa de crear una segunda instancia legislativa.

pueda aportar valores, y limitando las aportaciones de principios a aquellos inherentes al procedimiento democrático[45].

Para el segundo, los tribunales constitucionales se configuran como elementos esenciales del acoplamiento estructural que, a través de las constituciones modernas, se lleva a cabo entre el sistema político y el jurídico. Su legitimidad como controladores de la constitucionalidad de las leyes se basa en que sean capaces de mantener ese acoplamiento sin desdibujar los límites entre ambos sistemas; eso implica que no deben salir del ámbito de los programas condicionales, de forma que cuando el control de constitucionalidad les lleve a considerar programas finales, éstos sólo han de verse desde la perspectiva de cuáles sean las *condiciones* que deben darse para que tal programa final pueda aplicarse, debiendo dejar fuera de consideración toda reflexión sobre su oportunidad, coste, proporcionalidad, utilidad...etc[46]. Sólo de este modo su decisión sobre la constitucionalidad o no de la ley se podrá ver como una decisión jurídica. Sin embargo, es habitual que los tribunales constitucionales se impliquen en el desarrollo de directrices políticas, viéndose a sí mismos como agentes controladores de la ponderación de valores, con intervenciones arbitrarias vinculadas a valoraciones sociales consideradas plausibles. Eso hacer saltar por los aires la delimitación entre los sistemas jurídico y político[47].

Actitud muy distinta se deduce de la concepción por Ferrajoli del Estado de derecho constitucional como aquél que ha incorporado en su ordenamiento como criterios de legitimación interna gran parte de las habituales fuentes de legitimación externa. Ello se logra mediante la integración en el sistema de criterios de legitimidad jurídica sustancial (*validez*) junto a los ya conocidos criterios de legitimidad jurídica formal (*vigencia*), y una estructuración jerárquica, con la constitución en la cúspide, de los diferentes niveles normativos y decisionales, en virtud de la cual cada nivel debe respetar los criterios de validez y vigencia suministrados por el nivel superior y asegurar a su vez la *efectividad* de sus prescripciones o decisiones en el nivel inferior. A partir de ese entrelazamiento puede caracterizar al Estado de derecho moderno como aquel ordenamiento cuya legitimación externa

---

[45] Véase *Habermas.* 294-348, 528-533.

[46] Como es sabido, un programa condicional se distingue de un programa final en que en el primero se fijan las condiciones necesarias para producir ciertos efectos, de manera que si se dan aquellas deben producirse éstos, mientras que en el segundo se identifican los efectos que se quieren producir y se acepta una relativamente amplia e imprecisa variedad de acciones mediante las que se puedan lograr aquellos. Así, los primeros se estructuran en torno a las condiciones, y los segundos en torno a las metas. Véase una síntesis de la concepción de Luhmann al respecto en *Giménez Alcover.* 218-219.

[47] Véase *Luhmann.* 229-233, 468-481, 557-561.

reside en que es posible la legitimación interna del poder. De tal entendimiento es fácil colegir[48] unos tribunales constitucionales legitimados para controlar plenamente unas leyes ordinarias cuyos contenidos están ya predeterminados por unas constituciones normativas que han asumido ávidamente criterios de legitimación externa, entre ellos, programas políticos de acción[49].

A mi entender, planteamientos como el de Ferrajoli cuestionan la división de poderes, en detrimento del legislativo. En efecto, dejan sin margen real de actuación al legislador y le privan de este modo de su función mediadora entre política y derecho, función que no le convierte, como pudiera superficialmente pensarse, en un mero agente del sistema político, contrapuesto a una jurisdicción que reflejaría los contenidos del sistema jurídico. Muy al contrario, el legislativo opera dentro del sistema jurídico, pero abierto a unos criterios de legitimación externa que un estado de derecho como el que propone Ferrajoli habría fosilizado para siempre en la constitución. Es cierto, sin embargo, que un control de constitucionalidad de las leyes resulta imprescindible para poner coto a un legislador arbitrario. Este cerco difícilmente se podrá erigir dentro de su propio ámbito de competencias, por ejemplo, mediante la creación de una segunda instancia legislativa, del mismo modo que el último control de la arbitrariedad de la jurisdicción no es el tribunal supremo sino una modificación legislativa[50].

Pero el freno a la arbitrariedad legislativa no se logra sin más desplazando tal riesgo a los tribunales constitucionales, los cuales manejan un material normativo, la constitución, especialmente proclive a favorecer decisiones sobrepasadoras de la división de poderes[51]. Es preciso asegurar un metacontrol de los citados tribunales mediante una estricta delimitación de sus competencias de control legislativo. A este respecto, la propuesta de Habermas de constreñir tal control a la comprobación de que se respetan las exigencias comunicacionales y procedimentales de un proceder legislativo deliberativo apunta en la dirección correcta. Se podría formular también, siguiendo a Hierro, en el sentido de que mientras el legislador debe partir de

---

[48] Al margen de la, ya aludida supra, vinculación laxa de los jueces a la ley ordinaria, atentos en todo momento a las normas constitucionales.

[49] Véase *Ferrajoli.* 347-362, 898-907, 912-922. La conclusión final del texto es mía, sin que Ferrajoli la formule explícitamente.

[50] Alude a esta alternativa en manos del legislador *Cuerda Riezu.* 82-83.

[51] No se puede negar, sin embargo, que la mera existencia de un control de constitucionalidad de las leyes mediante tribunales constitucionales aporta de forma inmediata ciertas ventajas. Entre ellas, la que deriva de que es sustancialmente preferible una declaración de inconstitucionalidad de una ley que un continuo e impredecible goteo de forzadas interpretaciones legales conformes con la constitución, procedentes de la jurisdicción ordinaria.

una concepción fuerte de la ley, que recoja con la mayor fidelidad posible la voluntad general, el tribunal encargado de su control se ha de conformar con una concepción débil, que simplemente aspire a verificar que los presupuestos para su formulación se han cumplido[52].

Ahora bien, esos presupuestos no se limitan al respeto de las consabidas formalidades competenciales y secuenciales previstas en la constitución y en las actuales leyes del bloque de constitucionalidad. La comprobación de que en su elaboración se ha producido una adecuada participación ciudadana y de que se han averiguado cuáles sean las opiniones sociales[53] sienta las bases de la racionalidad ética[54]; la verificación de que se han realizado los correspondientes estudios previos sobre la realidad social a incidir, los objetivos a perseguir, los medios de que se dispone y las posibles consecuencias de la decisión legislativa debiera asegurar un grado aceptable de racionalidad teleológica y pragmática; la coherencia con el resto del ordenamiento jurídico promoverá una racionalidad lógico-formal... En suma, la concurrencia de tales presupuestos hará que la ley supere el control de constitucionalidad por respetar un limitado nivel de racionalidad, sin que en ningún momento eso prejuzgue el contenido de la decisión legal finalmente adoptada ni su racionalidad socialmente exigible[55].

Sin embargo, resultaría temerario dejar en manos de las posibilidades interpretativas que ofrecen los preceptos constitucionales la plena explicitación de las exigencias comunicacionales y procedimentales a controlar por el tribunal constitucional. Dada la vaguedad de la mayoría de las normas constitucionales a las que habría que acudir, se reeditaría el peligro de arbitrariedad de la jurisdicción constitucional. Lo pertinente es reformular, dentro del bloque de constitucionalidad, las normas que regulan el procedimiento de elaboración de leyes, de modo que, sin perder sus referencias constitucionales, se dé lugar a un notable enriquecimiento de sus exigencias.

En cualquier caso, la limitación de toda esa normativa a los requisitos de lo que hemos llamado una concepción débil de la ley originará que el legislador siga teniendo bajo su responsabilidad, como no puede ser de otra manera, el contenido sustancial de la actividad legislativa y que en este sentido, más allá del respeto que debe a la constitución, sólo esté sometido al

---

[52] Véase *Hierro.* 288-291, 304-307.

[53] Sobre la ineludible atención a los contenidos de la opinión pública y la sociedad civil, véase *Habermas*. supra

[54] Sobre las diferentes tipos de racionalidad, véase *Atienza*. infra.

[55] Si utilizáramos la terminología funcionalista, se trataría de que el tribunal constitucional no se saliera del ámbito de los programas condicionales, de que realizara lo que Luhmann denomina en su abstracto lenguaje una *recondicionalización* de los programas finales del legislador. Véase *Luhmann*. supra.

control electoral derivado del funcionamiento democrático de la sociedad. Podríamos decir, volviendo a utilizar un símil jurisdiccional, que el control constitucional a lo único que aspira es a que motive bien sus leyes.

Una ciencia de la legislación, de todos modos, no tiene por qué elegir entre convertirse en auxiliar de la jurisdicción constitucional, o del legislador en la plenitud de sus funciones. A ambos debe procurar ser útil profundizando en las singularidades de la racionalidad legislativa y aportando instrumentos para su mejora a todos los niveles.

4. Los contenidos de la racionalidad legislativa penal

4.1. Es ya hora de comenzar a dotar de contenido a la racionalidad legislativa. Antes de iniciar una aproximación general a ella, que identifique sus pautas de referencia o niveles fundamentales, es preciso realizar dos aclaraciones. La primera es que las reflexiones que siguen se formulan pensando sobre todo en la racionalidad legislativa *penal*, objeto de este trabajo, por más que se tiene la impresión de que buena parte de las afirmaciones que siguen serían aplicables, *mutatis mutandi,* a otros sectores del ordenamiento jurídico.

La segunda es que no podemos postergar más la adopción de un determinado concepto de *racionalidad*, concepto cuyo contenido hemos podido dar hasta ahora por sobreentendido en la medida en que nos limitábamos a contraponer de una manera general las prestaciones de que eran capaces la legislación y la jurisdicción. Resultaría, sin embargo, iluso por mi parte el intentar resolver problema de semejante trascendencia ahora y por quien esto escribe. De ahí que la cuestión se centre en asumir algún concepto de racionalidad que resulte mínimamente convincente y útil para el objetivo que perseguimos. A mi juicio, podría servir la idea de que con él se expresa la capacidad para mantener con un sector de la realidad social una interacción que se corresponde, que es coherente, con los datos que constituyen a tal realidad y que conocemos. Por lo demás, como con la legislación penal nos movemos en el campo del control social jurídico sancionador[56], podríamos precisar más diciendo que, a nuestros efectos, es la capacidad para elaborar en el marco de ese control social una decisión legislativa atendiendo a los datos relevantes de la realidad social y jurídica sobre los que aquella incide. La definición, creo, no se aparta sustancialmente de otras que se han propuesto en este contexto por voces más autorizadas que la mía[57], y no cierra

[56] Ámbito que comparte el derecho penal, cuando menos, con el derecho administrativo sancionador.

[57] *Atienza.* 78-79, 85, habla, en terminología de Bobbio, de una razón fuerte, capaz de captar la esencia de las cosas, y estima que la precisamos para abordar problemas relativos a la

el paso a propuestas de racionalidad discursiva que se ocupan de describir las condiciones que deben darse para que se obtenga un consenso respecto a lo que sea una decisión racional, esto es, coherente con la realidad social con la que se interactúa[58]. De un modo u otro, la racionalidad legislativa penal supondría el punto de llegada de una teoría de la argumentación jurídica, a desarrollar en el plano del proceder legislativo penal, que garantizara decisiones legislativas susceptibles de obtener amplios acuerdos sociales por su adecuación a la realidad social en la que se formulan[59].

4.2. Los contenidos de racionalidad a los que deba atenerse el proceder legislativo, sin embargo, pueden ser de muy diverso alcance según la opción metodológica adoptada:

En amplios sectores jurídicos directamente implicados en la práctica de la elaboración de las leyes predomina lo que se ha denominado un modelo minimalista, especialmente preocupado por la obtención de la seguridad ju-

---

comprensión del mundo –conocimiento- y a cómo actuar en él –problemas prácticos–; *Calsamiglia.* 169, 174, que prefiere hablar de «cuestiones», antes que usar un concepto tan amplio y ambiguo como el de racionalidad, piensa que en todo caso se trata de lograr un instrumento para decidir con conocimiento de causa.

[58] En directa relación con la creación del derecho *Habermas*. 499-504 sostiene que la racionalidad de las decisiones se obtiene mediante la autonomía pública de los ciudadanos, que les hace igual de competentes a la hora de acordar las reglas que les rigen. Véase ampliamente sobre el concepto de racionalidad legislativa *Atienza.* 77-91.

Ya hemos visto que Luhmann rechaza toda racionalidad en la legislación, por estar carente de consistencia (supra apartado 2). Cabría añadir que, para él, los contenidos éticos y morales son ajenos al derecho –lo que permite precisamente el enjuiciamiento de éste desde el exterior–, y que la introducción en el sistema jurídico de aquellos intereses que han resultado más fuertes en el plano político no depende de su cualidad normativa sino de si encajan en las reglas de la autopoiesis del sistema. En cuanto al desarrollo de un procedimiento legislativo regulado jurídicamente, no hay que olvidar que tal procedimiento en ningún momento será capaz de influir en el sistema político, el cual lo utilizará a su conveniencia, pudiendo prescindir de él en cualquier momento. Por lo demás, estima que la pretensión de Habermas de que, sentados ciertos requisitos procedimentales, surgirá la razón, es ingenua pues pasa por alto que no se está en condiciones de meter en el discurso todos los aspectos relevantes. En realidad, pese a algunas manifestaciones en sentido contrario, Luhmann no cree que siquiera en la jurisdicción pueda hablarse de racionalidad, o, al menos, de algo más que una racionalidad local, centrada en la decisión concreta. Pues tampoco en la jurisdicción, por más que se busque la consistencia, se puede garantizar que la decisión sea la correcta. Y es que esa consistencia resultaría apresurado que la identificáramos sin más con la racionalidad jurídicoformal, a la que ciertamente se aproxima, pues sólo busca mantener el cierre operativo del sistema impulsada por el símbolo de la validez, que se limita a asegurar la constante reproducción intrasistémica de las operaciones, y por el criterio de la igualdad que, como fórmula de contingencia, evita que las decisiones del sistema estén siempre repitiéndose. Véase *Luhmann.* 98-117, 195-204, 214-238, 280-281, 321-323, 326-328, 400-402, 434-439, 557-561, 563-564.

[59] Apuntan claramente al desarrollo de una teoría de la argumentación jurídica legislativa, *Atienza.* 91 y ss.; *Marcilla Córdoba.* 101-107. Más escépticos, *Salvador Coderch* (1982). 80; *Cano Bueso.* 207-208.

rídica. Tal modelo coloca el énfasis en el lenguaje legal, en la estructura de la ley y en su inserción sistemática dentro del conjunto del ordenamiento, es decir, lo que vamos a considerar más adelante las racionalidades lingüística y jurídico-formal[60]. Contenidos adicionales, referidos a los fines a perseguir por la ley y a los valores subyacentes, sin duda condicionan la tarea precedente, de la que son su presupuesto, pero deben quedar fuera porque son patrimonio de la actividad estrictamente política. A tales efectos es usual establecer una distinción entre técnica legislativa y ciencia de la legislación, que se correspondería con tal delimitación y que, aunque no parece que descargue a la segunda de la exigencia de racionalidad, la colocaría en cualquier caso en un plano distinto[61].

En sentido opuesto, la concepción del derecho penal mínimo que desarrolla Ferrajoli acaba atribuyendo a la legislación una racionalidad casi exclusivamente ética, la cual, por otra parte, se formula sólo en términos negativos. En efecto, los contenidos externos de legitimación que el estado de derecho logra característicamente introducir dentro de su legitimación interna[62] están constituidos, por lo que se refiere al derecho penal, por criterios éticos sobre cuándo y cómo prohibir, penar o juzgar. Estos criterios garantistas son reflejo de unos derechos fundamentales que constituyen principios éticopolíticos externos al derecho y de él fundamentadores, que tienen su origen en la primacía a otorgar a la persona, y en la igualdad formal y material de ésta que ello exige. Por otro lado, tales garantías son formulables únicamente en sentido negativo, de forma que bajo los postulados de un derecho penal mínimo no se puede, por ejemplo, identificar un sistema de prohibiciones positivo legítimo[63], y lo mismo podría decirse de las sanciones o del proceso, lo que justamente le diferencia frente a un rechazable derecho penal máximo que, al introducir criterios positivos, introduce la

---

[60] Véanse, con diferentes variantes, *Salvador Coderch.* (1982). 80; (1986). 11; (1989). 19, 28; *Sainz Moreno.* 20-22, quien incluye algún contenido adicional relativo al efectivo cumplimiento de la ley que podría considerarse inserto en una racionalidad pragmática; *Tudela Aranda.* 83-85, 86-89; *Corona Ferrero.* 50-52; Describen también, críticamente, esta actitud, *Atienza.*33-36; *Marcilla Córdoba.* 107-109.

[61] Véanse *Salvador Coderch.* (1989). 15, 39, 42-43, 45; (1986). 23-25, por más que este autor considera que una ciencia de la legislación desarrollada permitiría avanzar a la técnica legislativa; *Abajo Quintana.* 123-125;

[62] Véase lo dicho supra, apartado 3.

[63] Lo que le lleva en algunos pasajes a minusvalorar la actividad legislativa, frente a la jurisdiccional, en cuanto dedicada aquella a la satisfacción, mediante la regla de la mayoría, de intereses preconstituidos y directivas políticas más o menos contingentes. De ahí también que, cuando demanda una ciencia de la legislación, lo haga con el declarado propósito de asegurar la inclusión de esos principios éticos en las leyes, de forma que la jurisdicción pueda en su actuación respetar igualmente el principio de vinculación a la ley.

discrecionalidad. Y es que el estado de derecho que da cobertura a tal derecho penal mínimo sirve más para deslegitimar que para legitimar decisiones de los poderes públicos[64].

Si antes he sostenido que una decisión legislativa penal racional debe elaborarse atendiendo a los datos relevantes de la realidad social y jurídica con la que interactúa, no puedo compartir formulaciones reducidas de la racionalidad legislativa como las acabadas de recoger. Los partidarios de limitarse a una racionalidad técnicojurídica parecen buscar un campo de actuación alejado de las contingencias políticas, mucho más difíciles de afrontar racionalmente. Sin embargo, los contenidos éticos y estratégicos del debate político no se pueden eludir en fases *más técnicas* del proceder legislativo, en las que influyen de manera decisiva; pretensiones de neutralidad técnica ocultan una realidad operacional[65] y conceptual[66] en la que se produce una constante aportación de contenidos procedentes de niveles de racionalidad más plurales que los señalados; su desconsideración o el intento de establecer una solución de continuidad entre unos niveles u otros[67] da una visión incompleta y por ello inexacta de lo que es un procedimiento legislativo racional. Por otra parte, como tendremos ocasión de ver, las mismas racionalidades lingüística y jurídicoformal precisan de un fundamento o apoyo ético, cuando menos, para poderse activar[68]. A su vez, la racionalidad legislativa que se desprende del derecho penal mínimo de Ferrajoli, aun cuando está dotada de unas sólidas bases éticas, resulta en extremo incompleta: Y ello no tanto porque se abstenga de proseguir el análisis de los ulteriores niveles de racionalidad de la legislación, pese a que ya dispone de los principios éticos de partida, cuanto porque el enfoque estrictamente garantista de los criterios identificados sólo permite averiguar aquello de lo que el legislador debe abstenerse, pero no aquello que debe hacer.

Afortunadamente existen otros enfoques teóricos que se corresponden mejor con el conjunto de exigencias de racionalidad que el legislador debe atender: En el campo de la sociología jurídica hay que destacar sin duda la postura de Habermas, quien ha manifestado contundentemente que todo

---

[64] Véase *Ferrajoli.* 347-362, 460-465, 553-556, 591-594, 908-909, 913-914, 947-963.

[65] Véase al respecto *Díez Ripollés.* (2002). passim.

[66] Véase lo dicho infra sobre la interrelación entre las diversas racionalidades.

[67] No creo que merezca la pena entrar aquí en un análisis de lo que debería denominarse técnica legislativa, o ciencia, o teoría, de la legislación. Intento en estas páginas describir los contenidos de la racionalidad legislativa en su totalidad, y la adscripción de los contenidos a un lugar u otro es ahora secundario y quizás perturbador. Por lo demás hay también otras formas de diferenciar entre ambos conceptos que no presuponen una partición de las racionalidades en dos bloques disciplinares distintos. Véanse *Atienza.* 17-23; *Marcilla Córdoba.* 107-109.

[68] Véase también una crítica a este enfoque en *Atienza.*33-36.

procedimiento legislativo democrático[69] debe atender a contenidos morales y éticos, a intereses, a cuestiones pragmáticas y a fórmulas de coherencia jurídica[70]. En la filosofía del derecho ha tenido especial eco entre nosotros la propuesta amplia formulada por Atienza, quien identifica una racionalidad legislativa estructurada en cinco niveles, los cuatro primeros instrumentales y uno último justificador. Tendríamos así los niveles o, mejor, racionalidades siguientes: Lingüística, jurídicoformal, pragmática, teleológica y ética. Estas cinco racionalidades estarían a su vez afectadas por una dimensión transversal, la eficiencia, que afectaría a cada una de ellas dentro de sus límites. Pues bien, tales racionalidades podrían ser objeto de un análisis individualizado[71], así como de otro que se ocupara de destacar las interrelaciones entre ellas, tras lo cual se podrían realizar afirmaciones generales sobre la racionalidad de la concreta decisión legislativa[72]. Dentro del derecho penal, Amelung ha propuesto vincular la política criminal a los modelos racionales de planificación desarrollados por la ciencia política, que contemplan muy diversos criterios de racionalidad, tanto de naturaleza material como instrumental, y Palazzo ha defendido la involucración de la doctrina jurídicopenal en el desarrollo de un método de creación de leyes que garantice tanto una racionalidad lingüística o jurídicoformal, como una racionalidad de fines, orientada en las corrientes políticocriminales subyacentes, y una racionalidad instrumental que procure asegurar las condiciones empíricas para su obtención[73].

4.3. A mi juicio, la propuesta de Atienza identifica y reparte de manera convincente los diferentes contenidos de racionalidad a tener en cuenta en la legislación, y es la que voy a tomar como punto de referencia a partir de este momento. Sin embargo, estimo conveniente precisar algunos aspectos y marcar algunas diferencias respecto al citado modelo, precisiones y diferencias que probablemente estarán en alguna medida condicionados por el enfoque jurídicopenal que está en el trasfondo.

---

[69] Al igual que todo modelo procedimental de formación de la voluntad política y, en sentido más abstracto, toda explicitación del principio del discurso en relación con normas jurídicas.

[70] Véase *Habermas.* 187-201, 203-207, 217-225, 285-291, 340-348. Capta acertadamente la utilidad de la teoría del discurso de Habermas para la elaboración de la racionalidad legislativa, *Soto Navarro.* 76-77.

[71] En el proceso de producción legislativa interactuarían siempre cinco elementos, cuya diversa configuración en cada racionalidad marcaría una vía de profundización en el análisis del nivel respectivo. Tales elementos serían: Edictor –autor de la norma–, destinatario –aquél a quien va dirigida–, sistema jurídico –conjunto del que pasa a formar parte la ley–, fin –objetivo perseguido–, y valor –justificación del fin–.

[72] Véase *Atienza.* 24-63, 77-91. Han asumido la propuesta de Atienza, entre otros, *Calsamiglia.* 169-175, 178; *Marcilla Cordoba.* 108-115; *Aguiló Regla.* 249-251.

[73] Véanse *Amelung.* 22-31; *Palazzo.* 734-735.

En primer lugar, creo que el estudio de las diversas racionalidades debe realizarse *de modo inverso* a como procede Atienza: Si lo que queremos es establecer un procedimiento racional de elaboración de leyes, y no simplemente un instrumental de análisis racional de leyes ya existentes[74], la racionalidad ética marcaría el ámbito de juego de las restantes racionalidades, la teleológica establecería los objetivos a satisfacer dentro de ese marco, y las restantes se sucederían en un orden de proyección decreciente de instrumentalidad.

En segundo lugar, considero que a través de la *racionalidad ética* se saca a la luz el sistema de creencias, cultural e históricamente condicionado, que sustenta a una determinada colectividad[75], y en el que se ha de enmarcar necesariamente el proceder legislativo. En terminología de Habermas, se trata de identificar el *mundo de la vida* de los integrantes de la colectividad, aquel conjunto de actitudes vitales y principios reguladores del comportamiento que, en cuanto compartidos de forma generalizada, no están normalmente sometidos al principio del discurso sino que modulan todo actuar comunicativo. Es cierto que cambios culturales, repentinos o paulatinos pero por lo general ocurrentes en amplios intervalos temporales, pueden hacer necesario el sometimiento de tales contenidos éticos a un discurso racional, pero en todo caso darán lugar a un perfil bajo de debate, en el marco de grandes consensos y sin intereses particulares de por medio. Cada sector del ordenamiento jurídico dispone de sus criterios o principios éticos específicos, referidos al conjunto de interacciones con la realidad social propio de ese sector, por más que se producirán un buen número de coincidencias intersectoriales, y que todos ellos serán coherentes con los criterios éticos que inspiran al ordenamiento en su totalidad[76].

Dentro de los contenidos éticos que condicionarían la intervención jurídicopenal habría que distinguir en primer lugar unos principios que podríamos denominar *estructurales de primer nivel*, divididos a su vez en tres grandes grupos, y que establecerían los contornos básicos de una interven-

---

[74] Así lo pone de manifiesto con razón el propio *Atienza*. 91-92. Todo ello sin perjuicio del cambio de enfoque que viene impuesto en la fase postlegislativa, a la hora de evaluar leyes ya existentes. Véase sobre esta fase *Díez Ripollés.* (2002). 29 y ss. Texto Word.

[75] Utilizo un concepto de ética diferenciado del de moral, en un sentido similar al que ha asumido *Habermas*. 187-207, 217-225, 285-287, en virtud del cual los contenidos morales poseen una validez universal, para cualquiera, mientras los éticos son válidos dentro de una determinada colectividad a partir de la autocomprensión que comparten sus integrantes. De todos modos, veáse la matización que hago un poco más abajo.

[76] Su identificación podría verse como un primer paso en la tarea señalada por Habermas de descomponer el original sistema de derechos, obtenido mediante el principio discursivo y el medio jurídico, y habitualmente reflejado en las Constituciones, en un conjunto de principios y derechos más detallado en el marco del estado de derecho. Véase *Habermas.* 158-160.

ción penal legítima: Los principios de la *protección* atenderían a las pautas delimitadoras de los contenidos de tutela del derecho penal. Los principios de la *responsabilidad* se ocuparían de los requisitos que deben concurrir en un comportamiento para que se pueda exigir responsabilidad criminal por él, y de algunos aspectos de su verificación. Y los principios de la *sanción* destacarían los fundamentos de la reacción con sanciones a la conducta criminalmente responsable[77]. A estos principios les es común su origen ético, es decir, una legitimación vinculada a las profundas convicciones culturales de la colectividad[78], por más que el desarrollo de sus componentes en las subsiguientes racionalidades les pueda llevar a operar, según los casos, en planos éticopolíticos, pragmáticos, de consistencia o de comunicabilidad.

A la racionalidad ética pertenece igualmente el *criterio democrático*, esto es, el criterio que, una vez aseguradas con los principios estructurales las referencias éticas, va a permitir legitimar decisiones concretas controvertidas en las subsiguientes racionalidades, o en la interrelación entre ellas. Este criterio, en el que nos detendremos más adelante, remite a las convicciones sociales ampliamente mayoritarias, y tiene una relevancia distinta según la racionalidad de la que se trate: De gran importancia en la racionalidad teleológica, desciende en significación a medida que se avanza en los niveles de racionalidad, recuperando de nuevo su importancia cuando se trata de acomodar al conjunto de ellas[79].

Por lo demás, la propia estructura en cinco niveles de la racionalidad legislativa es una cuestión ética. Se podrá discutir en qué medida los juristas deben ocuparse del conjunto de los niveles de la racionalidad legislativa o, más bien, deben dejar a los políticos la determinación de algunos de ellos, pero en todo caso, salvo mejores argumentos, no parece que nuestra interacción con la realidad social que ha de ser sometida eventualmente al control social jurídico sancionador deba atender a muchos más contenidos de racionalidad.

Queda, sin duda, la cuestión de los contenidos morales, y no meramente éticos[80]: Con todo, si aceptamos el planteamiento discursivo de Habermas, creo sostenible afirmar que su diferencia descansa realmente en el diferente grado de aceptación que logran, universal en los primeros, cultural

---

[77] Véase una referencia a estos principios, y una provisional profundización en los de tutela y de sanción, en *Díez Ripollés.* (1997). 12-13; (2000). 6-14.

[78] Los principios garantistas, puramente negativos, de Ferrajoli –vid. Supra–, responderían a una caracterización de la racionalidad ética sustancialmente coincidente. Véase *Ferrajoli.* 460-465, 947-950, 956-959.

[79] De hecho es un criterio que puede llegar a desempeñar excepcionalmente un papel dentro de la propia racionalidad ética, en tiempos de profundas variaciones culturales, pero en un contexto limitado. Véase supra.

[80] Véase la distinción apuntada supra.

e históricamente condicionada en los segundos, pero la aceptación tanto de unos como de otros se ha de obtener, a nuestros efectos, en el mismo lugar, el discurso creador de normas jurídicas, y bajo las mismas condiciones, un determinado contexto ético o mundo de la vida[81]. En consecuencia, bien puede decirse que a efectos operativos los criterios morales se incluyen en la racionalidad ética, con la peculiaridad de que poseen un poder de convicción discursiva mayor.

En tercer lugar, y por lo que se refiere a la racionalidad *teleológica*, no comparto el punto de vista de Atienza de que se ha de ocupar de la eficacia de la ley, esto es, de si se pueden lograr los objetivos sociales perseguidos por ella[82]. Sin duda éste es un importante aspecto que deberá ser sometido a consideración en alguna racionalidad, pero creo que hacerlo ya en este momento supone obviar el debate sobre los objetivos legales mismos. Así como en la racionalidad ética hemos descubierto los principios incuestionados que deben orientar cualquier decisión legislativa penal, se trata ahora, en esta racionalidad, de sentar las bases para un discurso ético-político en el que, presupuestos los principios anteriores, se produzca una confrontación racional entre contenidos éticos de segundo orden, es decir, carentes de una aceptación libre de cualquier desacuerdo en la colectividad, e intereses particulares y sectoriales muy diversos, procedentes todos ellos de agentes sociales y grupos de presión de amplio espectro[83]. Tal confrontación implicará la obtención de compromisos, y un empleo decisivo del criterio democrático. De ella habrán de surgir, en el ámbito jurídicopenal en el que nos movemos, una formulación de los objetivos perseguidos por esa concreta decisión legislativa penal, que determine, cuando menos, el objeto de tutela, su grado de protección deseable, y los correspondientes niveles de exigencia de responsabilidad y de sanción aplicable que se estiman procedentes en caso de incumplimiento de la norma. De este modo se reflejará el acuerdo éticopolítico alcanzado sobre la importancia de lo protegido, la intensidad de la obediencia exigida, las repercusiones negativas derivadas de tal desobediencia, y su interrelación.

---

[81] Véase algunas insinuaciones en ese sentido en *Habermas.* 161-163, 390-395.

[82] Véase *Atienza.* 28, 38, 46-49, quien, con todo, incluye en ocasiones en esta racionalidad la identificación de los objetivos a obtener (38). Concibe esta racionalidad como orientada a la eficiencia de la ley, esto es, al aseguramiento de una correspondencia entre los recursos escasos y los fines pretendidos, *Calsamiglia.* 172-173, 175-176.

[83] Véase en *Habermas*. 187-195, 203-207, 340-348, un reconocimiento del momento de contraposición entre contenidos éticos y morales, e intereses, en la formación deliberativa y democrática de la voluntad política.

Sobre el modo en que se desenvuelven los agentes sociales y los grupos de presión en el proceso legislativo penal, véase *Díez Ripollés.* (2002). Passim.

Creo, en cuarto lugar, que es la racionalidad *pragmática* la que tiene la misión de ajustar los objetivos trazados por la racionalidad teleológica a las posibilidades reales de intervención social que están al alcance de la correspondiente decisión legislativa. Ello implica, en el ámbito jurídicopenal, asegurar lo más posible una respuesta positiva a una serie de exigencias mutuamente entrelazadas planteadas a la norma: Que el mandato o la prohibición sean susceptibles de ser *cumplidos*, satisfaciendo así la función de la norma como directiva de conducta. Que se va a estar en condiciones de reaccionar al incumplimiento del mandato o la prohibición mediante la *aplicación* coactiva de la ley, satisfaciendo así su función como expectativa normativa; la pregunta se extiende desde la persecución policial hasta la ejecución de la sanción, pasando por la activación de la administración de justicia[84]. Que el directo *cumplimiento* de la norma es presumible que produzca los efectos de tutela perseguidos. Que la *aplicación* contrafáctica de la norma va a producir indirectamente esos mismos efectos de tutela. Y que la *aplicación* de la norma se va a poder mantener dentro de la delimitación perseguida de la responsabilidad y de la sanción. Mientras las dos primeras exigencias se ocupan de la efectividad de la norma, esto es, de su puesta en práctica o vigencia, las tres restantes lo hacen de su eficacia, es decir, de la obtención de los objetivos de tutela perseguidos[85]. Ambos aspectos, en cualquier caso, forman parte de una racionalidad pragmática que, en el ámbito del control social jurídico sancionador, tiene como presupuesto necesario, aunque no suficiente, para la obtención de los efectos de tutela pretendidos, la incidencia de la norma sobre los ciudadanos destinatarios de ella[86].

Comparto por lo demás la habitual caracterización de las racionalidades *jurídico-formal* y *lingüística*, la primera encaminada a asegurar un sistema jurídico coherente, y la segunda a garantizar las habilidades comunicacio-

---

[84] Apunta a esta distinción entre cumplimiento y aplicación *Calsamiglia.* 171-172. Véase también la ilustrativa referencia que hace *Larrauri Pijoan.* (2001). 98 al escaso uso de esa diferencia terminológica en nuestro lenguaje políticocriminal frente al hábito contrario anglosajón.

[85] Véase una clara distinción entre ambos aspectos en derecho penal, en *Hassemer-Steinert-Treiber.* 20.

[86] La propuesta realizada supone introducir la mayor parte de la racionalidad teleológica de Atienza en la racionalidad pragmática. Con todo hay que destacar que él mismo es consciente de la difícil diferenciación entre ambas, y que, al analizar las racionalidades en sentido inverso a como nosotros lo hacemos, considera aspectos de efectividad previamente a los de eficacia. Véase *Atienza.* 27-28, 36-38, 42-49. Parece vincular en la racionalidad pragmática la eficacia y la efectividad, *Calsamiglia.* 167-168, 171-172, quien, por lo demás, nos recuerda la dificultad ínsita en la previsión de consecuencias.

Por otro lado, la medida en que la distinción entre racionalidad teleológica y pragmática se superpone con la ahora en Alemania profusamente utilizada distinción entre "Verhaltensnorm" und "Sanktionsnorm" es algo que dejamos para otro momento. Véase recientemente *Haffke.* 955 y ss.

nales de las normas[87]. Considero asimismo un acierto la configuración por Atienza de la *eficiencia* como una dimensión transversal, que no constituye un nivel de racionalidad independiente sino una cualidad exigible a cada una de las racionalidades y a la interrelación entre ellas. Dentro de cada racionalidad, asumiendo la pluralidad de contenidos existente, se trataría de prevenir que la priorización de ciertos aspectos en detrimento de otros no llegara hasta el punto de que ya no correspondiera a un análisis de coste-beneficio. Y un papel semejante jugaría en el momento de integrar las diversas racionalidades en una sola norma legal[88].

A partir de los presupuestos anteriores, una ley padecerá de *irracionalidad* ética si no se ajusta en su contenido a los criterios o principios éticos incuestionados del sector jurídico en el que nos movamos, en el caso del derecho penal, los principios estructurales antedichos. También carecerá de ella si renuncia al criterio democrático como principio último de resolución de las controversias dentro y entre las subsiguientes racionalidades[89], o si prescinde de una estructura de racionalidad legislativa equivalente a la vigente en un determinado momento histórico y cultural. La irracionalidad teleológica aparecerá en la medida en que los objetivos a perseguir por la ley no hayan sido acordados en el marco de un empleo discursivo del criterio democrático, que haya prestado la debida atención a todos los componentes éticopolíticos relevantes, o no reflejen tal acuerdo. La irracionalidad pragmática surgirá, tanto ante leyes penales que no son susceptibles de un apreciable cumplimiento por los ciudadanos o de una significativa aplicación por los órganos del control social jurídico sancionador, cuanto ante leyes que, en cualquier caso, no logran los objetivos pretendidos. La irracionalidad jurídicoformal la poseerán leyes inconsistentes consigo mismas o que introducen o dejan sin resolver incoherencias en el sector jurídico en el que se insertan o en el conjunto del ordenamiento. Y la irracionalidad lingüística afectará a leyes cuya formulación impide o dificulta la transmisión de sus contenidos a los destinatarios de su cumplimiento o aplicación[90].

Por último, y como Atienza ha señalado[91], la racionalidad legislativa precisa para su plenitud considerar la *interrelación* entre sus diversos ni-

---

[87] Véase *Atienza.* 27-36. Con razón previene *Calsamiglia.* 170, 176-177 frente a la tentación de trasponer sin más los criterios habituales de consistencia y sistematicidad propios de la aplicación del derecho a su creación, abogando por una elaboración relativamente autónoma de estos últimos.

[88] Véase *Atienza*. 93-94.

[89] El real pero limitado papel que juega en la racionalidad ética ya lo hemos señalado.

[90] Sobre los diferentes supuestos de irracionalidad no podemos detenernos ahora. Un estudio pormenorizado de cada una de las racionalidades sería el lugar de análisis adecuado. Véase con todo los cuidadosamente identificados por *Atienza.* 29-30, 33, 37, 38, 39, 44-48.

[91] Véase *Atienza.* 57-63, respecto a lo que él llama, con poco acierto, *estática legislativa*.

veles[92]. A este respecto, una regla operativa útil en caso de conflicto puede ser la de que los niveles superiores primen sobre los inferiores, es decir, el ético sobre todos, el teleológico sobre el pragmático, jurídicoformal y lingüístico, etc. Sin embargo, este criterio debe matizarse, pues la idea de eficiencia aconseja que se aspire en todo momento a lograr un equilibrio óptimo entre las diversas racionalidades, de modo que en ningún caso el aseguramiento de un determinado nivel de racionalidad conlleve la anulación de otro u otros[93]. Esta pretensión, por otra parte, será en ocasiones lo suficientemente compleja de llevar a cabo como para que haya que acudir[94] al criterio democrático para dilucidar las pérdidas de racionalidad socialmente asumibles.

Bajo esos parámetros, y sólo a título ejemplificativo[95], es fácil imaginar que la racionalidad ética tropezará con la teleológica cuando ésta se trace objetivos incompatibles con los criterios éticos fundamentales, con la pragmática cuando ésta busque asegurar la aplicación de la ley aun a costa de ciertas garantías ciudadanas, o con la jurídicoformal y lingüística cuando se vea conveniente mermar la seguridad jurídica o precisión comunicacional para favorecer ciertos márgenes de equidad en el caso concreto. Y que la teleológica, además, se verá frecuentemente confrontada con la pragmática a la hora de garantizar la obtención de sus objetivos, o con la jurídicoformal si pretende establecerlos sin preocuparse de su encaje en el conjunto de pretensiones vigentes en el actual ordenamiento jurídico.

4.4. En otro lugar he expuesto la necesidad de que todo modelo de legislación racional evite quedarse en el plano puramente prescriptivo, en el que se identifican los diversos contenidos de racionalidad a tener en cuenta, pero al que no le es directamente accesible el contexto operacional en el que tales racionalidades han de desenvolverse. A tales efectos he desarrollado un modelo dinámico de legislación penal, que describe y analiza críticamente el concreto funcionamiento del proceder legislativo, creando así las bases para el efectivo asentamiento de las diversas racionalidades en la práctica legislativa[96]. Concluida una primera formulación de la estructura y

---

[92] Me refiero en este pasaje a casos de conflicto entre racionalidades. Otra forma de interrelación entre ellas es la que se da en la medida en que las exigencias de una coadyuvan a la obtención de otra u otras. Véanse sobre estos casos, no problemáticos mientras se mantenga claramente la delimitación entre los elementos correspondientes a cada racionalidad, *Atienza.* 57-63; *Calsamiglia.* 172-178; *Sainz Moreno.* 20-22.

[93] En este sentido *Atienza.* 92-94.

[94] Por lo general sólo de la racionalidad teleológica para abajo. Véase supra el limitado papel del criterio democrático en la racionalidad ética.

[95] Véase más ampliamente *Atienza.* 58-63. También *Calsamiglia.* 169, 170-171, 174.

[96] Véase *Díez Ripollés.* (2002). Passim.

contenidos de la racionalidad legislativa, puede resultar útil realizar una provisional distribución de sus niveles dentro de las diferentes fases y etapas de la dinámica legislativa, no sin destacar desde el primer momento el diferente grado en que cada una de las racionalidades habrá de estar presente en los respectivos tramos operacionales[97].

Las racionalidades que predominarán en la fase prelegislativa varían sustancialmente según la etapa de ella en la que nos encontremos. Durante las primeras etapas, de acreditación de una disfunción social, consolidación del correspondiente malestar colectivo y configuración de una opinión pública, es la racionalidad teleológica condicionada por la ética la que ocupa el primer plano; sin embargo, la racionalidad pragmática se va progresivamente esbozando, en especial cuando en la opinión pública se aprecian formulaciones cercanas a un programa de acción. La racionalidad pragmática es la que ocupará el primer plano en la elaboración de programas de acción por los grupos de presión expertos, quienes se introducirán además con alguna frecuencia en el contexto de la racionalidad jurídicoformal y lingüística; por el contrario, los programas de acción de los grupos de presión mediáticos y populistas será extraño que alcancen la racionalidad pragmática, y sólo limitada o excepcionalmente se ocuparán de la racionalidad jurídicoformal o lingüística. En la elaboración de los proyectos o proposiciones de ley por las burocracias estará presente el conjunto de racionalidades, si bien será frecuente que la racionalidad teleológica venga ya muy condicionada y el trabajo se centre en las racionalidades pragmática, jurídicoformal y lingüística, con la debida toma en consideración de la ética[98].

En las diferentes etapas de la fase legislativa estarán presentes en todo momento las cinco racionalidades. La evolución apreciada en la fase prelegislativa desde una racionalidad ética a una lingüística no se registrará en esta fase. Al contrario, volverán a replantearse cuestiones de racionalidad ética y teleológica, que con frecuencia pasarán a ocupar más espacio en el debate que, desde luego, las racionalidades jurídicoformal y lingüística. Es el periodo del proceder legislativo en el que, por otra parte, saltarán a primer plano las posibles incompatibilidades entre las diversas racionalidades[99].

En la fase postlegislativa se atiende de manera muy segmentada a las diversas racionalidades, consecuencia de que las plurales actividades de eva-

---

[97] En lo que sigue me remito a los conceptos desarrollados en *Díez Ripollés.* Ibídem.

[98] Para *Atienza.* 69 en esta fase están especialmente implicadas las racionalidades teleológica –que incluye contenidos por mí considerados pragmáticos– y ética; para *Rodríguez Mondragón.* 85-87 parecen predominar en esta fase las racionalidades ética, teleológica y pragmática.

[99] Para *Atienza.* 69 están implicadas todas las racionalidades; para *Rodríguez Mondragón.* 87-88 parece que predominan las racionalidades jurídicoformal y lingüística, aunque también están presentes la teleológica y la pragmática.

luación desarrolladas se suelen focalizar cada una de ellas en una u otra de esas racionalidades. En cualquier caso, predominará la racionalidad pragmática, y luego la jurídicoformal[100].

A salvo la necesaria profundización en la imbricación entre los contenidos de racionalidad y las fases operacionales del proceder legislativo[101], lo hasta ahora visto permite sacar ya alguna conclusión relevante. Singularmente la de que la racionalidad legislativa no es, ni mucho menos, un asunto de juristas, técnicos o legisladores, sino que se desenvuelve en ámbitos sociales muy diversos. De especial significación resulta detenerse en la fase prelegislativa y observar en qué importante medida en las etapas previas a la de intervención de las burocracias entran en acción casi todas las racionalidades.

5. El desarrollo de la racionalidad legislativa penal

Establecidos los contenidos básicos de una racionalidad legislativa que podría acomodarse a las necesidades jurídicopenales, el siguiente paso habría de consistir en dotar a los diversos niveles de racionalidad de principios, reglas y criterios diferenciados. Sólo ese desarrollo ulterior de la teoría de la legislación, que debiera especificarse según los sectores jurídicos objeto de atención, va a permitir enriquecer sus contenidos de modo que pueda abandonar meras caracterizaciones globales sobre cómo debiera ser el proceder legislativo y estar en condiciones de aportar instrumentos útiles para la elaboración del derecho. Los avances ya registrados genéricamente sobre las racionalidades lingüística y jurídico formal[102] deben especificarse en función de los diversos sectores jurídicos a los que atienden, y deben extenderse al resto de racionalidades. Sin duda la identificación de las disciplinas científicas o técnicas que tienen más importancia en cada una de las racionalidades es una labor meritoria[103], pero un progreso sustancial sólo será posible si se avanza en las tareas acabadas de reseñar.

5.1. Pero antes de realizar progresos en la identificación y concreción de esas pautas en los diversos niveles de la racionalidad legislativa penal, hay que responder convincentemente a una pregunta: Si tiene sentido construir en derecho penal una nueva estructura conceptual, a cuenta de la creación

---

[100] Para *Rodríguez Mondragón*. 89 también predominará la racionalidad pragmática; para *Atienza.* 69 están en primer plano la jurídicoformal, pragmática y teleológica.

[101] Que, como tantos otros aspectos de una teoría de la legislación, se mueve todavía en un plano preliminar.

[102] Plasmados en las Directrices legislativas vigentes en diversos países. Véase en España, de modo especial, Acuerdo del Consejo de ministros de 18-10-91.

[103] Véase por ejemplo la tarea a este respecto realizada por *Atienza.* 30-31, 33, 37, 38, 39-40.

de las leyes penales, pasando por alto que disponemos ya de teorías como la del bien jurídico, la jurídica del delito y la de los fines de la pena, cuya solidez, en especial la de las dos últimas, parece ofrecer expectativas de poder atender directamente a los problemas que nos preocupan[104]. En resumidas cuentas, ellas ya habrían llevado a término la tarea de plasmar el conjunto de racionalidades en el derecho penal.

Considero que, al margen de los argumentos generales, hay dos buenas razones para desarrollar una teoría de la legislación penal que, sin abdicar de los logros ya obtenidos en otros ámbitos de la reflexión jurídicopenal, ofrezca nuevas perspectivas de profundización en contenidos de racionalidad.

– La primera de ellas tiene que ver con la necesidad de liberar a la reflexión jurídicopenal de las ataduras impuestas por las consecuencias del positivismo jurídico, y que le han impedido desarrollar todas sus potencialidades racionalizadoras: Aunque en menor medida que en otros sectores jurídicos, hemos podido comprobar cómo el desplazamiento del énfasis desde la legislación a la aplicación del derecho ha afectado también de lleno al derecho penal[105]. Aun a riesgo de repetir algo de lo ya dicho[106], conviene recordar que la consolidación del positivismo jurídico sentó las bases de una determinada manera de acercarse científicamente al derecho penal: Hay que partir del derecho *puesto*, del derecho ya dado, mientras que la creación del derecho se deja en manos de un legislador al que en buena medida no se le plantean exigencias de racionalidad, exigencias que se reconducen a la aplicación del derecho[107]. La doctrina penal reacciona a esta situación de manera defensiva, no cuestionando la premisa mayor, la irracionalidad del legislador, sino intentando contrarrestarla mediante la racionalidad del aplicador del derecho, lo que implica dedicarse a racionalizar el derecho ya existente, considerado incuestionable.

Eso explica que la legitimación del derecho penal se construya por la doctrina penal desde la *teoría de los fines de la pena*: Lo que hay que legitimar no son los contenidos de tutela o las estructuras básicas de exigencia de responsabilidad, ni siquiera el sistema de penas. La determinación de todo eso compete a un legislador político cuyas decisiones son incuestiona-

---

104 En último término, no se puede negar que ellas se han edificado en buena medida, correctamente, a partir de los contenidos de la racionalidad ética.

105 Véase supra apartado 1.

106 Véase el párrafo del apartado 1 relativo al confinamiento de los penalistas en la aplicación del derecho.

107 El estado de derecho constitucional crea ciertamente una racionalidad legislativa en su plano más elevado, la constitución, pero, como hemos visto, ella repercute escasamente sobre el legislador, ejerciendo sus efectos especialmente en la aplicación del derecho, con el fenómeno de la judicialización.

bles. Lo que hay que justificar desde perspectivas éticas y teleológicas es simplemente la *naturaleza de los efectos* a lograr con una sanción así predeterminada. Por otro lado, esa trascendente reducción de los contenidos a legitimar[108] se ve potenciada en el debate contemporáneo por diversos factores: Uno de ellos es la reconducción de los planteamientos retributivos, abandonados los enfoques del idealismo alemán, a determinadas modalidades de prevención general[109]; otro, el afianzamiento de las teorías unitarias de la pena, que han sido capaces de desactivar los aspectos más problemáticos de las diversas teorías preventivas. Como consecuencia de ello, el debate actual sobre la pena ha abandonado en gran medida incluso el plano ético o teleológico para girar especialmente sobre problemas de racionalidad pragmática y, aun dentro de ella, más sobre problemas de efectividad que de eficacia: Se trata primordialmente de verificar qué efectos son los más adecuados para asegurar que cualesquiera leyes realmente se cumplan o, en su defecto, se apliquen[110]. Mientras, por encima de toda esta evolución epistemológica sobrevuela el problema de la fundamentación de la pena –y sólo en cuanto de la pena, se dice, también del derecho penal–, aspecto al que se reconoce su primacía sobre la teoría de los fines de la pena pero al que se remite vagamente a la teoría sobre los objetos de tutela[111].

Un poco más tarde la reflexión jurídicopenal se dedica asimismo a construir un *sistema de responsabilidad* que en todo momento se reclama destilación refinada del derecho vigente, al que interpreta y sistematiza. De ahí que asuma con entusiasmo la denominación de dogmática, como sinónimo de cientificismo, en cuanto se liga a un hecho, el derecho positivo, como dogma. Es cierto que la extremada perfección adquirida por tal sistema y plasmada en la teoría jurídica del delito ha hecho que terminara influyendo notablemente en la creación del derecho a la hora de fijar los criterios de responsabilidad; pero lo ha hecho mediante la detección de quiebras en el derecho vigente. Y lo que es más importante, incluso en tales casos se ha

---

[108] Por más que a partir de las conclusiones obtenidas sobre la legitimación de los efectos de la pena, pero sólo a partir de ellas, se puedan derivar consecuencias respecto a la naturaleza de los objetos de tutela, contenidos de la responsabilidad y configuración de las penas.

[109] Véanse, por todos, respecto a la aproximación de las modernas teorías retributivas a las preventivogenerales integradoras, *Hassemer-Steinert-Treiber.*162; *Silva Sánchez.* (1992). 198-210.

[110] Véase sobre todos estos conceptos supra apartado 4.3.

Por otra parte, de ese descenso del debate doctrinal a niveles de racionalidad inferiores no se libran, desde luego, ni las perspectivas abolicionistas, que se limitan a replantear el problema prestando especial atención a los ámbitos extrapenales

[111] Véase una crítica a la fundamentación del derecho penal exclusivamente desde la teoría de los fines de la pena en *Díez Ripollés.* (1988). 1086-1087; (1991). 789 y ss.; (2001). 6; *Silva Sánchez.* (1992). 179-181, 187-188, 193, 195-196, 217, 281; *Valle Muñiz.* 22; *Prieto del Pino.* 361-367.

visto a sí misma desde una perspectiva negativa, condicionada por la iniciativa de otros, del legislador, lo que explica la presentación de sus principios básicos como principios limitadores[112], o su habitual denominación como derecho penal garantista.

Y es al final de esta evolución cuando la reflexión penal se ha ocupado de construir una teoría sobre los contenidos de protección, a partir de la *teoría del bien jurídico*. Teoría, sin embargo, que no se aparta del enfoque garantista, meramente limitador de las iniciativas del legislador, ya adoptado por el sistema de responsabilidad. En este sentido, se adopta la sorprendente tesis de que, como las sanciones del derecho penal son muy graves, se han de restringir los objetos de tutela, lo que explicaría el principio de fragmentariedad, de subsidiariedad... . Lo lógico, por el contrario, hubiera sido seleccionar primero los objetos de tutela especialmente importantes, y plantearse luego desde criterios éticos, teleológicos y pragmáticos hasta donde se puede llegar para su protección en el uso del arsenal sancionador disponible en el estado de derecho constitucional.

En suma, la reflexión jurídicopenal se ha visto atrapada en una estrategia equivocada: No hay que asumir el arbitrio irracional del legislador e intentar atemperarlo mediante principios limitadores en el momento de la aplicación del derecho[113], sino que hay que someter al legislador desde el inicio de su actividad a criterios racionales de legislación, previendo los medios jurídicopolíticos para ello.

Un ejemplo significativo de lo difícil que resulta eludir la trampa puesta desde hace décadas por el positivismo jurídico a la reflexión jurídicopenal es, entre nosotros, la postura metodológica adoptada por Silva Sánchez: Aunque el autor en algún momento parece considerar que es a través de las reformas legales, de la legislación, como se puede lograr de manera determinante que los fines y valores legitimadores que aporta la política criminal encuentren su debido reflejo en el derecho penal, en un momento temprano de su exposición, al adoptar la trascendente decisión de que es la dogmática el lugar fundamental de reflexión jurídicopenal, desplaza definitivamente el centro de atención de la creación a la aplicación del derecho. Ciertamente tal quiebro argumental no conlleva una restricción del razonamiento jurídicopenal, desde ahora dogmático, a la mera interpretación y sistematización del derecho positivo; muy al contrario, defiende una dogmática que se afana en la búsqueda de las premisas valorativas del derecho penal[114], lo

[112] Véase cita precedente.

[113] O durante su creación pero formulándolos desde una localización periférica.

[114] La medida en que la atribución de tal tarea a la Dogmática supone una suplantación por ésta de la misión propia de la Política criminal, que el propio Silva ha dicho previamente (véase, entre otros lugares, *Silva Sánchez*. (1992). 43-48) que es la encargada de identificar los

que le conduce a los valores socioculturales vigentes, en cuya identificación será punto de referencia necesario, aunque no suficiente, la Constitución, pues el carácter abierto e impreciso de ésta obliga a acudir a los contenidos de una filosofía jurídica que sea compatible con los valores constitucionales y refleje los valores culturales dominantes. Pero lo que aquí nos interesa destacar es que todo ese proceso reflexivo, en la medida en que se realiza en el plano dogmático, tiene un límite irrebasable, que Silva se encarga de recordar en muy diversos lugares, el *derecho positivo*: La determinación de los fines del derecho penal, la construcción del sistema de atribución de responsabilidad penal... tienen amplios márgenes para la argumentación de diferentes alternativas, pero todas ellas han de ser compatibles con los enunciados del derecho positivo[115].

Es indudable, como se encarga de recordar Silva, que la reflexión dogmática puede llegar a conclusiones críticas sobre el derecho vigente, pero la perspectiva de *lege data* en la que aquella se mueve[116] le imposibilita sacar consecuencias prácticas de ello: Una vez agotadas todas las posibilidades, aun las más generosas, ofrecidas por los criterios de interpretación legal... sólo queda la respetuosa petición al legislador de que modifique la ley. Y ahí acaba la reflexión jurídico penal, porque la creación del derecho no es asunto suyo. De este modo, un esfuerzo de fundamentación del derecho penal tan meritorio como el realizado por este autor cae en la misma trampa que sus predecesores: El jurista ha de presuponer la legitimidad del derecho vigente, y limitarse a buscarle sentido, con mayores o menores pretensiones, dentro de los límites ya dados. Si no se conforma con eso y quiere deslegitimar los fundamentos del derecho vigente habrá de abandonar su profesión y convertirse en un político, oficio poco acreditado académicamente. Si, obstinadamente, persiste en su deseo de seguir siendo jurista y meterse en camisa de once varas, lo mejor que puede hacer es lo que ya conocemos, va-

---

fines y valores que han de regir la creación y aplicación del derecho penal, ha de quedar ahora fuera de discusión, pues estamos, a mi juicio, ante una confusión muy extendida que precisa de amplio espacio para refutarla.

[115] Sobre la postura de Silva aquí recogida, véanse, entre otros pasajes, *Silva Sánchez.* (1992). 43-48, 52, 98-99, 103-114, 118-122, 133-134, 139-145, 173-174, 193-195. Su planteamiento no parece haber cambiado desde entonces, sino que más bien se ha reforzado, como lo muestra cuando en *Silva Sánchez.* (1999). 75-82, al sostener la posibilidad de una ciencia del derecho penal supranacional -al menos en el mundo occidental-, que configuraría el derecho penal sobre unos mismos valores compartidos, introduce la salvedad de que en todo caso se habrían de respetar los respectivos derechos positivos.

[116] Y que el propio Silva, a la vez que la reconoce, pone especial interés en destacar que ofrece diferentes grados de vinculación según el ámbito en el que nos movamos, siendo menos estrecho en la Parte general del derecho penal. Véase *Silva Sánchez.* (1992). 118-122.

ciar la función de la ley, *darle la vuelta* mediante la actitud judicializadora que ya hemos visto y criticado en los primeros apartados[117].

-La segunda de las razones tiene que ver con la siempre aplazada extensión de la racionalidad jurídicopenal a los contenidos susceptibles de ser aportados por el conjunto de las ciencias sociales. Resulta plausible pensar que uno de los motivos fundamentales de que hayan fracasado todos los intentos hasta ahora realizados por insertar en el derecho penal los conocimientos de tales disciplinas, pese a que se han puesto reiteradamente de manifiesto las ventajas que reportarían, tiene que ver con el hecho de que se ha escogido un punto de referencia equivocado, la aplicación del derecho, cuando su pleno desenvolvimiento debe de tener lugar en el marco de la creación del derecho[118]. Dentro de él, es en el ámbito, especialmente, de las racionalidades teleológica y pragmática donde pueden ofrecer toda su utilidad.

5.2. Por lo demás, ya hemos tenido ocasión de constatar cómo el derecho penal mantiene unas capacidades de racionalización de la ley mayores que otros sectores jurídicos[119], y su habituación al uso de estructuras racionales rígidas y refinadas en la aplicación del derecho, como la de la teoría jurídica del delito, le coloca en una situación aventajada para fomentar estructuras categoriales de naturaleza similar en la creación del derecho[120].

No deberíamos, sin embargo, caer en el error de trasponer sin más la teoría jurídica del delito al ámbito de la racionalidad legislativa. El conjunto de principios que la sustentan deberá ser analizado en un nivel u otro de racionalidad, pero ello sucederá en el contexto de la racionalidad correspondiente. La racionalidad legislativa no se agota en el aseguramiento de un sistema de responsabilidad socialmente convincente, debiendo atender igualmente, cuando menos, a una correcta determinación de los objetos de tutela y del sistema de sanciones. Tampoco, por mucha coincidencia que se produzca, es lo mismo establecer los criterios que en un momento cultural e histórico determinado han de regir la exigencia de responsabilidad por los actos de uno, que plasmar tales criterios de manera operativa en el marco de un proceso judicial encargado de determinar tal responsabilidad en un caso concreto.

Fácil de apreciar es, por otra parte, la superposición parcial de contenidos que se produce entre los niveles de racionalidad legislativa y los criterios de interpretación de las leyes[121]. Así, la racionalidad lingüística se apro-

---

[117] Véase en especial apartados 1 a 3.

[118] Llaman la atención sobre su importancia en este ámbito, *Hassemer-Steinert-Treiber.* 2.

[119] Véase supra apartado 1 in fine

[120] Siempre que venza algunas inercias, como el efecto secante de la teoría jurídica del delito aludido en apartado 1 in fine. Véase ya una propuesta en ese sentido en *Díez Ripollés*. (1997). 14-15.

[121] Véase *Atienza.* 97-99, quien establece una vinculación más estrecha que la que yo formulo.

ximaría al criterio gramatical, la racionalidad jurídicoformal al criterio sistemático, la racionalidad pragmática, en alguna medida, al criterio histórico, y la racionalidad teleológica al criterio teleológico-valorativo. Aún podría decirse que de algún modo la racionalidad ética tendría algo que ver con el criterio de interpretación conforme a la constitución. Este solapamiento no ha de extrañar, pues si a través de los diversos niveles de racionalidad legislativa se deciden los contenidos de la ley, es justamente la determinación de esos contenidos lo que persiguen los criterios de interpretación. Por otro lado, tal coincidencia parcial refuerza la consistencia del derecho penal como instrumento de control social, al dotarle de un sustrato epistemológico equivalente en diferentes niveles operacionales, asegurando la continuidad de una misma estructura de racionalidad en la creación y en la aplicación del derecho.

De ahí que se haya de fomentar tal vinculación, aunque sin buscar paralelismos rígidos sospechosos. Entre otros motivos porque, dado el nivel aún rudimentario de la teoría y técnica legislativas, está aún pendiente de una convincente disipación la duda de si no estaremos ante una coincidencia sólo superficial, deliberadamente buscada para ocultar las carencias conceptuales de la racionalidad legislativa mediante su acercamiento a modelos ya conocidos y consolidados en otros ámbitos del derecho penal. Es la idea de coordinación, más que de identificación, la que debería regir las relaciones entre las racionalidades de creación y aplicación del derecho[122].

5.3. Ciertamente los intentos de descomposición de los diversos niveles de la racionalidad legislativa penal serán inicialmente provisionales e incompletos. Ni siquiera estarán probablemente en condiciones de mantener una cierta proporcionalidad en la atención prestada a los contenidos de cada una de las racionalidades, centrándose más bien en aspectos de algunas de ellas de especial interés. Pero si logran distribuir de manera coherente principios y criterios entre las diversas racionalidades, y enriquecerlas progresivamente, ya se habrá realizado una labor, modesta, pero trascendente.

A mi juicio, y sin perjuicio de su denominación como principio, regla o criterio, los materiales que se han de introducir en las sucesivas racionalidades pueden responder a alguna de las caracterizaciones siguientes: Por un lado, a partir de los *principios estructurales de primer grado* y, en menor medida, del *criterio democrático*, identificados y alojados en la racionalidad ética, se han de descomponer una serie de *principios estructurales de segundo grado* que desenvuelven su actividad dentro de los presupuestos específicos de alguna de las subsiguientes racionalidades, a cuyas pautas

[122] Estima que una racionalidad legislativa desarrollada terminaría condicionando la racionalidad judicial de forma decisiva, *Calsamiglia.* 177.

éticopolíticas, de efectividad y eficacia, de consistencia o de comunicabilidad sirven.

Por otro lado, existen unos principios a los que podemos denominar *coyunturales*, los cuales ya no constituirían un desarrollo de los principios estructurales de primer grado en cualquiera de las racionalidades subsiguientes, sino que, sin contradecir a éstos, expandirían las exigencias de racionalidad del nivel en el que se localizan en un plano más restringido y contingente, muy vinculado a las cambiantes realidades sociales o jurídicas, y sin un último fundamento ético. Ello explicaría igualmente que su relevancia se confine al ámbito de la creación del derecho, sin que tengan reflejo operativo en la aplicación de éste por la jurisdicción o la ejecución penales, a diferencia de lo que será normal en los principios estructurales[123].

Bibliografía citada

ABAJO QUINTANA, J. (1994). «Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley: Antecedentes y finalidad». En *Corona-Pau-Tudela.* «La técnica legislativa a debate». Tecnos.

AGUILÓ REGLA, J. (2000). «Técnica legislativa y documentación automática de legislación». En *Carbonell-Pedroza.* «Elementos de técnica legislativa». UNAM.

AMELUNG, K. (1980). «Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung». ZStW.

ATIENZA, M. (1997). «Contribución a una teoría de la legislación». Civitas.

BECK, U. (1998). «La sociedad del riesgo». Paidós

CALSAMIGLIA, A. (1993). «¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?». Doxa. 13.

CEREZO MIR, J. (1996). «Curso de derecho penal español. Parte general. I. Introducción». 5ª edición. Tecnos.

CORONA FERRERO, J.M. (1994). «En torno al concepto de técnica legislativa». En *Corona-Pau-Tudela.* «La técnica legislativa a debate». Tecnos.

CUERDA RIEZU, A. (1991). «El legislador y el derecho penal». Ed. Centro de estudios R. Areces.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (1988). Recensión a W.Perron. «Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht». ADPCP.

– (1991). «La categoría de la antijuricidad en derecho penal». ADPCP.

– (1997). «El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista». Jueces para la democracia. nº 30.

– (2001). «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena». Actualidad penal. nº 1.

– (2002). «Un modelo dinámico de legislación penal», en «La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Cerezo Mir». Díez Ripollés-Romeo Casabona-Gracia Martín-Higuera Guimerá eds. Tecnos. En prensa.

FERRAJOLI, L. (1990). «Diritto e ragione». Editori Laterza.

[123] Véase una primera formulación de estos principios en *Díez Ripollés.* (1997). 12-13, 15-17.

GIMÉNEZ ALCOVER, P. (1993). «El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann». J.M.Bosch editor.

GARCÍA PÉREZ, O. (1997). «La punibilidad en el derecho penal». Aranzadi editorial.

HABERMAS, J. (1994). «Faktizität und Geltung». Suhrkamp. 4ª edic.

HAFFKE, B. (2001). «Die Legitimation des staatlichen Strafrechts zwischen Effizienz, Freiheitsverbürgung und Symbolik», en «Festschrift für Claus Roxin». Walter de Gruyter.

HASSEMER-STEINERT-TREIBER. (1978). «Soziale Reaktion auf Abweichung und Kriminalisierung durch den Gesetzgeber». En «Sozialwissenchaften im Studium des Rechts. Bd. III. Strafrecht». Verlag C.H.Beck.

HIERRO, L. (1996). «El imperio de la ley y la crisis de la ley». Doxa. 19.

LARRAURI PIJOAN, E. (1998). «Control del delito y castigo en EEUU: una introducción para el lector español». En v. Hirsch. «Censurar y castigar». Trotta.

– (2001). «Aportación de las ciencias sociales a la elaboración de reformas en la legislación penal». En «Los problemas de la investigación empírica en criminología». Díez Ripollés-Cerezo Domínguez eds. Tirant-IAIC.

LUHMANN (1995). «Das Recht der Gesellschaft». Suhrkamp.

MARCILLA CÓRDOBA, G. (2000). «Sobre la necesidad de una nueva ciencia de la legislación». En *Carbonell-Pedroza.* «Elementos de técnica legislativa». UNAM.

MARTINEZ-BUJÁN, C. (2002). «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del «Big Crunch» en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)», en «La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Cerezo Mir». Díez Ripollés-Romeo Casabona-Gracia Martín-Higuera Guimerá eds. Tecnos. En prensa.

MIR PUIG, S. (1982). «Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho». 2ª edic. Bosch casa editorial.

PALAZZO, F. (1997). «Scienza penale e produzione legislativa: Paradossi e contradizioni di un rapporto problematico». Rivista italiana di diritto e procedura penale.

PRIETO DEL PINO, A.M. (2002). «El abuso de información privilegiada en el mercado de valores». Tesis doctoral inédita.

PRIETO SANCHÍS, L. (1998). «Ley, principios, derechos». Dykinson.

RODRÍGUEZ MONDRAGÓN, R. (2000). «El proceso de producción legislativa, un procedimiento de diseño institucional». En *Carbonell-Pedroza.* «Elementos de técnica legislativa». UNAM.

SAINZ MORENO, F. (1994). «Técnica normativa: Visión unitaria de una materia plural». En *Corona-Pau-Tudela.* «La técnica legislativa a debate». Tecnos.

ROXIN, C. (1972). «Política criminal y sistema del derecho penal». Bosch casa editorial.

SALVADOR CODERCH, P. (1982). «Dogmática jurídica y teoría de la legislación». Cuadernos de la Facultad de Derecho de Palma de Mallorca. 3-82.

– (1986). «Introducción». En «La forma de las leyes». Bosch casa editorial.

– (1989). «Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa». En «Curso de técnica legislativa. Gretel». Centro de Estudios Constitucionales.

SCHÜNEMANN, B. (1996). «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídicopenal alemana». Universidad Externado de Colombia.

SILVA SÁNCHEZ, J. (1997). «Nuevas tendencias políticocriminales y actividad jurisprudencial del tribunal supremo». En *Romeo Casabona* ed. «Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución». Comares.

– (1992). «Aproximación al derecho penal contemporáneo». J.M.Bosch editor.

– (1999). «La expansión del derecho penal». Civitas.

SOTO NAVARRO, S. (2002). «Los bienes jurídicos colectivos. Legitimidad y bases metodológicas para su concreción». Tesis doctoral inédita.

TUDELA ARANDA, J. (1994). «La legitimación competencial de las leyes y la técnica normativa». En *Corona-Pau-Tudela.* «La técnica legislativa a debate». Tecnos.

VALLE MUÑIZ, J.M. (1994). «El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal». PPU.

ZAPATERO GÓMEZ, V. (1994). «De la jurisprudencia a la legislación». Doxa. 15-16.

ZIMRING-HAWKINS-KAMIN (2001). «Punishment and Democracy. Three Strikes and you're out in California». Oxford University Press.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN*

(Sobre el alcance de la taxatividad)

José Juan Moreso
Universitat Pompeu Fabra, Barcelona

> Se dirá, sin duda, que las cuestiones que la ley parece no poder decidir tampoco podría conocerlas un hombre. Pero la ley educa expresamente a los gobernantes y prescribe que éstos juzguen y administren con el criterio más justo lo que cae fuera de su alcance.
>
> (Aristóteles, *Política*, III, 16)

1. Introducción

El título de este trabajo promete, sin duda, demasiado. Por esta razón conviene, de buen principio, acotar un poco más el alcance de mi objetivo. Para comenzar, sólo atenderé a un aspecto del principio de legalidad penal, a lo que se conoce como *principio de taxatividad*, esto es, de los tres aspectos clásicos de una de las formulaciones del principio de legalidad: la prohibición de retroactividad (*nullum crimen sine lege previa*), la reserva de ley (*nullum crimen sine lege scripta*) y la exigencia de certeza o determinación (*nullum crimen sine lege stricta* o *sine lege certa*), me referiré fundamentalmente al tercero. Por otra parte, las causas de justificación sólo serán estudiadas desde la perspectiva de la exigencia de determinación de las leyes penales. Aunque el argumento que voy a presentar es también aplicable a algunas causas de exclusión de la culpabilidad, como la eximente de miedo insuperable (art. 20.6 del Cp), tampoco me voy a detener en los interesantes problemas conceptuales que surgen al trazar la distinción entre causas de justificación y causas de exculpación[1], ni –al menos de una manera directa– en

* El texto de este trabajo tuvo su origen en una ponencia presentada en el III Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal: *Principio de legalidad, interpretación y Derecho Penal*, los días 30 de mayo y 1 de junio de 2001 en la Universidad de León. Quiero hacer constar mi sincero agradecimiento a los organizadores del seminario, Miguel Diaz García-Conlledo y Juan Antonio García Amado, y a todos los participantes, que permitieron que las sesiones tuvieran lugar en un clima humanamente cordial y académicamente estimulante. Por otra parte, quiero también agradecer las sugerencias y comentarios, que tan amablemente hicieron a una primera versión de este trabajo, de Juan Carlos Bayón, Jordi Ferrer, Víctor Ferreres, Elena Larrauri, Josep Lluís Martí, Pablo E. Navarro, Ángel J. Sanz Morán y Josep M. Vilajosana.

[1] Confío en que bastará, para los propósitos de este texto, con decir que un comportamiento está *justificado* cuando el autor del comportamiento es responsable de haberlo realizado, pero el comportamiento es correcto desde el punto de vista jurídico (es conforme a Dere-

la importante cuestión de si cabe concebir causas extralegales de justificación.

Con estas aclaraciones en mente, el problema que deseo plantear es, *in nuce*, el siguiente: A menudo, se afirma que la taxatividad exige que las leyes penales contengan, en la descripción de los comportamientos prohibidos penalmente y sujetos a una sanción, solamente términos descriptivos y que dichos términos sean lo más precisos que sea posible. Es decir, que la vaguedad que afecta a todos los conceptos generales, incluidos los empíricos, sea reducida en la mayor medida posible. Si leemos los libros segundo y tercero de nuestro código penal, comprobaremos que la exigencia de taxatividad se cumple en algún grado, mayor en la redacción de unos tipos que en la de otros, pero al menos por lo que hace referencia a una parte de ellos, de una manera suficiente. No obstante, para determinar si un comportamiento, acción u omisión, humano está penalmente prohibido no basta con determinar que dicho comportamiento es una instancia de un caso genérico descrito por una disposición penal de los libros segundo o tercero, hace falta también que dicho comportamiento no sea una instancia de los casos genéricos descritos en las causas de justificación del art. 20 del libro primero. Es indiferente para los fines de este argumento, que se sostenga o no la denominada teoría de los elementos negativos del tipo, según la cual el tipo penal consta de dos partes, la parte positiva, que es la descripción genérica del comportamiento, *prima facie*, prohibido y la parte negativa, que es la descripción genérica de los supuestos que constituyen excepciones a las anteriores prohibiciones *prima facie*[2], puesto que un comportamiento típico, pero no antijurídico, es un comportamiento –al margen de la concepción que se defienda acerca de las relaciones entre antijuridicidad y tipicidad– penalmente permitido. Ahora bien, en nuestro ordenamiento (como en todos los que conozco y, como veremos, en algunos mucho más que en el nuestro) las causas de justificación están descritas muchas veces mediante términos imprecisos y valorativos. Creo que diríamos que infringen la exigencia de taxatividad redacciones de tipos penales como los siguientes: «El que causare un mal a otro, será castigado con la pena P1» o «El que provocare suficientemente a otro, será castigado con la pena P2».

Estas consideraciones nos conducen al siguiente trilema: o bien proponemos una redacción de las causas de justificación que respete el principio de determinación o bien proponemos un derecho penal sin causas de justifi-

---

cho); en cambio, un comportamiento está *excusado* cuando es incorrecto desde el punto de vista jurídico (no es conforme a Derecho), pero su autor no es responsable de haberlo realizado. Puede verse está configuración general de la distinción entre justificaciones y excusas en John L. Austin, «A Plea for Excuses» en *Philosophical Papers*, (Oxford: Oxford University Press, 1961), pp. 175-204, en p. 176.

[2] Vd., por todos, Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, (Barcelona: Reppertor, 1998[5]), p. 130.

cación o bien limitamos el alcance del principio de taxatividad para que no incluya, o para que incluya de manera atenuada, las causas de justificación.

En lo que sigue analizaré las tres vías que el trilema plantea, y algunas de sus variantes, pero antes es conveniente detenerse en una presentación más detallada del principio de taxatividad y de su justificación, que ha de permitirnos la elucidación crítica de las posibilidades que se nos abren.

2. El concepto de taxatividad[3]

El principio de taxatividad exige la formulación en términos precisos de los supuestos de hecho de las normas penales[4]. Esta exigencia suele ser entendida en, al menos, dos sentidos: a) una reducción de la vaguedad de los conceptos usados para determinar los comportamientos penalmente prohibidos y b) una preferencia por el uso de conceptos descriptivos frente al uso de conceptos valorativos.

Sin embargo, en la discusión actual hay perfecta consciencia de que la vaguedad de los conceptos, la indeterminación semántica, es un rasgo ineliminable de nuestros conceptos generales[5]. Y esto es así por, al menos, dos razones: en primer lugar, porque siempre pueden aparecer casos marginales

---

[3] El principio de taxatividad plantea muchas y muy interesantes cuestiones que aquí han de ser también marginadas. Pueden verse, sin embargo, las siguientes monografías en la doctrina española: desde el punto de vista penal, Fulgencio Madrid Conesa, *La legalidad del delito* (Valencia: Universidad de Valencia, 1983) y Nicolás García Rivas, *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional* (Madrid: Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1992) y, desde el punto de vista constitucional, Víctor Ferreres Comella, *El principio de taxatividad en materia penal (una perspectiva constitucional)* (manuscrito).

[4] El Tribunal Constitucional español entiende que tal exigencia se halla contenida en la formulación constitucional del principio de legalidad penal del art. 25 Cp, vd. por ejemplo STC 133/1987 (FJ 4º). En la doctrina penal española pueden verse, por todos, Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General* (supra nota 2), p. 78 y Manuel Cobo del Rosal, Tomás S. Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999), pp. 329-342.

[5] Entre los primeros filósofos analíticos pueden verse Bertrand Russell, «Vagueness', *Australasian Journal of Philosophy and Psychology*, 1 (1923): 84-92, Frederick Waismann, «Verifiability» en A.N. G. Flew (ed.), *Logic and Language* (Oxford: Basil Blackwell, 1951), pp. 117-144 y Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, (Oxford: Basil Blackwell), secc. 76 y 80. Dos libros recientes y excelentes sobre el problema filosófico de la vaguedad son: Timothy Williamson, *Vagueness* (London: Routledge, 1994) y Rosanna Keefe, *Theories of Vagueness* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000). Entre los filósofos del derecho pueden verse: Alf Ross, *On Law and Justice* (London: Stevens & Sons, 1958), pp. 114-115; H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1961), pp. 121 y ss.; Genaro R. Carrió, *Notas sobre Derecho y lenguaje* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965, pp. 31 y ss. Recientemente Claudio Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisis del linguaggio giuridico*, (Milano: Giuffrè, 1990); Jeremy Waldron, «Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues» *California Law Review,* 82 (1994), 510-540; Timothy Endicott, *Vagueness in Law* (Oxford: Oxford University Press, 2000). Entre los penalistas (aunque también sea filósofo del derecho) véase Winfried Hassemer, *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, (Barcelona: Bosch, 1984), pp. 221-243.

de la aplicación de un concepto general (¿cuántos cabellos son necesarios para que alguien no pueda ser denominado «calvo»?, ¿cuántos granos de arena hacen un montón de arena?, ¿cuántos euros hacen a una persona rica?. etc.), siempre pueden aparecer determinados casos individuales en los que tenemos dudas acerca de si son o no instancias del concepto. En palabras de H.L.A. Hart[6]:

> Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales.

Y, en segundo lugar, porque nuestro mundo es de tal manera que no está constituido por un número finito de propiedades, de manera que es posible que se nos presenten casos futuros, o que podamos imaginar casos hipotéticos, en los cuales tengamos dudas acerca de si el concepto se aplica o no a estos casos, lo que se conoce como *vaguedad potencial* o *textura abierta del lenguaje*. De nuevo en palabras de H.L.A. Hart[7]:

> Es una característica de la condición humana (y por ello también de la condición de los legisladores) que en todos los casos en que tratamos de regular, en forma no ambigua y por adelantado, alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales, para ser utilizados sin nuevas directivas oficiales en ocasiones particulares, nuestro empeño halla dos obstáculos conectados entre sí. El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de los propósitos. Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad... Obviamente este mundo no es el nuestro; los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar.

Estos dos rasgos de nuestros lenguajes son tenidos en cuenta cuando se considera el alcance del principio de taxatividad. La determinación de los conceptos contenidos en las disposiciones penales es una cuestión de grado y cuál deba ser el grado exigible, el umbral mínimo, depende en buena medida de la justificación de la taxatividad. Por ejemplo, la teoría penal estadounidense de la taxatividad, que lleva el nombre de *void-for-vagueness doctrine*, reconoce estos dos límites a la precisión exigida por el Derecho de

---

[6] H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (supra nota 5), p. 119; el texto de Hart es reproducido de acuerdo con la traducción castellana de G.R. Carrió, H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963), pp. 152-153.

[7] *Ibídem*, p. 125, trad. castellana p. 160.

los Estados Unidos para que una disposición penal sea conforme a la Constitución[8].

Veamos ahora los problemas que plantean los conceptos valorativos. En algunos casos, la preferencia por el uso de conceptos descriptivos frente al uso de conceptos valorativos es presentada de manera muy estricta. Así por ejemplo, uno de los más importantes defensores de la taxatividad como requisito de un Derecho penal garantista, Luigi Ferrajoli[9], considera que el uso de conceptos descriptivos en la formulación de las normas penales permite la formulación de proposiciones descriptivas relativas a esas normas penales, aptas para la verdad y la falsedad. Por ejemplo, el art. 148.3º del Cp considera una agravante del delito básico de lesiones el hecho de que la víctima fuere menor de doce años o incapaz, el hecho de que alguien sea menor de doce años es un hecho que puede ser descrito mediante un enunciado apto para la verdad y la falsedad (lo mismo puede decirse del hecho de ser un incapaz, aunque esta es una cuestión algo más compleja dado que «incapaz» es un término jurídico, cuya referencia depende de lo que establezcan otras normas jurídicas). Sin embargo, siempre según Ferrajoli, el uso de conceptos valorativos en la formulación de las normas penales no permite el establecimiento de proposiciones aptas para la verdad o la falsedad[10]:

> Una alternativa todavía más clara se produce según que el lenguaje usado por el legislador excluya o incluya términos valorativos. Como ejemplo de norma penal que designa un hecho y no un valor se puede señalar el art. 575 de nuestro código penal [el autor se refiere, es claro, al código penal italiano] que define el homicidio como el acto de «cualquiera que produce la muerte de un hombre»; en el extremo opuesto, como ejemplo de norma penal que expresa un valor y, por lo tanto, infringe el principio de estricta legalidad [«stretta legalità» es el nombre que Ferrajoli reserva para el principio de taxatividad], podemos recordar el art. 529 del mismo código que define los actos y los objetos obscenos como aquellos que «ofenden el pudor según el sentir común». La aplicación de la primera norma supone un juicio de hecho, del tipo «Ticio ha producido la muerte de un hombre»; la aplicación de la segunda supone, por el contrario, un juicio de valor del tipo «Ticio, según el sentir común, ha ofendido el pudor». El primer juicio, al referirse a un hecho empírico objetivo, es (relativamente) verificable y falsable, y es de esta manera un acto de conocimiento y de jurisdicción; el segundo, al referirse a una actitud de desaprobación del sujeto que lo pro-

---

[8] Vd., por ejemplo, Wayne R. LeFave, Austin W. Scott, Jr., *Substantive Criminal Law. Vol. 1* (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986), pp. 126-128. La doctrina penal norteamericana considera, en la actualidad, que la *void-for-vagueness doctrine* está incorporada en la quinta (por lo que respecta a las leyes federales) y decimocuarta (en relación con las leyes de los Estados) enmiendas de la Constitución, en sus «the due process clauses».

[9] Luigi Ferrajoli, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale* (Roma-Bari: Laterza, 1989), pp. 94-107.

[10] *Ibídem*, pp. 100-101. Vd. también sobre los conceptos valorativos Jerzy Wroblewski, *The Judicial Application of Law* (Dordrecht: Kluwer, 1992), pp. 138-141.

nuncia, es absolutamente inverificable e infalsable, y es, por lo tanto, un acto de valoración basado en una opinión subjetiva y meramente discrecional.

Si Ferrajoli tuviera razón, esto es, si todas las proposiciones que presuponen un juicio de valor, no fueran aptas para la verdad y la falsedad (fuesen, como a veces se ha dicho, únicamente expresiones de emociones), entonces habría una razón muy fuerte para eliminar los términos valorativos de la formulación de las normas penales: en presencia de conceptos valorativos nunca podríamos establecer si un caso individual es o no una instancia del concepto valorativo en cuestión. Es importante darse cuenta de que la presencia de conceptos valorativos en las normas penales constituiría un problema mucho más grave que el de la vaguedad de los conceptos, porque al fin y al cabo los conceptos vagos sólo son problemáticos en los casos marginales de aplicación, mientras que los conceptos valorativos, con arreglo a esta concepción, serían problemáticos en *todos* sus casos de aplicación.

Sin embargo, ¿qué razones tenemos para adoptar esta concepción de los conceptos valorativos? Parece que dicha concepción presupone la admisión de un enfoque no-cognoscitivista en materia moral, es decir, un enfoque según el cual los juicios morales son expresiones de emociones o bien prescripciones acerca de cómo debemos comportarnos y, por lo tanto, no pretenden describir el mundo[11]. Asumamos en este contexto que los conceptos valorativos tienen una función lingüística primariamente prescriptiva o recomendatoria, sin embargo es posible distinguir aquellos conceptos valorativos como los conceptos de bueno o correcto o inmoral cuyo contenido descriptivo es muy escaso (aunque no vacío, pensemos en expresiones como «X es un buen profesor» o «Y es una buena actriz') y que son llamados conceptos valorativos *ligeros* (*thin*) de aquellos otros conceptos valorativos con mayor contenido descriptivo, como los conceptos de honesto, casto o valiente, que se denominan conceptos valorativos *densos* (*thick*)[12]. En el caso de los conceptos densos es posible atribuirles un contenido descriptivo, la frase «La vida de la reina Isabel II no fue un ejemplo de castidad» tiene contenido informativo, aunque el que la profiere o escucha no comparta la aprobación por determinados estándares rigurosos de moral sexual.

---

[11] Los *loci classici* de la concepción emotivista son: A.J. Ayer, *Language, Truth and Logic* (London: Victor Gollancz, 1936), cap. 6 y Charles L. Stevenson, *Ethics and Language* (New Haven: Yale University Press, 1945) y de la concepción prescriptivista R. M. Hare, *The Language of Morals* (Oxford: Oxford University Press, 1952).

[12] La idea está inspirada en R.M. Hare, *The Language of Morals* (supra nota 11), p. 121 y ss. y desarrollada por Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy,* (London: Fontana Press, 1985), cap. 8; «Ethics» en A. C. Grayling (ed.), *Philosophy*, (Oxford: Oxford University Press, 1995), pp. 546-582 y «Truth en Ethics», *Ratio* 8 (1985), 227-242. Vd. también Joseph Raz, «Notes on Value and Objectivity» en *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, (Oxford: Oxford University Press, 1999), cap. 6.

Es más, respecto del ejemplo de Ferrajoli acerca del pudor (podemos pensar en los actos de exhibición obscena del art. 185 de nuestro Cp) podría argüirse que dicha expresión remite no a la aprobación o desaprobación del que tiene que tomar una decisión con arreglo a dicha pauta, sino a las creencias y actitudes de determinada sociedad y describir las creencias y actitudes de un grupo social es todavía una descripción[13]. Sin embargo, esta no me parece una vía muy prometedora, porque en la mayoría de casos interesantes los miembros de una sociedad aparecerían divididos al respecto (algunos de ellos estarían más bien perplejos) y entonces, como afirma Winfried Hassemer, deberíamos interrogarnos sobre qué grado de consenso se precisa para saber si se ha instanciado o no un concepto valorativo[14].

Sea como fuere, lo que me interesa destacar aquí es que los conceptos valorativos densos disponen de contenido informativo y, en esto, no se diferencian de los conceptos descriptivos; es más, en este sentido, son conceptos descriptivos, que poseen casos claros o paradigmáticos de aplicación: decir de una acción determinada que fue una acción valerosa o de otra que fue una acción cobarde, tiene contenido informativo. Es cierto, sin embargo, que los conceptos valorativos llevan aparejada la expresión de aprobación o desaprobación, en circunstancias normales, de aquel que los usa en el lenguaje y es esto lo que los distingue de los conceptos meramente descriptivos.

Los conceptos valorativos usados en la formulación de los tipos penales (‘carácter particularmente degradante o vejatorio», art. 180, 2ª Cp; «persona especialmente vulnerable», art. 180, 3ª Cp; etc.) o de las causas de justificación (‘grave peligro de deterioro», «entrada indebida», «necesidad racional del medio empleado», «provocación suficiente», en el art. 21, 4º Cp o «evitar un mal propio o ajeno», del art. 20, 5º Cp, etc.) son conceptos valorativos densos y, por esta razón, tienen contenido informativo. Ahora bien, dichos conceptos son vagos, algunos de ellos son extremadamente vagos (pensemos en la diferencia de precisión entre las circunstancias primera y segunda previstas como agravantes de las agresiones sexuales en el el mencionado art. 180 del Cp, mientras la primera se refiere a que la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, la segunda se refiere a hechos cometidos por tres o más personas actuando en grupo) y, por lo tanto, la zona de penumbra del concepto, la zona en la cual albergamos dudas acerca de la aplicación del concepto, es muy amplia. Con lo cual, el problema del uso de conceptos valorativos en la le-

[13] Se trata de una argumento de Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, , «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), pp. 315-316. Por cierto, que el texto de la norma penal a la que se refiere Ferrajoli en el párrafo que corresponde a la nota 10 («según el sentir común») parece aludir claramente a este supuesto.

[14] Vd. Winfried Hassemer, *Fundamentos del Derecho Penal* (supra nota 5), pp. 240-241.

gislación penal no reside en que, como defiende Ferrajoli, carezcan de contenido informativo, sino en que son vagos en un alto grado.

Por lo tanto, dado que sabemos que la vaguedad es un rasgo inerradicable del lenguaje en el que formulamos las pautas generales y que, como he tratado de mostrar, el problema de los conceptos valorativos reside en su amplio grado de indeterminación, podemos sostener que el principio de taxatividad exige un determinado grado de precisión o de determinación semántica, puesto que sabemos que la precisión nunca podrá ser absoluta. Qué grado de precisión, dónde situar el umbral de la taxatividad admisible, incluso constitucionalmente admisible[15], es algo que ya no depende del concepto de taxatividad, sino de la justificación de la taxatividad.

3. La justificación de la taxatividad

Que las leyes penales sean precisas, que estén sometidas al principio de taxatividad, es una parte del ideal ilustrado de certeza del Derecho. Sólo leyes claras, precisas y cognoscibles por sus destinatarios permiten a los seres humanos elegir y trazar sus planes de vida con garantías[16]. Si nos preguntamos porqué es valioso que las personas elijan y ejecuten sus propios planes de vida, la respuesta sólo puede ser porque ésta es una forma de mostrar respeto por su *autonomía personal*[17], puesto que una de las dimensiones de la autonomía personal es precisamente la capacidad de elegir y ejecutar los planes de vida de uno mismo[18]. En la medida en que las leyes penales no son precisas, disminuye la capacidad de cada uno de planificar su propia vida a la vista de lo que el Derecho penal establece. La autonomía así comprendida es un principio de la racionalidad, dado que somos seres racionales –capaces de trazar y perseguir fines– es importante para nosotros el conocimiento de los obstáculos que pueden impedirnos alcanzar nuestros fines[19]. Entonces el principio de taxatividad puede contemplarse como una de las dimensiones del principio de legalidad, y más en general como una de

---

[15] Manuel Cobo del Rosal, Tomás S. Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General* (supra nota 4), p. 335, escriben: «Una ley penal... que no determinase con exactitud la esfera de lo punible, estaría en conflicto con la Constitución».

[16] Como es sabido, Lon Fuller ve en la claridad uno de los elementos constitutivos de lo que denomina la *moralidad interna del Derecho* (junto con la exigencia de que las leyes sean generales, públicas, irretroactivas, no contradictorias, que no impongan deberes imposibles de cumplir, estables en el tiempo y que la actuación de los órganos del estado sea congruente con lo que las leyes establecen). Lon Fuller, *The Morality of Law* (New Haven: Yale University Press, 1969), cap. II.

[17] Vd., en este sentido, Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 1995), p. 67.

[18] Vd., por ejemplo, Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos* (Buenos Aires: Astrea, 1989^2), p. 229.

[19] Vd. Joseph Raz, *The Authority of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1979), p. 27, nota 27.

las garantías del Estado de Derecho –de la *Rule of Law*–[20], que comporta concebir el Derecho penal como un conjunto de pautas públicas dirigidas a personas racionales con el propósito de guiar su comportamiento y de suministrar las bases de la cooperación social. También puede contemplarse de esta manera la vinculación de la taxatividad con la libertad. En palabras de John Rawls: «si el principio ningún delito sin una ley es violado, digamos por leyes vagas e imprecisas, la libertad con la que contamos es también vaga e imprecisa. Los límites de nuestra libertad devienen inciertos»[21].

Es importante notar que el ideal de la certeza del Derecho puede considerarse desde tres puntos de vista: a) desde el punto de vista de los ciudadanos, b) desde el punto de vista de la policía y c) desde el punto de vista de los órganos de aplicación del Derecho penal, jueces y Tribunales penales. Aunque algunas veces se ha sostenido que las normas penales no van dirigidas a los ciudadanos ordinarios sino a los jueces, aquí supondremos que afirmar que un comportamiento está penalmente prohibido es sinónimo de que dicho comportamiento lleva aparejada una sanción penal, que es un delito o falta penal, y que las normas penales son capaces de guiar el comportamiento de los ciudadanos. Habitualmente, la claridad de las normas penales desde el punto de vista del ciudadano, reduce la discrecionalidad de la policía y también de los órganos de aplicación. Son como dos caras de la misma moneda: a mayor claridad de la norma, mayor autonomía de los ciudadanos y menor grado de discreción de los jueces y de la policía, a la hora de arrestar y condenar a los ciudadanos. Sin embargo, pueden existir casos en que esto no sea así: una norma penal puede establecer que en determinadas circunstancias de desórdenes públicos, la policía podrá requerir a determinados ciudadanos a que abandonen determinada zona y, si no lo hacen, podrá detenerlos y los jueces condenarlos; en este supuesto la norma es taxativa para los ciudadanos y también para los jueces –si la policía ordena desalojar determinada zona existe la obligación de hacerlo, y si alguien desobedeció a la policía los jueces deben castigarlo–, ahora bien es imprecisa para la policía y aumenta su discreción[22].

Por estas razones, es importante destacar que la exigencia de certeza de las normas penales tiene una doble dimensión: por un lado se dirige al legislador para que las leyes penales sean claras y precisas y, por otro, se dirige a reducir la discreción de la policía para arrestar y de los jueces para

---

[20] Joseph Raz (supra nota 19), pp. 214-215.

[21] John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971), p. 239.

[22] Vd. un caso de estas características en donde el Tribunal Supremo de los Estados Unidos aplica la *void-for-vagueness doctrine* a una ley que, aunque taxativa para los ciudadanos, era muy discrecional para la policía, *City of Chicago v. Morales* (US Supreme Court, 10 june 1999).

condenar, obligándoles a ceñirse a la ley y prohibiéndoles la aplicación analógica de las leyes penales[23].

Podemos preguntarnos ahora si la exigencia de certeza ha de ser llevada al extremo.

Parece plausible contestar negativamente a esta cuestión. Llevar la certeza al extremo nos enredaría en un casuismo desaconsejable. El casuismo es desaconsejable porque las reglas siempre incluyen algunos casos que la razón que justifica tener esa regla no abarca y excluyen algunos que la razón que justifica la regla exigiría que estuvieran incluidos. Es más, cuanto más se aleja la formulación de la regla de su razón justificante mayor es el peligro de sobre e infrainclusión. Pongamos un ejemplo: si en un restaurante nos hallamos con un cartel que reza: «Prohibida la entrada de perros en el restaurante» y la razón que justifica la regla es la de permitir a los clientes del restaurante disfrutar de una comida tranquila, entonces la regla incluye casos que no son incluidos por la justificación de la regla, como el de los perros lazarillo, y no incluye casos que si cubre la razón justificante, como el de los tigres[24]. Entonces, tenemos un problema: formular la razón justificante (algo como, en nuestro ejemplo, «Prohibida la entrada en el restaurante con todo aquello que pueda molestar a los clientes») y dejar un amplísimo margen para la discrecionalidad del encargado de hacer cumplir la regla o bien formular la regla de una forma más alejada de su razón justificante pero con consciencia clara de que incluiremos casos no previstos por la razón justificante y excluiremos otros casos que sí estaban previstos. Es obvio que regular el comportamiento humano mediante reglas supone optar por la segunda vía. Ahora bien, cuánto más detallada y casuista sea nuestra formulación, más peligro de infrainclusión habrá. Otra vez aquí, la taxatividad es una cuestión de grado.

Apliquemos ahora estas ideas a las normas penales. El problema de la infrainclusión es menor en el Derecho penal, dado que una vez asumida la importancia de la certeza vinculada con la autonomía y apreciada la gran afectación que en la vida de las personas producen las sanciones penales, estamos dispuestos a aceptar que los comportamientos que no están prohibidos penalmente están penalmente permitidos. Existen, por otra parte, otros mecanismos en los ordenamientos jurídicos para desincentivar aquellos comportamientos que quedan excluidos de la regulación penal taxativa. El problema de la sobreinclusión es, en cambio, muy importante en el Derecho penal. Muchos autores han señalado el peligro que la incorporación de nuevos tipos penales, a menudo ampliamente indeterminados, tiene para

---

[23] Vd., por todos, Jesús-María Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* (Barcelona: Bosch, 1992), p. 254.

[24] Estos rasgos de todas las reglas generales (*under- y over-inclusiveness*) son señalados por Frederick Schauer, *Playing by the Rules* (Oxford: Oxford University Press, 1991), pp. 31-34.

el ideal de certeza y, como es obvio, el peligro proviene del hecho que pueden incluirse en los supuestos de hecho de dichos tipos muchos comportamientos no abarcados por su razón justificante[25].

Sin embargo, para el tema que nos interesa –el de las causas de justificación– es importante señalar que la función de dichas eximentes de la responsabilidad penal es precisamente excluir de los comportamientos penalmente prohibidos, aquellos que aún siendo instancias de los comportamientos descritos en las normas penales, no caen bajo el alcance de la razón que justifica su punición[26], porque entran en conflicto con otros bienes o intereses que el Derecho también protege. En este supuesto, aunque este punto será objeto de desarrollo más adelante, es necesario que las causas de justificación estén formuladas de una forma tal que permita moldear adecuadamente los argumentos a favor de la exención de la responsabilidad, de manera que en este ámbito no reste ningún supuesto de sobreinclusión.

4. El casuismo y las causas de justificación

La primera opción del trilema planteado en la introducción de este trabajo es la siguiente: exijamos que las causas de justificación en el Derecho penal sean formuladas de manera concreta y detallada. Esto comportaría, muy probablemente, formular las causas de justificación para cada uno de los tipos penales de los libros segundo y tercero de nuestro código penal. De no ser así, es obvio que las causas de justificación tendrán una redacción más general, y en este sentido más imprecisa, porque –como ocurre ahora– van referidas a todos los supuestos incluidos en los tipos penales. Puesto que, dicho con las palabras de Claus Roxin, las causas de justificación[27]:

> Operan más allá de la correspondiente clase *(typus)* de delito y son válidas para todos los tipos o al menos para un gran número de ellos y por eso adoptan sus regulaciones, no describiendo fragmentos de la vida típicamente delictivos, sino sentando principios de orden social (principio de ponderación de bienes, principio de autoprotección, etc.).

Alguien podría argüir, sin embargo, que el legislador penal debería concretar estos principios de orden social a la configuración de cada tipo penal, con el objetivo de respetar el ideal de certeza impuesto por el principio de

---

[25] Vd., por todos, Winfried Hassemer, «Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno», trad. de E. Larrauri, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales* enero-abril (1992): 235-248 y Jesús-María Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* (supra nota 22), pp. 252-258.

[26] En palabras de H.L.A. Hart: «Matar en legítima defensa es una excepción a una regla general que hace punible el matar, es admitido porque el fundamento o el objetivo que justifica, en general, el castigo del homicidio no incluye casos tales como éste». *Punishment and Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 1968), p. 13.

[27] Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I* , trad. de la 2ª ed. alemana de D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesa, (Madrid: Civitas, 1997), p.286.

taxatividad. Ocurre que ello resultaría en un casuismo que, si realizable, comportaría un grave peligro de infrainclusión de los comportamientos que consideramos justificados, transgrediendo así la función principal para la que las causas de justificación existen en Derecho penal: eliminar la sobreinclusión de los comportamientos prohibidos[28]. Me explico: aquellos comportamientos típicos no incluidos en las causas de justificación por exceso de detalle en su formulación, serían comportamientos también antijurídicos. Mientras en la formulación de los tipos penales lo que importa es que no sean sobreincluyentes, en la formulación de las causas de justificación lo que importa es que no sean infrainclusyentes. Como el casuismo comporta infrainclusión, entonces debemos rechazar una formulación detallada, tipo por tipo, de las causas de justificación.

5. Un Derecho penal sin causas de justificación

La segunda posibilidad de nuestro trilema tiene dos variantes: a) la primera consiste en que, a la vista de que las causas de justificación no se dejan moldear por el principio de taxatividad, postulemos un Derecho penal que no reconoce causas de justificación de ningún tipo y b) la segunda considera que podemos construir un Derecho penal sin causas de justificación explícitas, pero en las cuales los órganos de aplicación del Derecho disponen de la competencia para absolver a personas que realizaron los comportamientos típicos, en atención a las circunstancias concretas del supuesto enjuiciado.

La primera variante no ha sido, que yo sepa, defendida por nadie. Comporta una posición tan dogmática acerca de la importancia de la certeza que resulta insostenible. El ideal de certeza no es el único ideal que el Derecho penal ha de perseguir. Las normas de un campo de concentración, por ejemplo, podrían ser formuladas con gran taxatividad, y ello no haría mejor la vida en el campo de concentración[29]. Es más, dado que el ideal de la certeza halla su justificación en el principio de la autonomía personal, debe ser complementado con el resto de ideales que están entrelazados con la autonomía personal y mi autonomía personal se menoscaba cuando, por ejem-

[28] Podría todavía argumentarse en contra señalando que algunas veces (como en la regulación relativa a la interrupción del embarazo del artículo 417 bis del anterior código penal, que conserva su vigencia en virtud de la disposición derogatoria 1, letra a) del código actual) el legislador establece para el tipo concreto las causas de justificación de manera detallada. Dos elementos son relevantes aquí: por una parte, si esta regulación es posible para todos y cada uno de los tipos penales y, por otra parte, si esta regulación hace inaplicables las causas de justificación de carácter general. Por lo que después diré, aunque no argumentaré ahora a favor de ello, puede colegirse que mi respuesta es negativa para ambas cuestiones.

[29] Una crítica de las ideas de Lon Fuller, mostrando que un sistema muy inicuo podría respetar las exigencias de lo que Fuller denomina la moralidad interna del Derecho (vd. supra nota 16) puede hallarse en Matthew Kramer, *In Defense of Legal Positivism* (Oxford: Oxford University Press, 1999), cap. 2.

plo, no puedo defenderme de agresiones de otros sin ser penalmente castigado. Tratar a los destinatarios de las normas penales como seres autónomos, comporta tomar en cuenta los supuestos en los cuales es posible que se produzcan conflictos entre los bienes que se desea proteger y proporcionar criterios para resolverlos. Un derecho penal sin causas de justificación carecería de criterios de solución para dichos conflictos (en el sentido de que no los consideraría ni siquiera conflictos), por lo tanto violaría la autonomía personal, que justifica también el ideal de certeza.

La segunda variante es más atractiva. Puede verse reflejada en la posición de Luigi Ferrajoli. Dado que Luigi Ferrajoli considera que todos los usos de conceptos valorativos son inverificables, no es extraño que no conceda un lugar especial en su construcción al estudio de las causas de justificación. Prefiere resolver el problema de la sobreinclusión de los tipos penales mediante el recurso a lo que denomina el *poder de connotación* del juez y el *juicio de equidad* [30]. Según Ferrajoli, una vez determinado que un cierto comportamiento es una instancia del caso genérico previsto en un tipo penal, el juez penal contaría todavía con la posibilidad de no condenar al autor de dicho comportamiento en atención a la comprensión de las características accidentales y singulares del caso individual. No es muy claro para mí en qué sentido es esto un poder de connotación, puesto que el juez deberá decir también qué propiedades del caso lo hacen merecedor de la absolución penal, y al hacerlo dichas propiedades tendrán también una referencia, su denotación. Pero, sea como fuere, es claro que se trata de que el juez considere algunas propiedades del caso no contempladas en el tipo penal. El propio Ferrajoli, en uno de sus ejemplos[31], contempla como un supuesto de dicho poder de connotación el juicio sobre un hurto famélico, que a menudo se considera un supuesto de estado de necesidad. Es decir, para Ferrajoli sería posible un derecho penal sin causas de justificación explícitas, en el cual el juez dispusiera del poder de absolver aquellos, que aún habiendo realizado los comportamientos típicos, no merecerían la sanción en atención a las circunstancias del caso concreto.

La situación propuesta por Ferrajoli se asemeja, en algún modo, a la situación de la legítima defensa en derecho inglés. Según Ashworth, el único requisito que se usa en los Tribunales ingleses para apreciar la justificación de *self-defence* es la razonabilidad (*reasonableness*) y ello comporta, como

---

[30] Luigi Ferrajoli, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale* (supra nota 9), pp. 135-160. Tal vez sea ésta también la vía sugerida por Rafael Hernández Marín, que privilegia por encima de todo el valor de la certeza y lo complementa con la posibilidad de que las instancias superiores de la magistratura puedan apartarse de la letra de la ley, siempre que no perjudiquen a particulares y que la injusticia de la decisión *legalista* sea grande y patente. Rafael Hernández Marín, *Introducción a la teoría de la norma jurídica* (Madrid: Marcial Pons, 1998), pp. 141-146.

[31] *Ibídem,* p. 139.

añade Ashworth, que el principio de taxatividad no es seguido en el Derecho inglés sobre el uso justificado de la fuerza[32].

Un derecho penal sin causas explícitas de justificación, pero con la posibilidad de los jueces de eximir de responsabilidad aunque se den las propiedades descritas en un tipo penal, respeta el requisito de eliminar la sobreinclusión de los comportamientos prohibidos penalmente. Pero lo hace, y esto es lo criticable, al precio de aumentar considerablemente la discrecionalidad de los jueces (y de no proporcionar a los ciudadanos ninguna pauta acerca de cuándo determinados comportamientos típicos van a ser considerados justificados), con lo que las decisiones de los jueces sufrirán necesariamente de falta de consistencia y articulación entre ellas. Además olvida que también las penas deben estar sujetas a la taxatividad; dejar los tipos totalmente abiertos en su límite inferior desafía también la taxatividad.

6. El alcance del principio de taxatividad en relación con las causas de justificación

La tercera posibilidad del trilema consiste en reducir la fuerza del principio de taxatividad en la formulación de las causas de justificación. En la formulación de los tipos penales el umbral mínimo de la taxatividad debe ser más alto que en la formulación de las causas de justificación. La razón puede ser deducida de las críticas a las otras vías abiertas por el trilema: la formulación de las causas de justificación debe permitir la exclusión como punibles de todos los casos no abarcados por las razones que justifican castigar determinados comportamientos. Para hacer posible este extremo es preciso que las causas de justificación sean lo suficientemente flexibles para adaptarse a nuevas circunstancias que querríamos ver incluidas como justificadas[33]. Pero ello es compatible con que la formulación de las causas de justificación establezca unas pautas generales que, a la vez que permitan excluir de los comportamientos penales prohibidos aquellos a los que no alcanza su justificación, introduzcan algunas restricciones a las decisiones posibles de los jueces y señalen claramente las vías por las cuales una persona puede presentar su comportamiento como justificado.

De hecho, esta es la posición de dos grandes teóricos del Derecho penal, de dos diversas culturas jurídicas, la inglesa y la alemana, me refiero a A.

---

[32] Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law* (supra nota 19), p. 136: «This indicates that the principle of maximum certainty is not followed in the English law on justifiable force».

[33] Esto es lo que ocurre con, por ejemplo, la necesidad de reducir la exigencia de que la agresión sea actual en la legítima defensa, para considerar justificados determinados comportamientos de mujeres aterradas por la posibilidad de que sus maridos acaben con su vida y con la de sus hijos en algún momento próximo. Puede verse al respecto, para la doctrina española, Elena Larrauri, «Violencia doméstica y legítima defensa –un caso de aplicación masculina del derecho» en E. Larrauri, D. Varona, *Violencia doméstica y legítima defensa* (Barcelona: EUB, 1995), pp- 9-88 y, también más en general, Heidi Hurd, «Moral Rights and Legal Rules: A Natural Law Theory» *Legal Theory* 6 (2000): 423-455, en pp. 427-430.

Ashworth y a C. Roxin. Ashworth considera adecuada la propuesta (en un proyecto de *Criminal Code*) de articular un conjunto de principios y subreglas que concreten las causas de justificación[34]:

> La certeza jurídica es importante desde el punto de vista de la producción de decisiones de los Tribunales consistentes y sujetas a principios, tanto como desde el punto de vista de la guía de la conducta de los ciudadanos. El enfoque del proyecto de Código penal que trata de articular algunos principios y subreglas es, por lo tanto, bienvenido. La promulgación de varias subreglas no priva a los Tribunales de la flexibilidad para responder a nuevos conjuntos de circunstancias, y cubre algunas cuestiones recurrentes que es adecuado determinar de un modo sujeto a principios más que en una forma *ad hoc.*

También Roxin es de esta opinión. Según Roxin, las causas de justificación no han de estar sujetas al principio de taxatividad de la misma manera que lo está la formulación de los tipos penales[35]:

> A partir de esos principios rectores [la ponderación de bienes, la autoprotección, etc.], para la aplicación del Derecho no se trata de subsumir como se hace en los elementos del tipo, sino que hay que desarrollar los principios concretándolos en la materia jurídica. Por eso en las causas de justificación la interpretación correspondiente al principio *nullum crimen* no está vinculada al límite del tenor literal, sino sólo a los principios ordenadores inmanentes a las respectivas causas de justificación...

La referencia de Roxin a que en los supuestos de aplicación de las causas de justificación no se trata de proceder a una operación de *subsunción* de casos individuales en casos genéricos, sino a una operación que guarda mayor similitud con la *ponderación* de conflictos entre principios es muy reveladora. Las causas de justificación sólo suministran las pautas generales con las cuáles el juez deberá construir, para el caso concreto, un conjunto de reglas que destaquen qué propiedades relevantes hacen aplicable o

---

[34] Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law* (supra nota 17), p. 136.

[35] Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I* , (supra nota 27), pp. 286. Esta es, también, la posición de George P. Fletcher, «The Nature of Justification», en Stephen Shute, John Gardner, Jeremy Holder (eds.), *Action and Value in Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 1993), 175-186, en pp. 180: «La legislación tiene una función en el campo de la justificación... que es diferente de su papel al hacer tan precisos como sea posible los elementos del delito... Estas disposiciones que establecen las causas de justificación pueden admitir un grado de vaguedad que sería intolerable bajo el principio del debido proceso de "fair warning", principio que requiere que los delitos sean definidos con la suficiente especificidad para advertir a las personas comunes de sus derechos y obligaciones», Ángel J. Sanz Morán, «Teoría general de la justificación», *Revista Penal*, 5 (2000) 74-89, en pp. 78-9: «...el mandato de certeza o taxatividad en la formulación de los tipos penales... se relaja(n) de manera notoria cuando se trata de los supuestos de exclusión (o atenuación) de la responsabilidad criminal» y Víctor Ferreres Comella, *El principio de taxatividad en materia penal (una perspectiva constitucional* (supra nota 3): «Un sistema jurídico-penal de signo liberal debe admitir cierta imprecisión *a favor del reo*, cierta indeterminación en las cláusulas que definen las circunstancias de exención de responsabilidad (causas de justificación y de exculpación)».

no la causa de justificación. Deberá hacerlo de forma que su decisión sea consistente con las decisiones del pasado y con las que se van a tomar en el futuro, en la medida de lo posible, pero podrá introducir argumentos nuevos que muestren la relevancia de alguna propiedad presente en el caso, hasta ahora desconsiderada[36].

Esta tercera posibilidad planteada por el trilema parece la más adecuada, en realidad muestra como el trilema puede disolverse. Comporta una reducción del alcance del principio de taxatividad a favor de poder excluir de los comportamientos punibles, aquellos que caen más allá de las razones justificantes. Expresa, a su vez, el mayor respeto por el principio de la autonomía personal, que si bien exige sujetar el comportamiento de los destinatarios de las normas penales mediante formulaciones claras y precisas, también supone tratarlos como seres *responsables* de sus acciones y omisiones y ser responsable de determinado comportamiento incluye también la posibilidad de argumentar a favor de que dicho comportamiento era un comportamiento justificado[37].

7. El Derecho penal y la moralidad

Se ha dicho en muchas ocasiones que una tesis central de la teoría positivista del Derecho es la de la separación conceptual entre el Derecho y la moralidad[38]. Alguien podría insistir, sin embargo, en que la presencia de causas de justificación en el Derecho penal, con términos que remiten casi inevitablemente a la argumentación moral, requiere reformular esta tesis. Discutiré en este apartado esta cuestión.

En primer lugar, quiero hacer alguna referencia a aquello que la tesis iuspositivista de la separación entre el Derecho y la moral no sostiene. No sostiene que los ámbitos del Derecho (penal, en nuestro caso) y de la moralidad son ámbitos distintos. Es obvio que la moralidad –sea cuál sea nuestra concepción acerca de su naturaleza– prohibe el homicidio, la violación, las lesiones, etc. y también los prohibe el Derecho penal. Es cierto que al-

---

[36] Para la ponderación, vd. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, (1986) trad. de E. Garzón Valdés, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), pp. 81-98. Para la idea de que la ponderación ha de ser concebida como un paso previo a la necesaria subsunción, en la que no puedo detenerme aquí, vd. José Juan Moreso, «Conflictos entre principios constitucionales», ponencia inédita presentada en *X Seminario internacional de Teoría y Filosofía del Derecho* (Vaquerías-Córdoba, Argentina, septiembre de 2000).

[37] Que considerar a los seres humanos como responsables está implicado por el hecho de considerarlos autónomos es afirmado por, por ejemplo, Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, tad. de la 2ª ed. alemana de 1960 de R. Vernengo, (México: UNAM, 1979), pp. 105-114, Lon Fuller, *The Morality of Law* (supra nota 16), p. 162 y John Rawls, *A Theory of Justice* (supra nota 21), p. 241.

[38] Vd, por todos, H.L.A. Hart, «Positivism and the Separation of Law and Morals» [1958] en H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, (Oxford: Oxford University Press, 1983), pp. 21-48.

gunos iusnaturalistas racionalistas pensaron que el ámbito de la moralidad era el de las intenciones y, en general, los actos mentales de las personas y que el Derecho era el ámbito de los actos externos. Pero esta es una tesis insostenible, también la moralidad (cualquier moralidad) considera más reprobable a la madre que enojada porque su hijita llora la ahoga en la bañera que a la que sólo desea hacerlo, pero se reprime. Y también el Derecho considera más reprobable a la madre que intencionalmente ahoga a su hijita en la bañera que a la madre que por descuido no consigue evitar que su hijita se ahogue en la bañera. No es en este sentido en el que el Derecho y la moralidad están separados.

En segundo lugar, en este trabajo he distinguido entre las razones que justifican tener una determinada norma penal y esa misma norma penal. Llamaré en esta discusión, por las razones que más adelante veremos, razones *subyacentes* a las primeras y razones *excluyentes* a las segundas. Entonces, es obvio, que las razones subyacentes han de ser de naturaleza moral, o sea que aún los positivistas sostendrán que las razones que justifican tener una u otra regulación penal son razones de naturaleza moral[39].

Sin embargo, en el ámbito del positivismo jurídico reciente existe una polémica que guarda relación con la discusión aquí esbozada acerca de las causas de justificación. Se trata de la polémica entre lo que se ha denominado positivismo jurídico *exclusivo* y positivismo jurídico *inclusivo*[40]. Dicho ahora muy brevemente, el positivismo exclusivo sostiene que en la identificación del Derecho existente nunca es necesario recurrir a la argu-

---

[39] Tal vez constituyan una excepción aquellos autores que piensan que es posible que el Derecho penal trate a la gente como objetos y no como sujetos y que argumente a favor de eliminar de nuestro Derecho penal nociones tales como la de responsabilidad, como sucede en algunos de los enfoques de *Law and Economics*. Vd., al respecto, Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990), cap. 5.

[40] Puede verse la discusión y la literatura relevante en José Juan Moreso, «In Defense of Inclusive Legal Positivism', en Pierluigi Chiassoni (ed.), *The Legal Ought,* (Torino: Giappichelli, 2001), pp. 37-64. La defensa más articulada del positivismo jurídico exclusivo es la de Joseph Raz (vd. infra y nota 41). Los precedentes del positivismo jurídico inclusivo pueden hallarse en Genaro R. Carrió, *Principios jurídicos y positivismo jurídico* (Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1971); David Lyons, «Principles, Positivism and Legal Theory» (*Yale Law Journal*, 87 (1977), 415-436, Philip Soper (1977), «Legal Theory and Obligation of the Judge: The Hart/Dworkin Dispute», *Michigan Law Review*, 75 (1977),511-542. Para un desarrollo más articulado hay que esperar la defensa de esta concepción en una serie de artículos de Jules L. Coleman, «Negative and Positive Positivism», *Journal of Legal Studies*, 11 (1982), 139-162, «On the Relationship between Law and Morality» en *Ratio* Iuris, 2 (1989), 66-78; «Authority and Reason» en Robert P. George (ed.), *The Autonomy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1996), pp.287-319; «Second Thoughts and Other First Impressions» (supra n. 9) pp.258-278; «Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis» en *Legal Theory*, 4 (1998), 381-426 y en el libro de W.J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Oxford University Press, 1994). Tal vez, también esta sea la posición (con el nombre de *soft-positivism*) de H.L.A. Hart, «Postscript» en *The Concept of Law,* ed. by P. Bulloch and J. Raz (Oxford: Oxford University Press, 1994).

mentación moral y que, por lo tanto, por una parte, la validez jurídica de determinadas pautas nunca depende de su adecuación moral y, por otra, cuando el Derecho usa conceptos morales, remite a la discreción de los aplicadores del Derecho. El positivismo inclusivo sostiene, en cambio, que contingentemente si el Derecho remite a la moralidad entonces se deberá recurrir a ella para identificar lo que el Derecho prescribe y que, por lo tanto, por una parte, puede ocurrir –aunque no es necesario– que la validez de determinadas pautas jurídicas dependa de la moralidad y, por otra parte, los jueces no tienen siempre discreción al aplicar pautas morales a las que el Derecho remite.

Puede resultar interesante detenerse en los argumentos del mayor defensor del positivismo jurídico exclusivo, Joseph Raz, porque son relevantes para nuestra discusión. El argumento de Raz puede denominarse el *argumento de la autoridad*, ya que surge de la concepción raziana de la autoridad y de su relación con las tesis centrales del positivismo jurídico tal y como Raz las comprende[41].

El argumento de Raz es complejo y ha sido ampliamente revisado y discutido. Mi pretensión es sólo presentarlo en una forma muy esquemática y prestar atención a alguno de los pasos del argumento.

Una doctrina filosófica acerca del derecho tiene que servirnos para comprender los rasgos más relevantes de la naturaleza de esta institución social. Una característica distintiva del derecho respecto a otros órdenes coactivos, así una banda de gángsters, es la pretensión de autoridad. Las autoridades jurídicas pretenden que sus normas son legítimas, es decir, que ellas pueden imponer obligaciones a los miembros del grupo social. Esto, por supuesto, no garantiza que las autoridades jurídicas sean realmente autoridades legítimas ya que eso depende de pautas morales independientes de las normas jurídicas. Sin embargo, un dato crucial para diferenciar a un asaltante de una autoridad, como un inspector fiscal, son las razones que invocan para respaldar sus exigencias. Atribuir autoridad a un individuo es reconocer su capacidad para vincularnos mediante normas. Por consiguiente, una doctrina filosófica tiene que explicar en qué consiste y bajo qué condiciones es posible que el derecho tenga autoridad.

Según Raz, un enfoque positivista del derecho es la única propuesta apta para dar cuenta del fenómeno de la autoridad del derecho. La estructura central de su argumento es la siguiente.

Las autoridades normativas son autoridades prácticas, es decir, sus normas modifican nuestras razones para actuar. Por ejemplo, nosotros no reconocemos ninguna autoridad a un loco para determinar qué porcentaje de nuestros ingresos deben ser destinados a sufragar los gastos del Estado. Así,

[41] Vd., por ejemplo, Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, (Oxford: Oxford University Press, 1986) especialmente caps. 2-3 y «Authority, Law, and Morality» en *Ethics in the Public Domain*, (Oxford: Oxford University Press, 1994), pp. 194-221.

aún si el loco declara a viva voz que estamos obligados a tributar un veinte por ciento de nuestras ganancias, su exclamación no genera ninguna razón para hacer aquello que nos exigen. Supongamos, en cambio, que la misma expresión es utilizada por el parlamento. Reconocer que este órgano tiene autoridad significa aceptar que debemos destinar el veinte por ciento de nuestros ingresos a sufragar los gastos del estado.

Las normas válidas son *razones excluyentes*. Ellas desplazan nuestras razones ordinarias del balance de razones. Aceptar una norma significa que admitimos que debemos comportarnos de una cierta manera, incluso cuando este comportamiento vaya en contra de nuestros intereses. En su función normativa, las autoridades ordenan (y no recomiendan o aconsejan) un determinado comportamiento.

Normalmente, las autoridades intentan resolver problemas y conflictos sociales mediante sus normas. La justificación de sus normas se vincula directamente con las razones ordinarias que los individuos tienen para comportarse de una cierta manera. Las directivas de una autoridad se justifican normalmente en las razones que existen para decidir los conflictos de una determinada manera.

De esta manera, Raz denomina a su doctrina *la concepción de la autoridad como servicio*. Su rasgo principal es que las autoridades son legítimas sólo si sus directivas nos permiten actuar de conformidad con las razones que deben guiar nuestras acciones de un modo mejor o más acertado que el que podríamos conseguir sin ellas. La autoridad nos presta un servicio al aplicar en fórmulas canónicas (normas) aquellas razones subyacentes que deberían integrar el balance de razones para nuestra acción. Este rasgo es denominado *la tesis de la dependencia*. La concepción de la autoridad como servicio también pone de manifiesto un requisito necesario para superar la objeción de la irrelevancia de las autoridades. La autoridad *sirve* en la medida en que cumplimos mejor con las razones subyacentes cuando nos guiamos por sus directivas antes que por nuestra propia deliberación sobre las razones aplicables en un determinado caso. Este rasgo se denomina *tesis de la justificación normal*. Por consiguiente, reconocer autoridad a un órgano, digamos el parlamento, implica considerar sus normas como razones para desplazar –o excluir, por esto Raz las denomina *razones excluyentes*– nuestro juicio o balance de razones sobre una cierta acción. Las normas de la autoridad no son una razón más en nuestra deliberación, sino que su función es precisamente reemplazar esta deliberación. Por ello, este rasgo se denomina *tesis del reemplazo*.

Un individuo puede ser una autoridad sólo cuando se dan las circunstancias necesarias para tener autoridad. Una de estas condiciones es la posibilidad de comunicar sus decisiones (normas/directivas). Estas decisiones reflejan, cuando la autoridad es legítima, las razones subyacentes para actuar en una determinada situación. Esto implica que las normas de la autoridad, esto es, aquello que ese órgano ha decidido, tiene que ser identifica-

das sin recurrir al mismo balance de razones que las normas pretenden reemplazar. Se sigue de ello que sólo una teoría del derecho que sostenga que el derecho puede ser identificado sin recurrir a argumentos morales sobre las razones subyacentes para actuar puede dar cuenta del fenómeno de la autoridad del derecho. Abandonar la tesis de las fuentes sociales implica – según Raz – dejar sin posibilidad de análisis un rasgo crucial del derecho y de su relevancia práctica, esto es, su autoridad. Por ello, la opción entre positivismo jurídico exclusivo y positivismo jurídico inclusivo se resuelve a favor del primer enfoque ya que este es el único capaz de explicar la naturaleza del derecho.

Me interesa notar que, con arreglo al argumento raziano, las causas de justificación no son razones plenamente excluyentes, puesto que para aplicarlas, como sabemos, es necesario acudir a las razones subyacentes. Si esto es así, un teórico del Derecho defensor del positivismo jurídico exclusivo, como Raz, debería elegir la primera o la segunda vía del trilema. O bien redactar las causas de justificación de manera que su contenido pueda ser identificado sin recurrir a las razones subyacentes, a la argumentación moral, o bien defender un derecho penal sin causas de justificación explícitas, confiando en que la discreción de los jueces impedirá que sean castigadas personas sin razones subyacentes para ello.

Hemos visto las graves dificultades que ambas posibilidades deben afrontar. Y ello es un argumento indirecto a favor del positivismo jurídico inclusivo. Francisco Laporta, por ejemplo, ha señalado que es en el ámbito del Derecho penal donde mayor penetración ha tenido la dinámica de la moralización, hasta el punto que, con sus propias palabras, «las normas del derecho penal tienden a aplicarse usando de un razonamiento práctico decididamente similar al razonamiento moral»[42], aunque como el mismo autor advierte[43]:

> Las normas morales que tienen vigencia en el seno de los sistemas jurídicos no han adquirido tal vigencia *por* su carácter moral, es decir, en virtud de su propia importancia ética, sino porque una norma específicamente *jurídica* del sistema hace a ellas esa remisión. Esa precaución permite mantener al mismo tiempo la idea de que no hay conexión *necesaria* entre el derecho y la moral, y la idea de que, a pesar de ello, las normas jurídicas de los ordenamientos modernos están con frecuencia penetradas de contenido moral.

En las causas de justificación, el Derecho penal remite a las razones subyacentes precisamente porque esta es la única forma de suministrar vías para excluir de la sanción penal todos los comportamientos que estas razones no abarcan. Ahora bien, lo hace de una manera sometida a pautas, el argumento moral que, sin duda, posibilita debe transitar por las vías (los requisitos de la legítima defensa, del estado de necesidad, etc.) que ella misma

---

[42] Francisco Laporta, *Entre el derecho y la moral* (México: Fontamara, 1993), p. 62.

[43] *Ibídem,* p. 61.

establece. De esta manera, pretende sujetar a los aplicadores del Derecho, ya que no a una versión estricta del principio de taxatividad, sí a unas decisiones no plenamente discrecionales, sino sujetas a la consistencia y a la articulación adecuada de dichas pautas.

8. Conclusiones

He tratado de mostrar que hay buenas razones para escoger la tercera de las posibilidades abiertas por el trilema planteado en la introducción de este trabajo, es decir, atemperar el alcance del principio de taxatividad respecto de las causas de justificación. Hay razones para defender que el umbral de precisión exigido para la formulación de los tipos penales ha de ser más alto que el umbral de precisión exigido para la formulación de las causas de justificación. Las razones son las siguientes: mientras en el caso de la formulación de los tipos penales, la precisión puede producir un cierto grado de infrainclusión, esto es, de casos abarcados por la razón justificante que la regla no abarca, esta infrainclusión es asumible en virtud de la importancia que otorgamos a la certeza en la delimitación de los comportamientos prohibidos penalmente; en cambio, en el caso de la formulación de las causas de justificación, el grado de infrainclusión sería mucho más grave, comportaría que determinados comportamientos justificados serían punibles, por esta razón precisamos una formulación más amplia y flexible de las causas de justificación, que sea capaz de abarcar todos los casos en los que no existe justificación para castigar.

Esta formulación más amplia y flexible (que incluye conceptos valorativos) comporta que, en muchos de los casos de aplicación de las causas de justificación, la justificación jurídica corre cercana a la justificación moral. Lo anterior no ha de resultarnos extraño, puesto que la introducción de criterios flexibles se lleva a cabo precisamente para permitir al aplicador del Derecho acudir a las razones subyacentes que justifican que determinados comportamientos sean punibles y, en muchos casos, las razones subyacentes son razones de carácter moral. El positivismo jurídico inclusivo reconstruye, adecuadamente en mi opinión, esta situación.

También he argüido, sin embargo, a favor de alguna formulación de las causas de justificación y en contra de la discrecionalidad absoluta, al respecto, de los aplicadores del Derecho. Que el Derecho penal señale explícitamente las vías por las cuales aquellos que toman una decisión en el ámbito penal han de acceder a las razones subyacentes, me parece que garantiza la articulación y consistencia de las decisiones institucionales, y la articulación y la consistencia son virtudes a las que ningún proceso de toma de decisiones puede renunciar.

DESPUÉS, MAS ALTO Y EXCEPCIONAL. CRITERIOS DE SOLUCIÓN DE INCOMPATIBILIDADES NORMATIVAS

Ricardo Víctor Guarinoni
Universidad de Buenos Aires

Una de las tareas mas importantes asignadas a la interpretación jurídica es la de resolver las incompatibilidades normativas, de modo de tratar de obtener un sistema de normas consistente. Desde antiguo, esta tarea se realiza echando mano a criterios que, por lo general, no integran la legislación, pero son universalmente aceptados, como los de *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*. Me propongo en este trabajo analizar desde el punto de vista teórico las relaciones posibles entre ellos, con miras a lograr una mejor comprensión de su funcionamiento.

Muchas veces estos criterios, como todas las máximas interpretativas, son utilizadas como justificación ad hoc de una determinada solución normativa, que el intérprete busca favorecer por motivos valorativos o ideológicos, aunque son presentados como de aplicación automática y conducentes a una única solución, que suele ser diferente a aquella a la que arriba otro intérprete. En el desordenado gremio de los juristas esto es bastante común. Pero creo que un análisis como el que propondré, aunque a veces roce lo obvio, permite elegir más racionalmente entre las soluciones posibles.

Sin dejar de lado el que la tarea que habitualmente denominamos interpretación del Derecho se integra con elementos diversos, entre los cuales el valorativo juega un gran papel, tanto en la selección de las normas a interpretar como en la elección de alguno de los significados posibles de las mismas, lo cual muchas veces se oculta cuidadosamente, aludiendo a inferencias formales.

I.- Normas encontradas

Para empezar, utilizaré algunos conceptos comunes, sin mayores precisiones que las que daré, dado que tratar de esclarecerlos aunque sea mínimamente, nos llevaría demasiado lejos [1].

[1] En lo que sigue, por razones de conocimiento propio (o, si se quiere, de ignorancia) me limitaré a dar ejemplos del derecho argentino, aunque no dudo que se pueden encontrar ejem-

En lo que sigue, daré por sentado que hay incompatibilidades normativas[2]. Prefiero utilizar el término: «*incompatibilidades*» antes que el más común de «*contradicciones*», dado que el de contradicción, si nos referimos a la lógica, es un concepto muy específico y excluiría, por ejemplo, a normas contrarias entre sí, que son incompatibles. Si una norma hace obligatoria a una conducta y otra la prohibe, son incompatibles, aunque no son contradictorias.[3] Cualquier jurista admitiría que un sistema jurídico consistente no puede contener ambas normas, tanto como no puede contener una norma que prohiba y otra que permita la misma conducta (caso típico de contradicción).

Si hablamos de incompatibilidades o contradicciones normativas, no es un problema pequeño el que ellas se dan en el marco de una lógica, y que no hay una lógica única aceptada en el campo jurídico. [4] Podemos, sin embargo, admitir, a nuestros efectos, que nos encontramos ante un problema cuando en un sistema normativo aparecen dos normas que regulan una conducta en forma incompatible, como por ejemplo si aparece caracterizada como obligatoria y prohibida, o permitida y prohibida, en el mismo contexto. Los criterios a que hicimos referencia buscan el modo de arribar a la conclusión de que una excluye a la otra.

Como veremos mas abajo, no debe confundirse este caso con el de aplicación de otras herramientas interpretativas que buscan demostrar que se trata de contextos diferentes.

---

plos similares en las legislaciones de diferentes países. El lector avisado sabrá encontrarlos en el sistema que le sea mas familiar

[2] La incompatibilidad puede darse entre partes de una misma regla. Aunque no es frecuente, hay casos en los cuales aparece P. ej . el art. 243 del Código Civil (ref. por ley 23264). «Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario». En realidad, hay que decir que aquí se trata de dos normas, que correlacionan el mismo caso con soluciones incompatibles. Es obligatorio presumir la paternidad del marido en el caso de un hijo nacido después de los trescientos días de interpuesta la demanda, si es antes de transcurridos los trescientos días de la sentencia, y es obligatorio no presumirla . Los juristas han tratado de hacer aplicable la norma proponiendo dar distinta entidad a las presunciones, pero reconociendo que hay una contradicción.

[3] En la Lógica deóntica standard, Op y O-p, que equivale a Php, son contrarios, no contradictorios (ver Guibourg, R, Echave, T. y Urquijo, M.E., Lógica, Proposición y Norma, Astrea, Buenos Aires, 1980, pág. 127)

[4] Me he referido al tema en «Avatares de la Lógica Deóntica», trabajo presentado en las XIV Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, realizadas por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, en Mar del Plata, 2000.

Al respecto, Alf Ross define a la inconsistencia entre dos normas como la situación que se da «*cuando se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas*» [5].

En el mismo sentido, Alchourrón y Bulygin expresan que las normas correlacionan casos (definidos por propiedades fácticas) con soluciones enunciados que describen acciones, deónticamente calificados) [6], y sostienen que un sistema normativo es incoherente cuando correlaciona el mismo caso con soluciones contradictorias [7].

El corolario es que solo hay una contradicción o incompatibilidad cuando se trata del mismo caso, o condición fáctica. Ello se corresponde con una concepción de las normas como enunciados condicionales, que establecen que una conducta deviene obligatoria, prohibida o permitida cuando se produce determinado antecedente, comúnmente llamado un caso.

Es obvio que no se pueden considerar incompatibles normas que prevén soluciones incompatibles para casos diferentes. Un ejemplo grosero: el que una norma sancione el homicidio con pena de prisión de 8 a 25 años, y otra el hurto con pena de prisión de 2 a 4 años no hace que ambas normas sean incompatibles.

Las incompatibilidades normativas aparecen cuando los casos se superponen, total o parcialmente, y las soluciones son incompatibles, ya que si fueran equivalentes, o una estuviera implicada por otra, nos encontraríamos ante un caso de redundancia, que no presenta mayores problemas, dado que las soluciones aportadas a un caso son idénticas. [8]

Enfrentados a una incompatibilidad normativa, los juristas suelen optar por dos formas de solución:

a) Reconstruir el sistema de modo de mostrar que se trata de dos normas que se refieren a condiciones fácticas –o casos– diferentes. Para ello emplean una vasta gama de herramientas interpretativas, con diferentes presupuestos semánticos y pragmáticos, que pueden fundarse en la construcción anfibológica de las reglas, o en la vaguedad del lenguaje, que no serán objeto de consideración en el presente. Para utilizar una metáfora espacial, sería el equivalente a salir de un laberinto por arriba;

---

[5] Ross, Alf, Sobre el Derecho y la Justicia, EUDEBA, Bs.As,, 1963, pág. 124

[6] Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Astrea, 1974, pág. 79

[7] Alchourrón y Bulygin, op. cit., pág. 101

[8] Aunque los juristas suelen tratar de interpretar dos normas coincidentes como aludiendo a casos diferentes . Ello en coincidencia con el mito del legislador racional, del que se habla mas abajo. Ver Ross, op.cit., pág. 128.

b) Enfrentando la inconsistencia, aplicar alguno de los tres principios, *lex superior*, *lex posterior* o *lex specialis*, o una combinación entre ellos, y por lo tanto otorgar preferencia a alguna de las dos normas enfrentadas. Con nuestra metáfora espacial, derribar un obstáculo que aparece en el camino. Para que se configure este supuesto, debe darse el caso de no tratarse de dos normas incompatibles dictadas en el mismo tiempo, por la misma autoridad (o autoridades del mismo nivel) y que posean el mismo grado de generalidad. Si se dan estas tres características, los juristas suelen actuar conforme se describe en (a) (aunque también a veces lo hacen en los demás casos). [9]

II.- Posterior, superior, especial: los tres criterios fundamentales

Los tres criterios citados comparten la característica de ser raramente objeto de la legislación, a pesar de ser aplicados universalmente[10]. Por otra parte, no se trata de principios lógicos. Si bien en la práctica es muy difícil concebir un sistema jurídico en el cual no se apliquen, no sería autocontradictorio un sistema en el que no se tomaran en cuenta. Volveremos sobre ello al considerar cada principio en particular.

Un dato importante, y que en general se pasa por alto, es que los criterios juegan un doble papel: por una parte son criterios de *clasificación*, y por otra son criterios de *preferencia.* Como se verá mas abajo, vale la pena separar conceptualmente ambas funciones.

Los tres criterios son:

1) Temporal (T) :

El criterio de clasificación temporal clasifica a las normas según la propiedad de ser *anterior* (A) o *posterior* (P), y como preferencia establece que la P es preferible a la A.

Un sistema que no adoptara este criterio de preferencia tendría normas inmodificables, y no permitiría que nuevos legisladores introdujeran normas en el sistema, salvo en espacios no regulados, y si el sistema no fuera completo. Un sistema de este tipo se vería limitado para hacerse cargo de las condiciones sociales cambiantes.

---

[9] Como en el ejemplo citado en la nota 1.

[10] En nuestra legislación, por ejemplo, solo aparece legislado el principio jerárquico, en el art. 31 de la constitución. El criterio temporal solo se menciona en la Constitución, en el art. 30, cuando alude a la posibilidad de su reforma, y como principio de irretroactividad, en el art. 11 del Código Civil, que por tratarse de una ley no descarta el que se pudiera establecer a nivel constitucional que las leyes son inmodificables (tal como lo hace la Constitución respecto del procedimiento regular para modificarla, art. 36 de la misma). El criterio material se usa solo como criterio interpretativo, especialmente en la jurisprudencia.

En la práctica los sistemas jurídicos desarrollados son dinámicos, por lo que permiten modificar sus normas. Aunque ha habido y hay sistemas que pretenden regirse por normas inmodificables –pensemos en la *sharia* en algunos países musulmanes, ley divina e inmutable– en la práctica, siempre aparecen problemas de interpretación y los intérpretes de la ley están llamados a adaptarla a las nuevas situaciones.[11]

En su uso clasificatorio, el criterio temporal o cronológico no suele dar lugar a debate, dado que suele basarse en la fecha de publicación de las normas en un boletín oficial o algún medio similar, aunque siempre puede haber casos que pueden generar conflictos, como por ejemplo si la fecha de publicación de una ley que corrige erratas introducidas en el texto de una norma anterior, convierte a ésta en la fecha de la ley. Pero, en general, se trata de casos marginales.

Por otra parte, como preferencia, el criterio temporal no siempre es aplicado. Muchas veces es sustituido por alguna consideración material (no en el sentido de M), basada en el contenido de las normas, como suele ocurrir en Derecho Penal, en el que rige la aplicación de la ley más benigna. [12]

2) Jerárquico (J) :

El criterio jerárquico de clasificación clasifica a las normas según la propiedad de ser *superior* (S) o *inferior* (I). Como preferencia, la S es preferible a la I.

Como clasificador, el criterio jerárquico establece la construcción escalonada de los sistemas jurídicos (la llamada *pirámide jurídica*), en la cual las normas inferiores son dictadas conforme a las superiores, y por autoridades de un nivel inferior. Es concebible un sistema en el cual todas las normas tengan la misma jerarquía por emanar de la misma autoridad o autoridades del mismo nivel, aunque en los sistemas jurídicos modernos la complejidad hace que ello no sea posible.

Empero, hay muchos cuerpos normativos, de diferente extensión (como p.ej. los códigos), dictados por la misma autoridad, en los cuales se considera que todas las normas tienen la misma jerarquía .[13]

---

[11] Operando en muchos casos de manera similar a sus contrapartes occidentales. Tal es la tesis de Bernard Jackson, en A semiotic perspective on the comparison of analogical reasoning in secular and religious legal systems, en Pluralism and Law, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2001, pág. 295 y ss.

[12] En cuanto a la relación del tema con la validez, ver Bulygin, Eugenio, Tiempo y Validez, en Alchourrón y Bulygin, Análisis Lógico y Derecho, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 195

[13] Aunque a veces poseen normas de jerarquía diferente, como p. ej . las normas de aplicación transitoria que se incluyen al fin de un código para facilitar la transición de un régimen a otro suelen verse como de jerarquía inferior, y no podrían contradecir lo dispuesto en el cuerpo principal .

El criterio jerárquico, como clasificador, presenta más complicaciones que el temporal. Aunque en un sistema de derecho legislado la jerarquía entre normas suele ser parte de la legislación, siempre aparecen casos con algún grado de complejidad, tales como la determinación de jurisdicción entre autoridades locales y nacionales, o el status de algunos entes intermedios, como las sociedades estatales.

En el criterio jerárquico, como preferencia, aparece la tensión existente entre las normas de competencia y las que determinan el contenido de las inferiores, aunque no lo trataremos aquí.

Por otra parte, el mecanismo institucional que lleva a rechazar una norma jerárquicamente inferior que se opone a una superior, puede ser de diversa índole. Aquí podemos mencionar desde la declaración de inconstitucionalidad, para un caso individual o para todos los casos, según lo prevea el sistema vigente en cada Estado, hasta la segunda instancia judicial o los recursos administrativos.

3) Material (M) :

El criterio material clasificatorio divide las normas según la propiedad de ser *general* (G) o *especial* (E). Como preferencia, la E es preferible, respecto de lo que regula, a la G.-

Como consecuencia de la clasificación, se trata aquí de lo que Ross llama una inconsistencia parcial[14], dado que una de las normas, o ambas, poseen un campo de aplicación en que no hay incompatibilidad, pero otro en el cual se superponen, derivando soluciones incompatibles.

El criterio material, como preferencia, es de uso mucho mas frecuente de lo que se cree, y se aplica muchas veces en casos en que los juristas no acostumbran ver una contradicción. Como ejemplo, podemos dar un caso (que coincide con nuestra legislación civil [15]). Supongamos dos normas: N1: *Los mayores de edad pueden celebrar cualquier contrato*; N2: *Están prohibidas las donaciones entre cónyuges*. Se trata de dos normas contradictorias, que en cuanto se superponen prohiben y permiten la misma conducta (en el caso en que haya cónyuges mayores de edad que quieran celebrar entre sí contrato de donación). Los juristas suelen aplicar el principio *lex specialis* automáticamente, cuando se trata de normas que integran el mismo cuerpo legal, por lo que difícilmente descubran la contradicción a primera vista.

También puede concebirse un sistema en el cual este criterio no se aplique como preferencia. Por ejemplo, se podría pensar en un sistema en el cual no se admitieran excepciones a las normas generales. La única vía de

[14] Ross, Alf, op. cit., pág. 125

[15] Código Civil, arts. 1160 y 1820.

establecerlas sería derogar la norma general. Un sistema de este tipo haría prevalecer la norma general sobre la especial.

III.- La sinuosa aplicación de los criterios

El criterio M presenta más complicaciones que los otros dos, dado que se basa en un análisis semántico interno a las normas. Tanto el criterio T como el J se refieren a parámetros externos al contenido de las normas (haber sido dictadas antes o después o por una autoridad superior o inferior), pero para establecer si una norma es especial respecto de otra, debe atenderse a su contenido, y, mas aún, establecerse que la norma especial que es incompatible con la general debe ser vista como una excepción. Ello puede ser complicado si no se establece expresamente, y con más razón si, como suele ser el caso, se trata de normas de diferente jerarquía o sancionadas en distintas épocas. Los juristas suelen acudir para aplicar los principios a decisiones interpretativas, que toman en cuenta factores tales como la intención del legislador, real o presunta, con la incertidumbre consiguiente.

Establecer si el legislador tenía en mente una excepción cuando sancionó la norma general o la especial no es fácil, ya que para asegurarlo hay que partir del mito del legislador racional, con una voluntad única y consistente a través del tiempo, lo que choca con la experiencia cotidiana.

Los juristas suelen acudir a la ficción de la identificación del legislador con una persona única. En algunas visiones, como la que prevaleció en la escuela de la exégesis o en buena parte de la dogmática jurídica actual, el Legislador (con mayúscula) aparece como un demiurgo omnisciente, omnipotente, eterno, que dicta normas operativas, consistentes, precisas y también justas, [16] es decir con caracteres divinos.

Como consecuencia, se acude a la ficción de discutir si el legislador tenía en mente consagrar una excepción o dejar una vigente al sancionar una norma, cuando la asamblea que la aprobó probablemente ni siquiera tuvo en cuenta la existencia de una norma incompatible, y por lo tanto, no expresó una voluntad en uno u otro sentido.

Al respecto, es común que se esgriman argumentos interpretativos que pueden llevar a conclusiones incompatibles, como por ejemplo el utilizar una interpretación analógica frente a otra a contrario. La primera amplía el campo de aplicación de una norma, y la segunda lo restringe, con lo que una norma incompatible con otra puede ser vista como una excepción o como solucionando un caso diferente. El que un caso sea considerado como una excepción o como comprendido en la norma general depende del alcance

[16] Nino, Carlos Santiago, Introducción al análisis del Derecho, Astrea, Bs.As., pág. 328

que se otorgue a las normas a través de los recursos interpretativos que se elijan.

Consideraciones como ésta han llevado a Guibourg a sostener que el principio M debe considerarse diferente a los otros, en cuanto los primeros pueden ser objeto de un tratamiento formal, que no puede aplicarse al último.[17]

Sin embargo, creo que a nuestros efectos, podemos darle el mismo tratamiento formal que a los otros criterios. Creo, y esto vale también para los demás criterios, que debe distinguirse el problema teórico de saber si hay una solución para el caso de aplicación de diferentes principios para solucionar incompatibilidades normativas, del práctico de reconocer, o decidir, cuándo dos normas son incompatibles.

El criterio utilizado para decidir si una norma consagra una excepción respecto de otra (así como los utilizados para decidir si es anterior o posterior, o superior o inferior) no es idéntico al utilizado para preferir una a otra.

Para evitar confusiones, debemos distinguir conceptualmente, como hemos hecho mas arriba, entre tres clases de criterios: a) *criterios de clasificación*: de acuerdo a las propiedades de las normas, nos permiten clasificarlas en anterior o posterior, superior o inferior, general o especial. Una forma de T, J, o M ; b) *criterios de identificación*: que permiten identificar las incompatibilidades normativas. Como ya dijimos, provienen de una lógica; c) *criterios de preferencia*: T, J o M.

Los criterios T, J y M, como preferencia, se aplican a normas ya interpretadas, cuya interpretación ha arrojado como resultado una inconsistencia normativa. Como se infiere de lo que ya dijimos, si el intérprete ha optado por salir del laberinto por arriba, no serán aplicables. En especial esto debe tenerse en cuenta en cuanto al criterio M, ya que debemos dar por sentado que E se considera una excepción de G. Pero esto vale también para los criterios T y J, ya que siempre se puede optar por sostener que ambas normas regulan casos distintos, por lo que no hay incompatibilidad.

Lo dicho resulta importante, ya que permitirá extraer conclusiones diferentes que las que se encuentran en otros estudios sobre el tema. Autores que han tratado el tema como Ross,[18] Bobbio[19] y Mendonca[20], sostienen que en el conflicto entre el criterio cronológico y el material, a veces prevalece uno y a veces otro.

---

[17] Guibourg, Ricardo, Pensar en las Normas, EUDEBA, Bs.As., 1999, pág. 138

[18] op. cit., pág. 127

[19] Bobbio, Norberto, Contribución a la Teoría del Derecho, Debate, Madrid, 1990, pág 353.

[20] Mendonca, Daniel, Cómo hacer cosas con la Constitución, ed. del autor, Asunción, 1999, pág. 62

Empero, lo que creo es que se trata de una confusión entre los niveles que he llamado teórico y práctico, entre criterios de clasificación y de preferencia. En los casos en que los que se dice que los criterios T y M llevan a conclusiones diferentes, y se hace prevalecer el criterio cronológico, o temporal, es porque de acuerdo con el criterio material la norma no se ha considerado especial o como consagrando una excepción.[21]

Una diferencia de M respecto de T y J se da en cuanto a los efectos. La aplicación de los últimos privará de validez a la norma que no goza de preferencia. En cambio, la aplicación de M solo establece una excepción. La norma G sigue rigiendo en todo cuanto no sea incompatible con la E.

IV.- Colisiones posibles

Pasemos a considerar los diferentes casos :

A) Un criterio:

Puede suceder que haya necesidad de utilizar un solo criterio, en caso en que los otros dos no sean aplicables, dado que respecto de ellos las dos normas sean idénticas. (i. e. Si las dos poseen la misma jerarquía y el mismo grado de generalidad, pero no fueron sancionadas en el mismo tiempo) Aquí se dan, obviamente, tres posibilidades (El signo = después de la letra que identifica el criterio simboliza que ambas normas poseen el mismo grado según el criterio en cuestión). Aplicando los criterios, según fueran definidos :

1) J =; M =; N1 : P, N2: A ; Según T, N1 es preferible a N2 .-

2) M =; T =; N1 : S, N2: I ; Según J, N1 es preferible a N2.-

3) J = ; T =; N1: E, N2: G ; Según M, N1 es preferible a N2.-

B) Dos criterios:

La situación se complica cuando más de un criterio es aplicable. Si uno de ellos no es aplicable, entonces tenemos seis casos, dado que hay dos combinaciones de propiedades para cada caso:

1) T = ;

	N1	N2	R
a.-	ES	GI	N1
b.-	GS	EI	N1

2) J = ;

	N1	N2	R
a.-	PE	AG	N1
b.-	AE	PG	N1

[21] Con lo cual el criterio material deviene inaplicable, y se transforma en el caso 1 de existencia de un criterio único, expuesto mas abajo.

3) M = ;

	N1	N2	R
a.-	PS	AI	N1
b.-	AS	PI	N1

En lo que sigue, daremos cuenta de las soluciones teóricas: La solución aparece en la columna R (resolución), como afirmando la norma que se prefiere. La solución trata de reconstruir la solución generalmente admitida por los juristas .

Como dijera más arriba, debe tenerse en cuenta que en los casos resueltos por la aplicación de M, ya se ha decidido que E es una excepción de G, y que la norma E solo desplaza a G en el caso, y no la hace perder validez.

Es difícil encontrar ejemplos del caso 1 a y b, ya que es extremadamente raro encontrar dos normas de diferente jerarquía, que regulen el mismo caso, sancionadas al mismo tiempo. Pero la solución sin duda sería, en el primer caso, optar por la validez de la norma superior especial para los casos que ésta regula .

Supongamos p.ej. que el mismo día se promulga la aprobación de un tratado con un país extranjero que permite a sus ciudadanos que hayan obtenido título de abogado ejercer su profesión en el país sin reválida (N1), y un decreto del Poder Ejecutivo que prohíbe ejercer cualquier profesión a quien no haya obtenido un título en una Universidad del país (N2). Se aplicaría la norma superior especial, es decir N1.

Para el caso 1b, supongamos que se sancionan el mismo día un decreto del Poder Ejecutivo que establece el pago de una tasa para obtener la cédula de identidad (N2), y una ley que dispone que la entrega de todo documento de identidad debe ser gratuita (N1). Se aplicaría la norma superior general, o sea, N1.

El caso 2a se puede ejemplificar con una ley que hace obligatorio el pago de un impuesto a los combustibles en todo el territorio nacional (N2) y una ley posterior que exime de ese pago a los habitantes de las provincias que producen petróleo (N1). Se aplicaría la norma posterior especial.

En el caso 2b se puede citar el ejemplo de una norma que establece que todas las regulaciones de honorarios son apelables (N1) frente a otra, posterior, que establece la inapelabilidad de cualquier resolución en juicios que no superen cierto monto (N2).

Se aplicaría la norma anterior especial, con la salvedad de que la segunda se considerará válida en todo cuanto no se opone (es decir serían inapelables todas las resoluciones en juicios pequeños, salvo las regulaciones de honorarios).[22]

[22] El presente ejemplo refleja el criterio fijado en un plenario de la Cámara Nacional en lo Civil, (Aguas Argentinas c/ Blanck, 29/VI/2000, ED 188-608) acerca de la interpretación de

Para el caso 3a, el ejemplo puede ser: una reforma constitucional concede un Poder Judicial autónomo a la Capital de la República (N1), frente a una ley anterior que establece la competencia de la Justicia Nacional en los casos en que la Capital sea parte (N2)[23]. Se aplicaría la norma posterior superior.

El caso 3b se puede ejemplificar con cualquier norma legal o reglamentaria declarada inconstitucional[24].

C) Tres criterios

Cuando se combinan tres criterios, hay cuatro casos posibles:

	N1	N2	R
a.-	PES	AGI	N1
b.-	AES	PGI	N1
c.-	PGS	AEI	N1
d.-	AGS	PEI	N1

El ejemplo ya dado en el caso 1a sirve para los casos a y b del presente, agregando simplemente la dimensión T. Se verá que las soluciones son idénticas a las allí expuestas.

El ejemplo correspondiente al caso 1b sirve, con la adición de T, para los casos c y d. La adición del criterio T no varía las soluciones a que allí se arriban, dado que no desplaza a los otros criterios.

V.- Conclusiones:

A raíz de lo expresado, se puede concluir en que:

a) La norma S prevalece en todos los casos sobre I. Es decir, el criterio jerárquico prevalece sobre los otros dos.

---

los arts. 244 y 242 inc. 3 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. A raíz de la modificación del último de los citados se produjeron fallos contradictorios. El primer artículo especificaba que "toda regulación de honorarios será apelable", y el segundo que " son inapelables las resoluciones dictadas en juicios con monto menor a ..."En el dictamen del Fiscal se menciona la colisión entre los criterios material y cronológico . La mayoría resolvió en definitiva que en un conflicto entre una norma anterior especial y una posterior general, de idéntica jerarquía, prevalece la primera. La minoría arguyó que el art. 242 inc. 3 no preveía excepciones, con lo cual negó que el art. 244 fuera una excepción.

[23] La reforma constitucional de 1994 estableció en su artículo 129 que la Ciudad de Buenos Aires tendría un régimen autónomo, que incluiría la jurisdicción. Al instalar sus Tribunales, se consideró derogado el artículo 43, inciso a de la ley 23637 que atribuía a la Justicia Nacional en lo Civil competencia sobre los asuntos en que la Ciudad fuera parte.

[24] A modo de ejemplo, el decreto 260/97, fue declarado inconstitucional por la Cámara Nacional en lo Civil y por la Corte Suprema de Justicia, dado que al permitir a las empresas de transporte público el pago en cuotas de las sentencias dictadas en su contra, afectaba la garantía constitucional de la igualdad, del art. 16 de la Constitución.

b) La norma E prevalece siempre sobre la G, salvo si G es, asimismo, S. El criterio material prevalece sobre el temporal, y cede ante el jerárquico

c) Cuando acompaña a otro criterio, T es irrelevante. El criterio temporal solo adquiere relevancia cuando es el único criterio de preferencia.[25]

Lo expuesto no tiene mas pretensión que la de reconstruir teóricamente y mostrar con cierto rigor las relaciones existentes entre algunas categorías que los juristas manejan habitualmente, sin pretender dar cuenta de todas las formas en que se éstas se emplean, por cierto bastante poco rigurosas.

[25] Aunque el momento de la sanción de una norma puede ser utilizado, en una etapa previa, en consideración a M, para decidir si se trata de una norma E frente a una norma G, es decir de una excepción frente a un principio general. En general se supone que los legisladores no sancionarán una excepción a un principio general, si previamente no ha sido sancionado éste. Aunque no siempre se razona así. Un ejemplo contrario aparece citado en la nota 14.

RESPONSABILIDAD DE ROL Y DIRECTRICES

Pablo Larrañaga
Universidad de Alicante

Introducción

En el epílogo de *Punishment and Responsibility*, H.L.A. Hart hace un análisis de los usos del término responsabilidad entre los que identifica el de «responsabilidad» como deberes propios de un cargo o rol social, en los siguientes términos:

> «[...] siempre que una persona ocupe un lugar o puesto determinado en una organización social, respecto del cual se asignen deberes específicos para promover el bienestar, o para impulsar de manera específica las metas o propósitos de la organización, se dice con corrección que esta persona *es responsable del cumplimiento de estos deberes o de hacer lo necesario para satisfacerlos*»[1].

El mismo Hart apunta que esta generalización no puede llevarse muy lejos sin que surjan dudas acerca de los casos marginales. Como consecuencia de ello, al tratarse de un criterio considerablemente vago, puede sernos útil para identificar ciertos deberes específicos en determinados casos centrales, pero deja sin aclarar casos periféricos en los que, por ejemplo, las posiciones sociales no sean fáciles de determinar o cuando, respecto de un mismo rol, concurran expectativas de conducta incompatibles. Este tipo de dificultades se enfrentan, creo, en el caso de no pocos roles sociales; al menos, en el de muchos singularmente importantes en las sociedades contemporáneas, relacionados, por ejemplo, con la atribución de responsabilidades dentro de grandes organizaciones como el gobierno y las empresas. Por este motivo, me parece oportuno detenerse en una consideración más profunda de la idea apuntada por Hart.

Este trabajo parte de la permisa de que la mejor manera de aproximarse al concepto de responsabilidad es teniendo en cuenta que se trata de un concepto normativo; en el sentido de que su definición depende de la referen-

[1] En Hart, H.L.A., «Postscript: Responsibility and Retribution», *Punishment and Responsibility,* Clarendon Press, Oxford, 1988, p. 212. Cursivas mías.

cia a las normas (jurídicas, morales, políticas) de las que, explícita o implícitamente, depende el uso típico del término. En otra ocasión he tratado de formular una definición del concepto de responsabilidad esforzándome en poner de manifiesto el entramado normativo al que se refiere este uso del término «responsabilidad» en el ámbito jurídico[2]. En este trabajo, utilizando como punto de partida una reformulación de esa definición, trato de precisar con mayor detalle los distintos tipos de normas, de hechos y de relaciones normativas que abarca este concepto. Esta nueva aproximación a la definición tiene por objeto, en primer lugar, mostrar la especificidad de las obligaciones vinculadas con roles que solemos calificar como «responsabilidades» y, en segundo lugar, señalar el tipo de normas que, a mi juicio, utilizamos para disciplinar este tipo de deberes especiales.

Este trabajo se divide en cuatro partes. En la primera, se postula una definición del concepto de responsabilidad como deberes de un rol o cargo, y se acota el subsiguiente análisis a una de las condiciones de justificación y a una de las funciones que realiza el término «responsabilidad» en las frases en las que, en el sentido que estamos tratando, se utiliza en su forma típica. En la segunda parte, me detengo a examinar la especificidad de los deberes especiales que calificamos como responsabilidades, señalando los rasgos que, desde mi punto de vista, distinguen este tipo de deberes de otros deberes especiales a los que no solemos calificar como responsabilidades. En la tercera parte, a partir de la consideración de sus rasgos específicos, me pregunto qué tipo de normas resulta más adecuado para dar cuenta de las responsabilidades de rol. Por último, en la cuarta parte, me detengo en algunas consideraciones respecto de la relación entre la teoría de los enunciados jurídicos y la teoría de la responsabilidad.

Como se verá, el análisis anterior conduce a tres conclusiones. En primer lugar, que los deberes especiales vinculados con roles o cargos y que solemos llamar «responsabilidades» se caracterizan, por un lado, porque están relacionados con la consecución de objetivos y, por otro, porque tienen un componente de deliberación ajeno a otros tipos de deberes. En segundo lugar, que entre los distintos tipos de normas de mandato, las directrices son las que mejor sirven para dar cuenta de los deberes especiales consistentes en alcanzar objetivos y que dependen de la deliberación por parte del sujeto respecto de la conducta específica efectivamente prescrita; esto es, que las directrices son el mejor candidato para constituir la base normativa de las responsabilidades de rol. En tercer lugar, como consecuencia de poner en relación la teoría de los enunciados jurídicos con la teoría de la responsabilidad, una tercera conclusión –que podemos considerar paralela al tema

[2] Larrañaga, Pablo, *El concepto de responsabilidad,* Fontamara, México, 2000, pp. 155 ss.

del trabajo– lleva a plantear la necesidad de elaborar con mayor detalle la categorización de las directrices como mandatos de optimización, en particular, en lo que se refiere a la manera en la que se configura su medida de cumplimiento. En este sentido, para que la categoría de las directrices sea compatible con la teoría de la responsabilidad, es necesario mostrar cómo se determinan los estándares de conducta en virtud de los cuales, sobre la base de este tipo de normas, se formulan juicios de responsabilidad.

1. La definición de responsabilidad como deberes propios de un rol o cargo y el planteamiento del problema

Siguiendo el método de definición o elucidación de los conceptos jurídicos propuesto por Hart, consistente en señalar las condiciones para que sean verdaderas las frases en las que un término jurídico tiene su función típica y cómo se usan para extraer conclusiones de las normas en casos particulares[3], se puede postular la siguiente definición de responsabilidad como deberes propios de un cargo o rol social:

1) Un enunciado de la forma «Dado que X tiene el cargo C, X es responsable de Y» es verdadero cuando se satisfacen las siguientes condiciones:

a) existe un sistema normativo (SN);

b) en el sistema normativo (SN) existe una institución (I); una regla o un conjunto de reglas constitutivas (RC) mediante la(s) cual(es) X constituye una instancia de la institución (I) [o es un caso individual de la institución (I)], y un conjunto de normas regulativas (RR) entre las que existe, al menos, una norma (D) que indica uno o varios objetivos (Y) que debe alcanzar la institución (I);

c) ocurre, de hecho, que X es un caso particular de la institución (I);

d) ocurre, de hecho, que Z es una conducta o curso de acción que tiene una relación causal (medio-fin) con el (los) objetivo(s) «Y», establecido(s) por la norma (D).

2) Los enunciados del tipo «Dado que X tiene el cargo C, es responsable de Y» se utilizan:

a) para especificar deberes especiales de X (relativos a la conducta Z) y,

b) para obtener conclusiones normativas que pueden servir, eventualmente, como antecedentes a juicios en los que el término «responsabilidad» opere en el sentido de sancionabilidad[4].

---

[3] Creo que en esta ocasión no es necesario reproducir la formulación de dicho método *in extenso*, ni mostrar su utilidad para el análisis de algunos conceptos normativos. Sin embargo, al respecto puede verse Hart, H.L.A., «Definición y teoría en la ciencia jurídica», en *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, (trad. Genaro Carrió), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 93-138 y, relacionado en concreto con el concepto de responsabilidad, Larrañaga, *op. cit.*, *El concepto de responsabilidad*, pp. 85-98.

[4] Para un análisis más amplio de esta definición y, en particular, de la relación entre el uso de «responsabilidad» como deberes propios de un rol o cargo y el de «responsabilidad» como «sancionabilidad», *cfr.* Hart*, op. cit., «*Postscript: Responsibility and Retribution», *Punishment and Responsibility, passim*; y Larrañaga, *op. cit., El concepto de responsabilidad*, pp. 151-189 y 194-196.

Atendiendo a los objetivos señalados anteriormente, en este trabajo me ocuparé fundamentalmente de la relación entre las condiciones enumeradas en el punto (1)–en particular, de la condición (d)– y la función (a) de dichos enunciados. En otras palabras, dejando a un lado el problema de quién es responsable –i.e. quién y con qué justificación ocupa un rol o cargo–, este trabajo gira en torno a cuáles son sus responsabilidades. Esto es, se dirige al problema de cómo se determina el contenido de expectativas de conducta del rol o, en términos de la definición anterior, cómo determinamos el deber específico de hacer u omitir la conducta Z. En este sentido, el tipo de problemas que tengo en mente son los relativos a casos como los siguientes: si, como padre de familia, X es responsable del bienestar de sus hijos, ¿qué es exactamente lo que tiene que hacer u omitir? O bien, si la salud pública entra dentro de las competencias del Ministerio de Sanidad, ¿qué tiene que hacer u omitir el ministro, o la ministra, correspondiente para evitar que se extienda una epidemia?, ¿o para que la gente fume menos?, ¿o para que, en general, cumpla con su responsabilidad de que la gente esté más sana?

Ahora bien, creo que antes de entrar de lleno en la materia resulta oportuno hacer algunas aclaraciones respecto de la anterior definición.

En primer lugar, una cuestión terminológica que, en mi opinión, resulta relevante para encuadrar la naturaleza del problema. En su artículo «El enunciado de responsabilidad» [5], Ernesto Garzón Valdés llama «enunciados de responsabilidad *prospectivos*» a los enunciados que realizan la función de adscripción de deberes especiales reconocidos como «responsabilidades», mientras que cuando cumplen su función dentro de los juicios de responsabilidad como sancionabilidad, se refiere a ellos como «enunciados de responsabilidad *retrospectivos*». En este sentido, se diría que el objeto central de este trabajo son los *enunciados* de responsabilidad prospectivos vinculados con roles. No obstante, en adelante utilizaré la expresión «*juicio* de responsabilidad prospectivo». Mi preferencia se basa en que, en mi opinión, tomando en cuenta la naturaleza normativa del concepto a la que me he referido antes, el término «juicio» denota mejor que el término «enunciado» la función adscriptiva o imputativa y la dimensión de derrotabilidad con las que normalmente vinculamos este concepto. La idea de responsabilidad es adscriptiva porque, como se desprende de la anterior definición, el sentido de enunciados del tipo «X es responsable de Y» depende de la aplicación de un conjunto sistemático de normas constitutivas y regulativas; de modo que dicho enunciado tiene, fundamentalmente, un carácter directivo-valorativo,

[5] Garzón Valdés, Ernesto, «El enunciando de responsabilidad», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 19, Alicante, 1996, p. 260.

consecuencia de la aplicación de dicho conjunto de normas y no, como parecería indicar el término «enunciado», una función descriptiva dependiente de la posesión de ciertas características o propiedades[6]. Y es derrotable, porque tal adscripción tiene un carácter *prima facie* ya que, en principio, negando que se haya producido cualquiera de las condiciones de validez o de justificación señaladas en la definición, puede cancelarse la función del enunciado[7]. Así pues, tomando esto en cuenta, podría decirse que me ocupo de las *condiciones de validez o justificación* de los juicios de responsabilidad prospectivos vinculados con roles.

En segundo lugar, para los objetivos que he planteado resulta, en principio, indiferente que la condición (a) de la definición –esto es, el sistema normativo de referencia– sea algún tipo de sistema normativo en concreto (jurídico, moral, político, etc.). En el nivel de abstracción en el que me propongo desarrollar esta aproximación a las responsabilidades vinculadas con roles, no es necesario hacer referencia a una clase específica de normas; así que la responsabilidad en cuestión podría adoptar el carácter del sistema normativo al que se haga referencia[8]. No obstante, en la medida en la que para la descripción de los elementos de la definición cuento con una teoría

---

[6] En este aspecto sigo la idea alguna vez sostenida por Hart de que la función de enunciados del tipo en los que se utiliza el término «responsabilidad» es, fundamentalmente, adscriptiva y no descriptiva. En este sentido, aunque el mismo Hart haya rechazado al adscriptivismo en su conjunto como teoría de la acción humana (*cfr.* Hart*, op. cit., Punishment and Responsibility*, prefacio) creo que sigue siendo acertada su intuición fundamental respecto de cómo usamos ciertos términos entre los que se encuentra el de «responsabilidad». Al respecto, *cfr.,* Hart, H.L.A., «The Ascription of Responsibility and Rights», *Proceedings of the Aristotelian Society*, 49, 1948-1949, pp. 171-194. Para una perspectiva crítica, sobre todo relativa al adscriptivismo como teoría de la acción, *cfr.,* por ejemplo, Backer, G.P., «Defeasibility and Meaning», en Hacker, P.S., y Raz, J. (eds.), *Law, Morality and Society. Essays in Honour of H.L.A. Hart*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 26-57; Geach, P.T., «Ascriptivism», *Philosophical Review,*1960, pp. 221- 225 y Pitcher, G., «Hart on Action and Responsibility», *Philosophical Review,* 1960, pp. 226-235. Para una muestra de utilidad de las nociones de derrotabilidad o revocabilidad en el análisis de la responsabilidad, *cfr.*, por ejemplo, Feinberg, J., «Acción y responsabilidad», en White, A. (ed.), *La filosofía de la acción*, FCE, México, 1976, pp. 139-174. Respecto de la relación entre el carácter adscriptivo y la dimensión de derrotabilidad asociada a la noción de responsabilidad, c*fr*. Larrañaga, *op. cit, El concepto de responsabilidad*, pp. 196 ss.

[7] El elemento de la derrotabilidad se relaciona, obviamente, con el complejo problema de las justificaciones y las excusas. En este sentido, las condiciones de validez de los juicios de responsabilidad no dependen sólo de los elementos de cada una de las definiciones, sino que deben vincularse con los principios generales que disciplinan la imputación a los distintos ámbitos normativos. Además, en el caso de la responsabilidad de rol, la cuestión de la derrotabilidad respecto de juicios en los que se especifica una conducta particular puede complicarse considerablemente a causa de la potencial complejidad de la relación medio-fin, entre las conductas debidas y el objetivo respecto del cual se dice que alguien es responsable –i.e. de lo que llamo razones de oportunidad y razones de eficiencia–.

[8] Larrañaga, *op. cit., El concepto de responsabilidad*, pp. 18 ss.

de los enunciados jurídicos más desarrollada que sus equivalentes en otras áreas, utilizaré las categorías desarrolladas dentro de la teoría de Derecho.

En tercer lugar, aunque en la formulación de las normas de conducta que disciplinan la responsabilidad de rol no se suela aludir directamente a las conductas, sino sólo a objetivos (estados de cosas) y se deje, por lo general, para un momento ulterior –de la aplicación de la norma o de la formulación de juicios retrospectivos– la especificación de la conducta efectivamente debida –esto es, el contenido de la norma sólo se determina mediante un proceso de deliberación en un contexto de imputación específico–, tanto en la condición (d) como en la función a) me refiero a «Z» como una *conducta* con una relación causal, o medio-fin, con el objetivo prescrito por una norma. Esta explicitud responde a que la justificación de juicios de responsabilidad depende de la especificación de los estándares de conducta efectivamente exigibles que, a su vez, dependen de la individualización de acciones. Por ello, desde mi punto de vista, en una definición general conviene explicitar directamente este elemento.

Por último, en cuarto lugar, cuando me refiero a una relación *causal* o relación *medio-fin,* tengo en mente la amplia noción de causalidad que suele utilizarse en contextos adscriptivos o imputativos, según la cual, por un lado, «causar» equivale a intervenir en el estado del mundo existente o esperable y, por otro, tales intervenciones pueden consistir, además de en acciones naturales, en relaciones convencionales, en motivaciones interpersonales y en oportunidades[9].

Lo que quiero enfatizar utilizando la noción de *causalidad* es que, en mi opinión, el contexto de la responsabilidad de rol es el de las relaciones extrínsecas –no de las analíticas ni de las convencionales– entre las acciones o conductas y las consecuencias de éstas. Esto es, las responsabilidades se refieren a cambios o modificaciones de estados de cosas cuyas propiedades relevantes para la descripción son distintas de las que utilizamos para individualizar la acción –i.e. del resultado natural o institucional de que se trate–. Desde mi punto de vista, el tener en consideración este hecho es lo que permite que, por ejemplo, con independencia de la naturaleza del concepto de justicia que adoptemos, podamos distinguir entre el *deber* del juez de ser justo (o, para simplificar, el deber de dictar sentencias conforme a Derecho) y la *responsabilidad* del juez de que se *haga* justicia. Esto es así porque, mientras que la acción que satisface dicho deber puede describirse en tér-

[9] *Cfr*., Hart, H.L.A. y Honoré, Tony*, Causation in the Law*, Clarendon Press, Oxford, 1985, cap. II, *passim*. Y para un desarrollo más amplio de la teoría, aplicada específicamente a la problemática de la responsabilidad, *cfr.* Honoré, Tony, *Responsibility and Fault*, Hart Publishing Co., Oxford, 1999, pp. 94 ss.

minos estrictamente analíticos o convencionales (formales), definitorios de la acción institucional contenido del deber, determinar la conducta que satisface la responsabilidad es una cuestión que exige aludir a cambios en el mundo que sólo pueden ser consecuencia de acciones, pero no meramente su(s) resultado(s). Así pues, desde este punto de vista, sólo podemos entender lo que significa «*hacer*» justicia –y, por tanto, obviamente, la responsabilidad de que se haga justicia– si tenemos en cuenta las consecuencias en el mundo de las acciones naturales y/o convencionales (institucionales) del juez en términos, por ejemplo, de modificaciones de las relaciones sociales existentes. Esto no sería posible si nos limitáramos a analizar los cambios analítica o normativamente necesarios para considerar que la acción de que se trate ha tenido lugar –por ejemplo, dictar una sentencia conforme a Derecho–. Es decir, cuando, por definición, dado un conjunto determinado de normas, se ha dictado una sentencia «justa».

Pero, ¿cómo distinguimos, entonces, el deber especial de imparcialidad de los jueces de su responsabilidad de que se haga justicia?; ¿dónde reside la diferencia entre la obligación de los padres de suministrar alimentos a sus hijos y la responsabilidad de promover el bienestar de éstos?; ¿por qué el médico, responsable de procurar la curación de sus pacientes, no cumple con sus responsabilidades por el mero hecho de no infringir los deberes de la práctica clínica? A este tipo de preguntas trataré de responder en las próximas páginas.

2. Deberes y responsabilidades

Este trabajo parte del postulado de que, en su función prospectiva, tener «responsabilidad» no puede sustituirse por tener un «deber», sin alterar el significado usual del término[10]. Hart se plantea esta cuestión de la siguiente manera:

---

[10] Esta no es, sin embargo, una opinión unánime. Al respecto, por ejemplo, Garzón Valdés afirma lo siguiente: «En los ERs [enunciados de responsabilidad, P.L.] prospectivos lo que se afirma es que alguien tiene la responsabilidad de procurar que se dé algún estado de cosas futuro. Por ejemplo, cuando se dice que Pedro es responsable del cuidado del jardín de Juan durante las vacaciones de este último, es decir, que Pedro es responsable de que las flores del jardín de Juan no se marchiten por falta de riego. La expresión 'es responsable' puede ser remplazada *sin mayor alteración de significado por la expresión 'tiene el deber o la obligación'*»; Garzón, *op. cit,* «El enunciado de responsabilidad», p. 260. Cursivas mías. Por su parte, Michael J. Zimmerman considera que en los enunciados de responsabilidad prospectivos «tener una responsabilidad» (*to bear a responsibility*) puede sustituirse, sin más, por «tener una obligación o un deber»; «Responsibility», *Encyclopaedia of Ethics*, Becker, L. C. y Becker, C.B., (eds.), Garland, Nueva York, 1992, p.1089. Aunque, evidentemente, la interpretación que se haga de «sin mayor alteración de significado» seguramente nos llevaría, en muchos casos, a un acuerdo respecto de una sinonimia, a diferencia de Garzón Valdés y de Zimmerman considero, por un lado, que una parte central del análisis del concepto de responsabilidad en relación

> «[...] es importante tener en cuenta que no todos los deberes que alguien tiene en virtud de ocupar lo que en un sentido estricto sería un «rol» se consideran o se llaman «responsabilidades». Un soldado tiene la obligación de obedecer a su oficial superior, y si éste le ordena cuadrarse o presentar armas en una ocasión determinada, tiene el deber de hacerlo. Pero difícilmente se diría que cuadrarse o presentar armas es su responsabilidad; tampoco se diría que es responsable de hacer esto. Pero si, por otro lado, al soldado se le ordenara llevar un mensaje al cuartel general o llevar prisioneros hasta el campamento base, bien podría decirse que él es responsable de hacer tales cosas y que tales cosas son sus responsabilidades. *Creo, aunque confieso que no estoy seguro de ello, que lo que distingue estos deberes de rol que son señalados como responsabilidades es que se trata de deberes de un tipo relativamente complejo y amplio que definen una «esfera de responsabilidades» que requiere cuidado y atención a lo largo de un prolongado período de tiempo, mientras que los deberes de corta duración o de tipo simple, relativos a hacer o no hacer algo en una ocasión particular, no son llamados responsabilidades.* Así, el soldado a quien se le asigna mantener limpio el campamento en vistas a la visita de inspección del general, tiene esta esfera de responsabilidades. Pero si simplemente se le indica que recoja un papel del suelo al aproximarse el general, este sería, en todo caso, su deber»[11].

Desde mi punto de vista, aunque al caracterizar las «tareas» asignadas al soldado Hart intuye el núcleo de la distinción entre deberes y responsabilidades, yerra al momento de especificar los criterios de la misma. Así pues, aunque probablemente en la mayoría de los casos la complejidad y duración de los deberes aportan algunas claves importantes para la distinción, creo que en otras circunstancias resultan criterios insuficientes.

Por un lado, podemos encontrar deberes simples y de corta duración a los que llamaríamos «responsabilidades». Imaginemos que Alicia y Bernardo deciden ir a pasar un par días al campo, que le piden a Carolina que vaya a su casa para dar de comer a su gato o para regar las plantas, y que ella acepta hacerles ese favor. Creo que en estas circunstancias puede decirse con plena corrección que Carolina ha adquirido la responsabilidad de darle de comer al gato o de regar las plantas el día o los días que hayan acordado. El deber es simple, en el sentido de que sólo requiere una acción o pocas acciones específicas; y es de corta duración, pues se agota en el momento en que le ha dado de comer al gato o ha regado las plantas, a lo sumo, una o dos veces.

Por otro lado, podemos encontrar deberes complejos que se prolongan en el tiempo, y que no llamaríamos responsabilidades. En este caso, pode-

---

con los roles consiste, precisamente, en establecer los contextos en que se puede distinguir entre tener una responsabilidad y tener una obligación o deber especial *tout court* y, por otro, que esa diferencia tiene relevancia teórica.

[11] Hart, op. cit. *Punishment and Responsibility*, p. 213. Cursivas mías.

mos pensar en el deber de respeto mutuo entre los cónyuges. Se trata de un deber complejo, en el sentido de que múltiples acciones y omisiones pueden ser significativas de respeto o bien constituir faltas de respeto, dependiendo de las circunstancias. También se trata, en ocasiones, de un deber que se prolonga durante largo tiempo; años, incluso décadas.

Pero, si la complejidad y la permanencia no son criterios adecuados, ¿cómo damos cuenta entonces de la distinción de la que quiere dar cuenta Hart?

En mi opinión, la línea divisoria entre deberes y responsabilidades tiene que ver con dos aspectos que caracterizan a los deberes especiales que llamamos «responsabilidades», ajenos a deberes de otro tipo: por un lado, se trata de deberes que se vinculan con la consecución de *objetivos* y, por otro, incluyen un ingrediente de deliberación o de *discrecionalidad* respecto de la conducta efectivamente prescrita[12].

En esta línea de ideas, la razón por la que calificamos como «responsabilidad» el deber simple y breve de dar de comer al gato o de reglar las plantas radica en que, por un lado, su contenido se asocia con objetivos –que el gato esté alimentado o que las plantas no se sequen– y, por otro, estos objetivos se pueden alcanzar mediante los cursos de acción que se consideren adecuados dadas las circunstancias, y respecto de cuya idoneidad debe deliberar el sujeto responsable –Carolina puede, por ejemplo, pedirle a otra persona que riegue en su lugar; puede instalar un comedero automático para que el gato coma cuando le apetezca; puede ponerle mucha comida de una vez, o puede darle comida en pequeñas raciones, poco a poco, etc.–. Por otra parte, la razón por la que *no* llamamos «responsabilidades» al complejo y duradero deber de respeto mutuo entre los cónyuges es porque este deber no está asociado directamente con ningún objetivo particular, ni tampoco requiere, para determinar la conducta exigida, de una deliberación circunstancial por parte de los sujetos. Para guiar su conducta, los cónyuges no tienen por qué tener en cuenta ni las consecuencias del respeto ni las de la falta de respeto; simplemente tienen que evitar cualquier conducta o actitud que, en cualquier momento y en cualquier forma, pudiera calificarse de ese modo.

[12] Antes de continuar con el análisis conviene hacer una estipulación terminológica: en lo que sigue hablaré de «resultado» para referirme a un estado de cosas que es consecuencia de una acción natural o institucional o, por decirlo de algún modo, a los cambios en los estados de cosas. Y utilizaré «objetivo» cuando aluda un estado de cosas cuya obtención viene prescrita por una norma. En este sentido, en los términos de este trabajo, los «objetivos» son estados de cosas cualificados por una norma de conducta. Esta cualificación no es sólo deóntica necesariamente, sino que puede incluir algunas cualidades o propiedades del estado de cosas en cuestión o de su modo de producción.

Así pues, teniendo en cuenta lo anterior, cuando en el ejemplo de Hart se le asigna al soldado la tarea de limpiar el campamento se hacen dos cosas distintas. En primer lugar, se señala un objetivo que debe alcanzar: que el campamento esté limpio. Debe alcanzar este objetivo a lo largo de un proceso más o menos complejo que supone múltiples acciones –como barrer, limpiar ventanas, recoger basura, etc.– cuya realización no tiene individualmente una relación intrínseca con el objetivo buscado, sino que cada una va completando el contexto causal. En segundo lugar, lo que es más importante, aunque se le señala el objetivo que debe perseguir, ni se le indica qué acciones concretas debe realizar ni se le señala en qué orden concreto debe llevar a cabo el conjunto de cursos de acción vinculado causalmente con aquél. El asunto de determinar qué hacer y cómo hacerlo depende de él: decimos que queda bajo su responsabilidad. Para realizar su tarea, el soldado tendrá que realizar múltiples acciones, desde barrer hasta limpiar letrinas, pasando por bruñir bronces, etc., cuyo conjunto agregado, en el mejor de los casos, supondrá que se alcance el objetivo señalado. En otras palabras, el objetivo que se busca al asignarle al soldado, la «tarea» que se le encomienda es, obviamente, que el campamento llegue a estar limpio; pero las acciones conducentes a ello y cómo hacer compatible este objetivo con otras exigencias de la vida castrense, son asuntos que dependen de su discreción; quedan bajo su responsabilidad.

Tomando en cuenta lo anterior, parece que la idea de Hart de que las acciones debidas que llamamos responsabilidades componen una «esfera de responsabilidades» –en alguna medida compleja y con cierta tendencia a perdurar–, aunque imprecisa, tiene pleno sentido en la medida que refleja la complejidad de las relaciones medios-fines que subyacen a la asignación de tareas. En este contexto, las responsabilidades no se refieren a conductas específicas, sino a un conjunto de acciones indeterminadas o de cursos de acción indeterminados –aunque no indeterminables-, que corresponde realizar a la persona a la cual se le asigna una tarea. De allí que el término «responsabilidad» en el sentido que venimos tratando pueda referirse a tres cosas distintas, pero íntimamente relacionadas entre sí: 1) al objetivo asignado (el soldado es responsable de que el campamento esté limpio); 2) a la actividad o curso de acción conducente a alcanzar un objetivo (el soldado es responsable de limpiar) y 3) a las acciones específicas que componen la actividad conducente a alcanzar un objetivo (el soldado es responsable, por ejemplo, de barrer)[13]. En cualquier caso, en mi opinión, el carácter complejo y pro-

[13] Así pues, retomando los términos de la definición anterior, en virtud de la orden de mantener limpio el cuartel, podemos decir que el lugar o puesto que le corresponde a este soldado dentro de la organización social es el de «soldado de la limpieza». Decimos, entonces, que es

longado de los deberes que componen la esfera de responsabilidades a la que alude Hart puede verse como la combinación de la asignación de una tarea y la discrecionalidad en la realización de ésta. En este sentido, por un lado, los conjuntos de posibles acciones respecto de cuya idoneidad debe deliberar el sujeto responsable de realizar una tarea suelen ser complejos y, por otro, los objetivos que requieren la asignación específica de una tarea a una persona suelen ser producto de cursos de acción desarrollados en un período de tiempo y no de un acto único.

Ahora bien, si, como he afirmado, la responsabilidad de rol se caracteriza, por un lado, por consistir en deberes vinculados con la consecución de objetivos y, por otro, porque los sujetos tienen que deliberar acerca de la relación causal entre sus acciones y tales objetivos, ¿cómo damos cuenta de la existencia de este tipo de deberes? O, dicho en otras palabras, ¿cómo se fundamentan los juicios de responsabilidad prospectivos vinculados con roles?

3. Responsabilidades, reglas de fin y directrices

Desde una perspectiva normativa, la importancia que le he dado a los objetivos de los roles y a la discrecionalidad de los sujetos para elegir los medios para alcanzarlos lleva a preguntarse acerca de qué tipo de normas establecen tales objetivos y, consecuentemente, configuran tales marcos de deliberación.

Creo que un buen punto de partida para responder a las preguntas anteriores se encuentra en la teoría de los enunciados jurídicos de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero[14]. Dentro de la categoría de las normas de mandato, estos autores proponen dos categorías que parecen buenos candidatos para responder a las anteriores preguntas: las reglas de fin y las directrices. Las reglas de fin son reglas que prescriben la obtención de estados de cosas de modo que, *si se dan determinadas circunstancias,* un sujeto debe alcanzar un determinado objetivo, dejando dentro de la *discreción* del sujeto la elec-

---

responsabilidad del soldado de la limpieza que el campamento esté limpio: en términos de la definición, «Dado que X –el soldado- tiene el cargo C –es el soldado de la limpieza–, X es responsable de Y –de que el campamento esté limpio–». O decimos, simplemente, que el soldado es responsable de la limpieza del campamento: en términos de la definición, «X –el soldado- es responsable de Y –de que el campamento esté limpio–». Y, también, que el soldado es responsable de realizar las distintas acciones que coadyuven a lograr el objetivo: en términos de la definición, «Dado que Z -por ejemplo, barrer- es una conducta o curso de acción que tiene una relación causal con Y –que el campamento esté limpio–, y dado que «X tiene el cargo C, X es responsable de Y», «X es responsable de Z –de barrer–».

[14] Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996. En particular, cap. I.

ción de los medios idóneos para alcanzarlo[15]. Las directrices también prescriben la obtención de objetivos, pero se caracterizan por dos rasgos distintivos, relevantes ambos para nuestro tema y relativos, por un lado, a la configuración de sus condiciones de aplicación y, por otro, a la configuración del modelo de conducta prescrito. Así, en primer lugar, las directrices configuran sus condiciones de aplicación de manera abierta: es decir, la norma no especifica las condiciones de aplicación, sino que éstas se encuentran mediante un proceso de ponderación en el que el sujeto debe tener en cuenta tanto la presencia de otros deberes y objetivos como los medios disponibles y, en segundo lugar, las directrices operan como mandatos de optimización, constituyendo la prescripción como el deber de alcanzar un objetivo *en la mayor medida posible*, sin especificar las condiciones para establecer tal posibilidad[16].

---

[15] Así, en términos de estos autores: «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*», *ibídem,* p. 7. Y sobre la relevancia de la distinción entre reglas de acción y reglas de fin, señalan: «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 del 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 las reglas de acción», *ibídem,* p. 8. Y cuando analizan esta distinción en términos de los tipos de razones que proveen ambos tipos de normas, señalan: «Las *reglas de fin* constituyen también razones perentorias e independientes del contenido para procurar el estado de cosas prescrito. Ello no obstante, presentan diferencias importantes con las reglas de acción en cuanto al modo de guiar la conducta. Las reglas de acción permiten simplificar el proceso de decisión de quien debe comportarse de acuerdo con ellas (el que debe cumplirlas o controlar su cumplimiento): lo único que debe hacer es comprobar si se han dado o no determinadas condiciones para hacer o dejar de hacer una determinada acción, desentendiéndose de las consecuencias, esto es, del proceso causal que va a desencadenar su comportamiento. Sin embargo, las reglas de fin trasladan al destinatario de las normas el control (o la responsabilidad) de (por) las consecuencias de la conducta», *ibídem,* pp. 12s.

[16] En este punto, Atienza y Ruiz Manero coinciden con Robert Alexy, quien establece la distinción entre reglas y principios en los siguientes términos: «El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible, *en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas*. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las oportunidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas»; Alexy, Robert, «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, Alicante, 1988, p 143. Cursivas mías. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que para Atienza y Ruiz Manero sólo las directrices, y no los que ellos llaman «principios en sentido estricto», operan como mandatos de optimización en el sentido de que sean normas que puedan cumplirse en diversos grados. Atienza y Ruiz Manero, *op. cit., Las piezas del Derecho,* p. 9. Según Atienza y Ruiz Manero, « [...] lo característico de las directrices se halla en que este tipo de pautas *configura de forma abierta tanto sus condiciones de aplicación como el modelo de conducta*. Además, no ordenan, ni prohíben, ninguna acción, sino la consecución de un objetivo, de un estado de cosas, sin determinar cuáles sean conductas causalmente idóneas pa-

Si se acepta que, como he sostenido, los elementos que permiten distinguir las responsabilidades de otros deberes son tanto la configuración del objetivo como la discrecionalidad respecto de las conductas, ambas categorías parecen adecuadas para sostener juicios de responsabilidad de rol prospectivos. Sin embargo, creo que en la medida en la que las directrices requieren una deliberación no sólo respecto de la relación medios-fines, sino también respecto de las condiciones que configuran la guía de conducta, son mejores candidatos que las reglas de fin para definir los casos paradigmáticos de la responsabilidad como deberes propios de un rol o cargo. En este sentido, creo que, como puede verse en el ejemplo del soldado, la doble vertiente deliberativa de las directrices ilumina el núcleo de la responsabilidad como deberes de un rol o cargo.

Si consideramos que el objetivo de que el campamento esté limpio viene establecido por una regla de fin, entonces el soldado responsable de alcanzar ese objetivo deberá deliberar acerca de qué conducta, o qué secuencia de conductas, es la más idónea en términos causales para alcanzar ese objetivo. Esto es, deberá hacer consideraciones de tipo estratégico para alcanzar el fin prescrito, pero no tendrá por qué preocuparse de nada más. Eso sí, si fracasa, si resulta que el campamento no llega a estar limpio[17], diremos que no ha cumplido con sus responsabilidades.

Ahora bien, la situación es mucho más compleja –y también más iluminadora– si consideramos que el objetivo no es prescrito por una regla de fin, sino por una directriz. En este caso, el soldado enfrenta dos tipos deliberaciones: por un lado, tiene que realizar el mismo tipo de deliberación estratégica respecto de la relación medios-fines que en el caso anterior. Pero, además, por otro lado, deberá de tener en cuenta que debe alcanzar ese objetivo dentro del contexto normativo de sus obligaciones militares y dentro del contexto fáctico de las condiciones específicas de la vida castrense. El «soldado de la limpieza» no podrá pretender que, por dedicarse con demasiado ahínco a cumplir con sus responsabilidades particulares, puede dejar de formar filas como cualquier otro soldado, o que puede prescindir de sus

---

ra lograr tal objetivo. De este modo, la norma no determina ni el conjunto de condiciones en las que debe darse la conducta prescrita ni las acciones o cursos de acción que deben llevarse a cabo», *ibídem,* p. 10. Así mismo, los autores señalan que las directrices pueden describirse adecuadamente como mandatos de optimización y que en un mismo sujeto pueden concurrir mandatos de optimizar objetivos complementarios o recíprocamente excluyentes. En este sentido, «a diferencia de lo que ocurre con los principios en sentido estricto, en la conducta gobernada por directrices no se trata de determinar la prevalencia de una u otra en relación con un determinado caso, sino de articular políticas capaces de lograr, en el *mayor grado posible*, la consecución conjunta de todos los objetivos», *ibídem.* p. 11. Cursivas mías.

[17] Supongamos, para simplificar, que es posible establecer *a priori* un estándar objetivo de limpieza.

ejercicios de entrenamiento o del objetivo de llegar a ser un buen soldado en el sentido bélico. Tampoco puede ignorar que en las condiciones de la vida castrense no se puede alcanzar un nivel de limpieza muy alto –menos aún si, por ejemplo, su batallón se encuentra realizando ejercicios de campaña, ni que cuenta con un tiempo limitado para dedicarse a las actividades de aseo. Diremos, pues, que la obligación del soldado de limpiar el cuartel enfrenta limitaciones normativas (otros deberes) y fácticas (condiciones materiales) para realizar su tarea y, por ello, concluiremos que debe procurar que el campamento esté lo más limpio posible dadas *esas* condiciones.

Me parece claro que cuando consideramos los deberes especiales a la luz de la categoría de las directrices reconstruimos satisfactoriamente las condiciones en las que se formulan juicios de responsabilidad prospectivos; mientras que no es ese el caso cuando tenemos en mente las reglas de fin. Podemos concluir, pues, que las directrices son las normas de mandato que mejor permiten reconstruir la responsabilidad de rol.

4. Las directrices y las condiciones de justificación de los juicios de responsabilidad

Ahora bien, que las directrices permitan dar cuenta de los deberes que llamamos «responsabilidades» no supone que este tipo de normas no suscite algunas cuestiones que, desde mi punto de vista, denotan cierto grado de incompatibilidad entre la caracterización de las directrices que antes he expuesto y algunos elementos centrales de la noción de responsabilidad: ¿cómo podemos decir que alguien es responsable –esto es, que tiene una carga– sin establecer las condiciones concretas, el estándar de conducta, a partir del cual consideramos que ha cumplido con ella –esto es, las condiciones en que se descarga–? O dicho en otras palabras, ¿supone la característica sensibilidad a las circunstancias de las directrices que la obligación por ellas prescrita no tiene medida de cumplimiento y que, por tanto, no podemos saber en qué casos alguien ha cumplido con sus responsabilidades? O, en términos del ejemplo del soldado, ¿el hecho de que el soldado tenga objetivos incompatibles y medios limitados para alcanzarlos, es un impedimento para que sus superiores le exijan que dé cuenta de responsabilidades?

Responder a estas preguntas supone ir más allá del ámbito estricto de este trabajo, apartándose de la función a) de la definición, la formulación de juicios de responsabilidad prospectivos, para centrarse en la función b), la formulación de juicios de responsabilidad retrospectivos en los que el término «responsabilidad» opera en el sentido de «sancionabilidad». Requeriría, por decirlo de algún modo, recorrer el camino de vuelta, para mostrar no sólo la manera en la que las directrices permiten dar cuenta de la responsabilidad de rol, sino cómo la noción de responsabilidad permite dar

cuenta de la dimensión directiva de las directrices. Por su complejidad y extensión esta empresa exige, sin duda, un trabajo autónomo. Sin embargo, para mostrar el potencial explicativo de la vinculación entre la noción de responsabilidad y la categoría normativa de las directrices que he explorado aquí, creo que resulta importante dedicar algunas breves líneas a plantear algunas ideas que, como he apuntado antes, nos conducen a una conclusión paralela o, si se prefiere, complementaria al contenido central del trabajo, a saber: que para ser compatible con la teoría de la responsabilidad, es preciso refinar la caracterización de las directrices como mandatos de optimización de Alexy y de Atienza y Ruiz Manero.

Desde la perspectiva de la teoría de la responsabilidad, responder a las preguntas anteriores requiere detenerse en el sentido de la fórmula «en la mayor medida de lo posible» que cualifica la base normativa de los juicios de responsabilidad como mandatos de optimización. Para ello, es preciso mostrar la forma en la que las directrices constituyen una guía de conducta. Al respecto, en relación con la noción de responsabilidad hay que tener en cuenta dos cuestiones relacionadas entre sí. Por un lado, aunque existan distintos usos del término «responsabilidad», el concepto central de responsabilidad –hacia el que cabe reconducir, directa o indirectamente, todos esos usos– es el de responsabilidad como «sancionabilidad»; de modo que, para ser coherente con la teoría de la responsabilidad, los juicios de responsabilidad prospectivos que tienen su base normativa en directrices tienen que permitir la formulación justificada de juicios de responsabilidad retrospectivos. Por otro lado, la noción moderna de responsabilidad, que adopta la perspectiva adscriptiva y que reconoce el carácter valorativo de los juicios de responsabilidad retrospectivos, está construida sobre dos pilares que constituyen las principales condiciones de justificación de los juicios de responsabilidad: en primer lugar, la exigencia básica de que el sujeto responsable –esto es, a quien se le adjudica una carga– pueda *cumplir* con sus responsabilidades –esto es, que pueda descargarse– y, en segundo lugar, el requisito de que dicho cumplimiento tenga en cuenta las *circunstancias particulares* del sujeto. Estos dos elementos se reflejan en una noción central de la teoría de la responsabilidad: la noción de estándar de conducta. En este sentido, para poder imputar una responsabilidad, para formular un juicio de responsabilidad retrospectivo justificado, se requiere de la aplicación de un estándar de conducta[18]. Tomando esto en cuenta, siempre que hablamos

[18] Dentro de la teoría de la responsabilidad, la noción de estándar de conducta se compone, a su vez, de dos partes que constituyen conjuntamente las condiciones de justificación de los juicios de responsabilidad: una parte se refiere a la acción o conducta y la otra a las circunstancias de la misma. Así, para hablar de responsabilidad como sancionabilidad, por ejemplo, en el caso de la responsabilidad por daños o de la responsabilidad penal, se requiere, por

de «responsabilidad» en un sentido moderno, hablamos de responsabilidad frente a alguien, por un hecho concreto y en unas circunstancias específicas; de modo que se considera que un individuo cumple –o incumple– con sus responsabilidades si sus acciones, en las circunstancias concretas, se ajustan –o no se ajustan– al estándar de conducta en cuestión.

Desde mi punto de vista, el *carácter concreto* y la *dimensión circunstancial* de la aplicación de los estándares de conducta resulta iluminadora para esclarecer la virtualidad directiva de las directrices. En esta línea de ideas, para mostrar esta capacidad explicativa conviene recordar que aunque las directrices sean normas que prescriben la obtención de un objetivo, su contenido son conductas y no, naturalmente, estados de cosas. No es posible ordenar estados de cosas sino, en todo caso, las conductas causalmente vinculadas con ellos. En este sentido, hay que tener en mente que aunque la técnica normativa de la formulación de las directrices –y de las reglas de fin– ordene alcanzar un objetivo, se trata de la formulación sintética –o si se prefiere, elíptica– de una norma que ordena *realizar ciertas conductas* que se caracterizan por tener una relación medio-fin (causal) con el objetivo especificado en la norma. Podemos calificar esas conductas como conductas *oportunas*.

Así pues, un primer paso para determinar la manera en la que las directrices guían la conducta, consiste en tener en cuenta que mientras que la configuración de las condiciones de aplicación de los principios sólo es sensible a una única *dimensión de peso*, que se balancea respecto de la misma dimensión de peso de otros principios y que calificamos como jerarquía o prioridad, las directrices, además de esa dimensión de peso, jerarquía o prioridad, tienen una *dimensión de oportunidad* relativa las posibilidades técnicas para alcanzar el fin social en cuestión. De este modo, para deter-

---

un lado, que exista una acción u omisión prescrita por una norma de conducta y, por otro, que dicha acción u omisión haya tenido lugar *en ciertas circunstancias*. Así, sólo se es responsable civil por un daño si, además de demostrar cierta acción o actividad –que, evidentemente, no tiene por qué ser ilícita- se puede demostrar que *en el caso concreto* existe una relación causal entre la acción o actividad y el daño, y si se puede demostrar la ausencia de ciertos componentes subjetivos relativos a la negligencia o la imprudencia. Por otra parte, sólo hablamos de responsabilidad penal si, además de demostrar la conducta (elemento objetivo), podemos demostrar la ausencia de ciertas condiciones particulares relacionadas, por un lado, con las capacidades de los sujetos (elemento subjetivo) y, por otro, con la relación causal entre el acto antijurídico y sus consecuencias; recogidas ambas bajo la categoría de excusas. En este sentido, a diferencia de la noción de deber, que depende sólo de las condiciones de aplicación de la norma, la noción de responsabilidad es una noción sensible a las *circunstancias concretas* de la acción relevante. Estos rasgos son los que, por un lado, hacen radicalmente incompatible la noción de responsabilidad con ideas premodernas como la del pecado original y, por otro, generan tensiones entre la teoría estándar de la responsabilidad y conceptos «anómalos» como los de responsabilidad objetiva o responsabilidad colectiva.

minar la conducta exigida por una directriz, el sujeto debe tener en cuenta las condiciones fácticas en las que tiene lugar la relación medio-fin en cuestión[19]. El primer elemento de los estándares de conducta de las directrices consiste en realizar la(s) conducta(s) oportuna(s).

Ahora bien, ese primer paso tiene que se completado con un segundo, consistente en tener en cuenta una circunstancia universal que juega un papel preeminente entre las condiciones fácticas de la relación medio-fin: la escasez de recursos. En este sentido, el sujeto normativo de una directriz no sólo tiene que tener en cuenta el conjunto de acciones oportunas para dar lugar al objetivo, sino que, además, dentro de ese conjunto tiene que elegir aquella(s) que suponga(n) una relación *óptima* entre los medios (recursos) y los fines (objetivos).

Así pues, con independencia del criterio de optimalidad que se utilice, en cada momento concreto, dado un determinado conjunto de medios disponibles, el sujeto normativo de una directriz deberá configurar un determinado conjunto de acciones oportunas *y* eficientes, de modo que dé lugar al objetivo en la mayor medida de lo posible *dadas las circunstancias*. A esta dimensión de las directrices le podemos llamar *dimensión de eficiencia.* El segundo elemento de los estándares de conducta de las directrices consiste en realizar la(s) conductas(s) eficiente(s).

A partir de lo anterior, podría afirmarse que mientras que las condiciones de aplicación de los principios en sentido estricto dependen sólo de *razones de corrección* –i.e., de su encaje respecto del sistema de valores de referencia–, la aplicación de directrices, además de responder a las razones de corrección depende, por un lado, de razones estratégicas –o, si se prefiere, de razones de corrección en sentido técnico– a las que podemos llamar *razones de oportunidad* y, por otro, de razones referidas a la optimización de los recursos disponibles, a las que podemos llamar *razones de eficiencia*.

En este sentido, a diferencia de los principios, en los que la ponderación sólo cumple la función de determinar las condiciones de aplicación –i.e. el peso o prevalencia de un principio frente a otro(s) principio(s)–, sin afectar a la guía de conducta determinada de antemano por el propio principio, en el caso de las directrices la ponderación de las razones de oportunidad y eficiencia cumple además la función de configurar el contenido de la guía de conducta. Así, para saber qué conducta(s) debe realizar, el sujeto a quien se le asigna una tarea mediante una directriz debe establecer cuál(es) entre las

[19] En esta dimensión de oportunidad, las directrices no se diferencian de las reglas de fin. La diferencia entre las reglas de fin y las directrices radica, en todo caso, en que las reglas de fin no tienen ni una dimensión de peso ni la dimensión de eficiencia a la que me referiré enseguida.

conductas oportunas resulta(n) eficiente(s). De este modo, aunque las directrices no establecen *a priori* una medida de cumplimiento, sí que establecen estándares de conducta respecto de los cuales es posible determinar *una* medida de cumplimiento específica en cada caso: la realización de la(s) conducta(s) oportunas *y* eficientes. Consecuentemente, podemos decir que los mandatos de optimización tienen como condición o medida de cumplimiento la utilización eficiente de los recursos disponibles.

En mi opinión, esta conjunción de las dimensiones de oportunidad y eficiencia explica satisfactoriamente tanto la guía de conducta como la medida de cumplimiento de las directrices. Dar cuenta de estos elementos es una condición necesaria para llevar a cabo un análisis satisfactorio de las responsabilidades de rol, del contenido y alcance de la esfera de responsabilidades; pero también para explicar cómo opera este tipo de normas de mandato. Las directrices prescriben realizar las conductas oportunas *y* eficientes para alcanzar un objetivo. En la medida en la que es posible establecer en cada caso concreto qué conductas tienen esas características, las directrices son susceptibles de ser cumplidas o incumplidas en el mismo sentido en que lo son las reglas y los principios. Desde este punto de vista, la forma prescriptiva de las directrices puede entenderse mejor si tratamos de explicarla, no a partir de la relación contingente entre su contenido y un estado de cosas, sino en virtud de cómo sus condiciones de aplicación afectan la guía de conducta. Esto es, si analizamos su funcionamiento, por un lado, desde la perspectiva de la justificación de juicios de *responsabilidad* y, por otro, a partir de su relación con el tipo de razones que tienen que tenerse cuenta en la deliberación respecto del curso de acción efectivamente prescrito –i.e. de la determinación de estándares de conducta–. Dicho en otros términos, con independencia de que el estado de cosas en cuestión pueda alcanzarse plenamente o sólo de manera gradual o marginal[20], hablamos de mandatos de optimización si, y sólo si, el objetivo en cuestión se establece de modo que para su obtención deba tenerse en cuenta la optimización de los recursos disponibles en las circunstancias concretas de la acción. Así, en el ejemplo del soldado, aunque la limpieza del campamento sea un resultado que admite distintos grados de consecución y, en principio, no podamos establecer cuándo consideraremos que el campamento esté limpio, no es ésa la razón por la que decimos que existe un mandato de optimización. El soldado es sujeto de un mandato de optimización porque, para alcanzar cualquier nivel

[20] Se trataría, en el primer caso, de lo que Robert E. Goodin ha llamado «responsabilidades de objetivo determinado» (*fixed-target responsibility*) y, en el segundo, de lo que ha denominado «responsabilidades de objetivo recesivo» (*receding-target responsibility*). *Cfr.* Goodin, Robert E., *Utilitarianism as a Public Philosophy*, Cambridge University Press, 1995, p. 86.

de limpieza del campamento –con independencia de cuál sea éste–, tiene que utilizar de la mejor manera posible los recursos de los que dispone. Así, como he señalado antes, el soldado tiene, por ejemplo, que asignar de manera eficiente el escaso tiempo que las demás tareas que conlleva su oficio de soldado le dejen libre.

La articulación de las razones de oportunidad y de eficiencia, y los juicios de prudencia que éstas implican, constituyen el problema central de la integración de la esfera de responsabilidades. La especificación de los criterios mediante los cuales imputamos las consecuencias del cumplimiento o incumplimiento de los deberes dentro de tal esfera está en el núcleo de una teoría de la responsabilidad completa y bien estructurada que, desde luego, no es posible abordar en un trabajo como éste. Sin embargo, creo que se puede concluir provisionalmente que no sólo la categoría de las directrices ayuda a esclarecer la responsabilidad de rol, sino que la teoría de la responsabilidad constituye un buen punto de partida para entender mejor cómo operan los mandatos contenidos en las directrices. De ello, me ocuparé en otro momento.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CIENCIA JURÍDICA*

Santiago Sastre Ariza
Universidad de Castilla-La Mancha

1.- Introducción

No creo que sea arriesgado afirmar que el debate sobre el «eterno problema»[1] del estatuto epistemológico de la ciencia del Derecho es uno de los temas que más literatura jurídica ha generado. Entre las contribuciones más recientes se encuentra el volumen dirigido por J.F. Palomino titulado *Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho (de Kirchmann a la discusión epistemológica actual)* en el que aparecen textos de A.E. Pérez Luño, C. Courtis, E. Haba y F. Ost y también se incluye la célebre conferencia de J. V. Kirchmann[2]. Algunas de las reflexiones que aquí se exponen nacen a raíz de su lectura.

La discusión sobre este tema presenta una considerable complejidad porque se suelen mezclar dos cosas: 1) una tesis conceptual, con la que se pretende ofrecer una definición del Derecho que permita un acercamiento científico al mismo, y 2) una tesis metodológica, con la que no sólo se da cuenta de lo que *hacen* sino también de lo que *deben hacer* los juristas para poder acomodarse a un determinado modelo de ciencia. Precisamente algunas de las teorías más conocidas sobre la ciencia jurídica, como las de Kelsen y Ross, deben ser interpretadas en un sentido normativo[3].

* Agradezco los comentarios y observaciones que me hicieron Jerónimo Betegón, Alfonso García Figueroa, Gloria Patricia Lopera y Luis Prieto, que me han ayudado a corregir y a mejorar algunos puntos de este trabajo.

[1] Así lo califica A. Calsamiglia, «Sobre la Dogmática Jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 22, 1982, pp. 235-275, p. 235.

[2] J.F. Palomino (dir.), *Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho (De Kirchmann a la discusión epistemológica actual)*, Grijley, Lima, 1999.

[3] En relación con Kelsen, Bobbio escribe que «si se quiere resumir la teoría kelseniana de la ciencia jurídica en una fórmula efectista, se puede decir que *prescribe describir*. Lo que vale tanto como decir –con otra fórmula– que se obtiene una ciencia del Derecho *neutral* al pre-

Estos dos aspectos (concepción del Derecho y modelo de ciencia jurídica) suelen ser concebidos en este debate como las dos caras de una misma moneda, de modo que se produce una dependencia entre ambos que se concreta sobre todo en que a veces la definición de Derecho y la de ciencia jurídica están al servicio de una determinada noción de ciencia. En este sentido, en ocasiones se defiende una noción de Derecho de carácter **objetualista** (se presenta como un objeto perfectamente delimitado o, si se utiliza la terminología kelseniana, dotado de un sentido objetivo) para posibilitar una noción de ciencia jurídica de carácter **objetivista**, ya que la noción de ciencia se suele identificar con la objetividad o la neutralidad valorativa[4].

En este artículo me propongo: 1) profundizar en lo que significa concebir el Derecho como un objeto del que se ocupa la ciencia jurídica. 2) Exponer un resumen de algunas ideas que permitan ilustrar cómo en la epistemología actual se ha flexibilizado notablemente la noción de ciencia, de modo que el ingreso en el ámbito científico ya no resulta tan exigente. Al afrontar estos dos objetivos espero haber puesto de manifiesto que la visión objetualista del Derecho y la noción objetivista de ciencia no parecen plausibles, aunque esto no supone que haya que desembocar necesariamente en el polo opuesto, es decir, en una noción relativista de Derecho y en una concepción de ciencia excesivamente abierta en la que «todo vale». 3) Argumentar en favor de la conveniencia de independizar el discurso del Derecho del de la ciencia jurídica, ya que no parecen existir materias científicas y no científicas, pues lo relevante es delimitar el método científico. 4) Poner de relieve cómo en este debate desempeña un papel destacado el carácter emotivo del término «ciencia», pues está en juego también el prestigio o la consideración social que tienen los juristas[5]. En este sentido, este prestigio puede ser redefinido a partir de la interpretación de la ciencia jurídica como un

---

cio de una metajurisprudencia *ideologizada*», N. Bobbio, «Ser y deber ser en la ciencia jurídica» (1967), *Contribución a la teoría del derecho*, trad. A. Ruiz Miguel, Fernando Torres, Valencia, 1980, p. 208. En relación con Ross, Guastini afirma que la teoría de la ciencia jurídica que Ross propone es «un modelo normativo de ciencia jurídica», R. Guastini, «Alf Ross: une théorie du droit et de la science juridique» en P. Amselek (ed.), *Théorie du droit et science*, P.U.F., París, 1993, pp. 249-264, p.250.

[4] Vid. V. Villa, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Turín, 1999, pp. 213 y ss.

[5] Como afirma Nino, «no parece que hay otro propósito más importante en juego en la pugna por poner a la jurisprudencia al lado de las actividades reconocidas como científicas, como la física, la biología, la sociología, etc., que el siguiente: atraer para la actividad de los juristas el halo de prestigio y aprobación que rodea a toda actividad que puede designarse con al palabra «ciencia», C.S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, p. 320. En este sentido, Bobbio alude al «complejo de inferioridad» de los juristas frente a los demás científicos, «Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje» (1950), *Contribución a la teoría del Derecho*, citado, p. 174.

saber que puede ser científico y que también puede (y suele) operar como una técnica en cuanto desempeña además una función práctica o útil.

2.- El derecho como objeto

La configuración de la ciencia jurídica como un saber que tiene como objeto el Derecho positivo supone situarse en el momento histórico concreto que se caracteriza por la desaparición del Derecho natural de la cultura jurídica. En efecto, a comienzos del siglo XIX surgen en Europa tres escuelas (la escuela histórica en Alemania, la escuela de la exégesis en Francia y la escuela analítica en Inglaterra) que tienen en común la idea de que la ciencia jurídica debe dedicarse a estudiar el Derecho positivo, que se concibe como un Derecho «puesto» (*ius positum*) ya sea por el pueblo en su propio «desenvolvimiento orgánico», por el autor de un código o por el soberano. Ahora bien, en estas escuelas el «grado de externidad» del Derecho no parece ser el mismo[6]. La visión del Derecho positivo como objeto de la ciencia jurídica aparece ligada concretamente, como ha defendido Ferrajoli, al principio de legalidad. A este proceso se refiere Ferrajoli del siguiente modo: «la novedad del derecho moderno no radica tanto en los contenidos (extraordinariamente parecidos, en particular en el derecho privado, a los romanos), como sobre todo en la forma "legal", "convencional", o "artificial", es decir, "positiva", del derecho vigente consiguiente a la nueva fuente de legitimación: ya no la *veritas* sino precisamente la *auctoritas*. Y esto, si de un lado lleva consigo la separación del derecho positivo de la moral y de la política, del otro comporta la separación de la ciencia del derecho del derecho mismo, que por primera vez se autonomiza como "objeto" o "universo" empírico relativamente independiente de la actividad de los juristas. Bajo ambos aspectos el *principio de legalidad* viene a configurarse como el principio constitutivo de la experiencia jurídica moderna; en cuanto fuente de legitimación de las normas jurídicas vigentes y, por otra parte, de las válidas, es efectivamente constitutivo del *moderno derecho* positivo y al mismo tiempo del moderno estado de derecho; en cuanto principio de reconocimiento de las propias normas como empíricamente dadas o positivas, es

[6] Koschaker afirma que «la expresión «ciencia del Derecho» es *made in Germany*» y «se explica únicamente por la tendencia de Savigny y de su escuela a dar a toda actividad que tenga el Derecho por objeto, un carácter científico», P. Koschaker, *Europa y el Derecho romano* (1947), trad. J. Santa Cruz, Revista de Derecho privado, Madrid, 1955, p. 302. Sin embargo en la escuela histórica la ciencia jurídica terminó convirtiéndose en fuente del Derecho ya que la labor de los juristas «es productiva no sólo por la forma, en tanto que reduce a un todo conexo el agregado de normas de un Derecho, sino porque por su proceder sistemático puede modificar las normas dadas e incluso formular otras nuevas», F. González Vicén, «La escuela histórica del derecho» (1978), *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)*, Fernando Torres, Valencia, 1984, p. 134.

constitutivo de la *moderna ciencia del derecho* como disciplina empírica o positiva, a la que sirve para determinar y al mismo tiempo circunscribir su objeto»[7].

La visión del Derecho como un objeto externo a la ciencia jurídica se enfatiza más si es interpretada en términos empíricos. Así, de acuerdo con la tesis social que sostiene el positivismo jurídico[8], la creación del Derecho se vincula con ciertos hechos que tienen que ver 1) con acciones y actitudes de las autoridades normativas (como por ejemplo la promulgación y la derogación) y 2) con comportamientos de los destinatarios de las normas. Esta conexión del Derecho con la voluntad humana pone de relieve, como ha destacado García Figueroa, dos características del Derecho que difícilmente se pueden negar: su falibilidad técnica, ya que en el sistema jurídico suele haber antinomias, lagunas y redundancias, y su falibilidad moral, ya que puede chocar con la moral crítica y, por tanto, ser injusto[9].

El hecho de que el Derecho positivo sea el objeto de la ciencia jurídica y se pretenda resaltar su carácter externo o previo definiéndolo en términos empíricos no significa, sin embargo, que su contenido esté siempre objetivamente dado. Esto sucede, en mi opinión, porque el carácter empírico se acentúa en el origen del Derecho (ya que su existencia depende de acciones y comportamientos) pero se debilita en el resultado, ya que el Derecho se expresa en un lenguaje que debe ser interpretado. Aunque se conciban las normas jurídicas como dogmas o como entidades preconstituidas no puede decirse que sean hechos del mismo tipo que los hechos físicos[10]. La concepción del Derecho como lenguaje relativiza notablemente esa dimensión objetiva hasta el punto de que a veces se afirma que las normas no tienen existencia previa e independiente de la interpretación puesto que son el re-

---

[7] L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), trad. P. Andrés, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 1995, pp. 869-870. En otro lugar afirma que «con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho existente, la ciencia jurídica deja de ser una ciencia inmediatamente normativa para convertirse en una disciplina tendencialmente cognoscitiva, es decir, explicativa de un objeto –el derecho positivo- autónomo y separado de ella», «Estado de derecho: entre pasado y futuro», trad. P. Allegue en el volumen *Cambio de paradigma en la filosofía política*, Fundación Juan March, Madrid, 2001, p. 67.

[8] Esta es la expresión que emplea J. Raz, *La autoridad del derecho* (1979), trad. R. Tamayo, UNAM, México, 1982, pp. 55-56.

[9] A. García Figueroa, «La tesis del caso especial y el positivismo jurídico», *Doxa*, 1999, pp. 195-220, pp. 202-203.

[10] Precisamente parece que la dogmática concibe las normas no como hechos experimentales sino como algo que tiene una «fuerza empírica» similar: como dogmas o proposiciones dadas e inmodificables, vid. M. Atienza, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, p. 283.

sultado de la interpretación[11]. Esto pone de relieve que la interpretación puede contribuir a construir el Derecho. El problema en este caso es que se denomina «interpretación» tanto al reconocimiento de ciertos significados a través de determinadas convenciones como a la tarea de asignar o proponer significados. Pero lo que conviene destacar ahora es que la distinción entre el Derecho y la ciencia del Derecho no implica que «constituyan esferas de fenómenos claramente distinguibles entre sí», porque en algunas ocasiones no resulta fácil distinguir el lenguaje objeto (el Derecho) del metalenguaje o del lenguaje de segundo grado en el que se expresa la ciencia jurídica[12].

En este punto del razonamiento parece que aparentemente pueden chocar dos concepciones distintas del Derecho: la del Derecho como hecho y la del Derecho, por usar la terminología dworkiniana, como un concepto interpretativo[13], o, presentando esta dicotomía en otros términos, el Derecho como dato y el Derecho como un proceso (en el que juega un papel determinante la dialéctica entre normas y comportamientos)[14]. Considero que la táctica de contraponer ambas perspectivas no es acertada porque a la hora de dar cuenta del funcionamiento real del Derecho es preciso conciliar ambos enfoques. Me parece que resulta conveniente armonizar estas dos perspectivas de modo que tenga sentido sostener, como indica Ferrajoli en la cita que aparece al comienzo de este epígrafe, que la concepción del Derecho como objeto supone interpretarlo como «**relativamente** independiente de la

---

[11] Vid. L. Prieto, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 84. A.E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, sexta ed., 1999, p. 254. La distinción entre disposición y norma, defendida por algunos autores como Tarello y Guastini, pretende destacar la presentación de las normas como el resultado de la interpretación, vid. G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoría del diritto*, Il Mulino, Bolonia, 1974, pp. 389 y ss. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Turín, 1990, pp. 16 y ss.

[12] M. Atienza, *Introducción al Derecho*, citado, p. 185.

[13] Hay que advertir que la noción de Dworkin tiene una fuerte carga valorativa ya que conlleva la justificación del objeto interpretado. El intérprete debe presentar el objeto en su mejor vertiente y ello supone acudir a los principios que justifican las normas explícitas. Esto es lo que denomina interpretación constructiva, vid. R. Dworkin, *Law's Empire*, Fontana, Londres, 1986, pp. 45 y ss. Sobre los distintos sentidos en que se puede interpretar esta idea, vid. I. Lifante, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 297 y ss.

[14] La dialéctica se refiere a que la existencia de las normas se vincula con la práctica social y la significación jurídica de los comportamientos exige el uso de las reglas. En la visión del Derecho como proceso ha insistido G. Zaccaria, «Sul concetto di positività del diritto» en G. Zaccaria (ed.), *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, Turín, 1991, pp. 329-358. Para Atienza el Derecho «no es meramente un objeto para ser conocido, sino una realidad en la que se vive o en la que se participa: no una cosa, sino una actividad, una empresa», «Sobre el sentido del Derecho. Carta a Tomás-Ramón Fernández», *Doxa*, 23, 2000, pp. 737-753, p. 739.Vid. V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Giappichelli, Turín, 1993, pp. 342-343.

actividad de los juristas» ya que éstos participan en la configuración de su objeto. Si hubiera que sacar una conclusión inicial de la mera existencia de estos problemas habría que insistir en que la teoría jurídica no debe prescindir de las aportaciones que se realizan desde otros sectores (estoy pensando ahora en la filosofía y en la epistemología) que resultan fundamentales para arrojar luz sobre estas cuestiones. La obsesión por presentar el análisis jurídico como una parcela autónoma o independiente frente a otros ámbitos (que quizá nadie defendió con tanta tenacidad como Kelsen) no creo que haya beneficiado a la teoría jurídica.

Si el origen del Derecho se asocia con las decisiones y comportamientos de las autoridades normativas y los destinatarios, y si se destaca que se expresa en un lenguaje que debe ser interpretado, entonces parece que una estrategia oportuna es concebir el Derecho como un tipo de práctica social. En esta visión del Derecho como práctica social, que tiene en cuenta que el Derecho «no es sólo algo que simplemente está dado, sino que también es algo en construcción»[15], hay que resaltar dos notas fundamentales.

En primer lugar, desde *el segundo* Wittgenstein es sabido que el lenguaje es concebido como un tipo de práctica. Una de las aportaciones fundamentales *del* Wittgenstein de *Investigaciones filosóficas* fue, precisamente, poner en tela de juicio la vigencia del paradigma referencialista en el ámbito del significado de las proposiciones, ya que en el análisis de los significados ya no es relevante la referencia a un estado de cosas sino que pasa a un primer plano el uso del lenguaje. Este giro pragmático propone concebir los significados de acuerdo con el uso, es decir, según el contexto en el que se emplean las palabras (en un determinado juego de lenguaje que aparece regido por ciertas reglas)[16]. Esta concepción, que se opone a una visión del lenguaje que pretenda establecer de forma universal el uso correcto de las palabras, parece más acorde con la naturaleza comunicativa que presenta el lenguaje. Pues bien, en la medida en que el Derecho se expresa en un lenguaje no parece que exista razón alguna para concebir el lenguaje jurídico como una excepción, de ahí que considere oportuna la visión del Derecho como una práctica.

En segundo lugar, si se trata de un tipo de práctica, ¿cuál es su peculiaridad? En esa práctica que aparece configurada por los comportamientos y actitudes de las autoridades normativas y de los destinatarios desempeña un papel fundamental la institucionalización de la coacción. Esto significa que

---

[15] J. Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 193.

[16] Vid. L. Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas* (1953), trad. A. García y U. Moulines, Crítica, Barcelona, 1988, pp. 23 y ss.

en el reconocimiento de esa práctica (y creo que también en la tarea de saber cuáles son los deberes jurídicos) resulta clave la convergencia del comportamiento de las denominadas agencias de aplicación. Precisamente esta convergencia (con independencia de las razones que la motivan) origina una norma consuetudinaria que parece fundamental para quien quiera identificar las normas que componen un sistema jurídico concreto (la denominada regla de reconocimiento según la terminología de Hart). Por tanto, el comportamiento de tales agencias es un factor decisivo a la hora de advertir cuándo se está en presencia de una práctica jurídica.

Me parece que el mejor desarrollo de esta visión del Derecho como práctica (que acentúa la presentación de las normas jurídicas como reglas sociales) y que permite explicar en mejores condiciones en qué sentido el Derecho puede ser presentado como un objeto es la tesis convencionalista. Este enfoque parece adecuado para poner de relieve de qué modo es posible armonizar la visión del Derecho como dato y como proceso. La visión convencionalista debe ser desarrollada en tres planos: el ontológico, el epistemológico y el semántico.

Desde un punto de vista ontológico, si el Derecho es considerado una construcción humana entonces no puede ser concebido como una entidad puramente objetiva, ya que su existencia no es independiente de los comportamientos y actitudes de las autoridades y destinatarios. Esta idea, que fue especialmente defendida en el planteamiento ilustrado al insistir en que el Derecho y el Estado (que es, retomando la imagen de Hobbes, un *lobo artificial* «nacido para domar y poner freno a los *hombres lobo*») son artificios creados con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales[17], es una consecuencia del carácter convencional del Derecho[18]. Por tanto el Derecho

---

[17] La expresión es de L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, citado, p. 936. Vid. J. Martínez de Pisón, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 192 y ss.

[18] Por eso me parece «peligroso» el aserto latino *ubi societas, ibi ius* que Pérez Luño emplea para evidenciar el carácter social del Derecho en cuanto «el derecho es inescindible de la vida humana», porque creo que fácilmente puede darse el paso de concebir el Derecho como un fenómeno natural o necesario. A.E. Pérez Luño, «Delimitación conceptual del derecho» en J.F. Palomino, *Discusión sobre el carácter anti-científico del derecho*, citado, pp. 3-44, p. 5. Este artículo figura como la primera parte, compuesta de tres capítulos, del volumen A.E. Pérez Luño, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, escrito con la colaboración de C. Alarcón, R. González-Tablas y A. Ruiz de la Cuesta. En relación con esta cuestión Juan Ramón de Páramo escribe que «*Ubi societas ibi ius* es sólo una falsa creencia arraigada entre una parte de los juristas. Una opinión contraria, bastante extendida y bien documentada, sostiene que la existencia del Derecho y del poder político (poder institucionalizado) es un fenómeno histórico. Esto es: el Derecho y el Estado han tenido su origen, y las relaciones jurídicas –relaciones mediadas por una autoridad institucionalizada- no son equivalentes a las relaciones biológicas y sociales», Juan Ramón de Páramo, «Sociedad, poder, Derecho» en J. Betegón, M. Gascón, J.R. de Páramo y L. Prieto, *Lecciones de Teoría*

no trasciende o no existe un estado de cosas que consiga hacer verdaderas o falsas las proposiciones jurídicas más allá de los comportamientos de quienes configuran la práctica jurídica. Para decirlo con las palabras de Juan Carlos Bayón, el Derecho «no existe más allá de las convenciones»[19].

Desde un punto de vista epistemológico, si el Derecho no es un hecho natural, entonces no es posible afrontarlo desde un realismo como el que se emplea en el ámbito de los fenómenos naturales (en el que sí parece que puede funcionar este modelo que permitiría una objetividad robusta[20]). La epistemología debe tener en cuenta que en este caso son las convenciones y las expectativas que generan las que configuran, con ciertas limitaciones, la práctica jurídica. Lo que parece claro es que el antirrealismo (que no hay por qué asumir como perspectiva global) parece plausible cuando el objeto de conocimiento es una construcción humana como es el Derecho. Un objetivismo extremo no parece adecuado porque desconoce los problemas que surgen a la hora de la interpretación y un subjetivismo extremo no resulta convincente porque no tiene en cuenta que muchas convenciones están fuertemente asentadas, de modo que en numerosas ocasiones es posible saber con certeza «lo que dice» el Derecho. El modelo antirrealista (que también es denominado constructivismo[21]) permite explicar que el Derecho está delimitado por ciertas convenciones, pero que éstas también tienen sus límites y que en estos casos el Derecho está indeterminado.

---

del Derecho, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 87. En este sentido Atienza afirma que no parece que haya razones para aceptar esta máxima, porque una cosa es que «donde hay una sociedad -por poco desarrollada que esté- existen también normas y sanciones» y otra cosa es que «a esas normas y a esas sanciones las llamemos jurídicas», pues «el Derecho es un aspecto de la sociedad, no la sociedad sin más», M. Atienza, *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 24-25.

[19] J.C. Bayón, «Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico», *Isonomía*, 13, 2000, pp. 87-117, p. 116.

[20] Como sostiene Searle, «los hechos brutos necesitan de la institución del lenguaje para que podamos *enunciarlos*, pero los hechos brutos *mismos* existen independientemente del lenguaje o de cualquier otra institución. Así, el *enunciado* de que el Sol está a 150 millones de kilómetros de la Tierra necesita una institución del lenguaje y una institución de medida de las distancias en kilómetros, pero el hecho *enunciado*, el hecho de que hay una cierta distancia entre la Tierra y el Sol, existe con independencia de cualquier institución», J. Searle, *La construcción de la realidad social* (1995), trad. A. Domènech, Paidós, Barcelona, 1997, p. 45. Para Moreso, Navarro y Redondo «la objetividad robusta es el ámbito de los fenómenos naturales, en los cuales hay lugar para el descubrimiento (que la tierra gira alrededor del Sol, que los seres tienen cuarenta y seis cromosomas, etc.) mientras que en el ámbito de los fenómenos convencionales sólo hay lugar para la reconstrucción de las prácticas que existen en el interior de un conjunto de creencias compartidas y expectativas recíprocas», J.J. Moreso (coord.), P.E. Navarro y M.C. Redondo, *Lliçons de filosofia del dret*, Edicions de la Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2000, pp. 32-33. En este sentido, B. Celano, «Eficacia, anti-realismo, interpretazione», *Analisi e Diritto*, 1999, pp. 229-247, pp. 237 y ss.

[21] Por ejemplo por J.J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 79.

Desde un punto de vista semántico, si el Derecho es un fenómeno convencional entonces el significado de las normas jurídicas esta regulado por estipulaciones o acuerdos. Para el convencionalismo, como afirma Pérez Sedeño, «los términos de un lenguaje logran significado en virtud de reglas más o menos explícitas sobre cómo usar los términos en relación unos con otros»[22]. Esta concepción semántica del Derecho supone dejar a un lado el esencialismo conceptual, que considera que el lenguaje se emplea con la intención de captar una determinada esencia o un estado de cosas existente en la realidad[23]. Como ha explicado ilustrativamente Pérez Luño, el lenguaje es un conjunto de símbolos (las palabras) no de signos (que se caracterizan por guardar una relación necesaria y natural con el objeto que representan) con los que convencionalmente se designan los objetos. Si se tiene en cuenta esta distinción se puede afirmar que «el error del realismo ha consistido en confundir símbolos y signos, al sostener que las palabras y las definiciones de las cosas debían reflejar propiedades esenciales de los objetos que representaban»[24].

De este modo, los significados se especifican a partir de las convenciones. El proceso interpretativo pretende demostrar que ciertas consecuencias se derivan de las normas jurídicas de acuerdo con determinadas convenciones. Es verdad que tal vez sea posible emplear la idea de correspondencia cuando se alude a significados que aparecen delimitados a partir de pautas convencionales pero aquí se maneja la idea de correspondencia en otro contexto, ya que la tesis de la verdad como correspondencia opera en el marco conceptual del realismo, que resulta impracticable desde un punto de vista epistemológico en un fenómeno convencional como es el Derecho.

La función de las convenciones en la práctica jurídica permite explicar con más claridad algunos problemas que surgen en el ámbito de la interpretación. Así, frente a la idea de que todas las normas son derrotables (que relativiza en exceso la aplicabilidad de las normas), el carácter derrotable o inderrotable de las normas (que permite que las normas puedan «funcionar» a veces como principios y otras como reglas) depende de cómo son empleadas en el razonamiento jurídico, que exige acudir a las convenciones que constituyen la práctica jurídica[25]. La derrotabilidad de las normas y sus re-

---

[22] E. Pérez Sedeño, «Convencionalismo», J. Muñoz y J. Velarde (ed.), *Compendio de epistemología*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 154-157, p. 154.

[23] Vid. C.S. Nino, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, pp. 175 y ss.

[24] A.E. Pérez Luño, «Delimitación conceptual del derecho», citado, p. 21.

[25] Al respecto, vid. J.C. Bayón, «Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico», citado, p. 116. También F. Atria, «Las circunstancias de la derrotabilidad», *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, 2000, pp. 437-465.

laciones de preferencia pueden ser analizadas a partir de la configuración de las convenciones interpretativas existentes.

Esta visión del Derecho me parece que permite explicar de forma más convincente en qué sentido el Derecho es un objeto del que se ocupa la ciencia jurídica. Su principal aportación es que no presenta la visión del Derecho como dato y como proceso en forma antagónica, sino como dos puntos de vista que pueden convivir perfectamente en esa práctica jurídica en que consiste el Derecho. La tesis convencionalista constituye, como ha destacado acertadamente Bayón, el núcleo irrenunciable del positivismo jurídico[26]. Creo que muchos equívocos acerca del positivismo jurídico se derivan de no haber analizado con profundidad a qué se alude con la naturaleza convencional del Derecho.

No hay que olvidar que también el convencionalismo presenta algunos problemas. Uno de los autores que ha criticado con más insistencia el convencionalismo es Dworkin. Ciertamente la pluralidad de convenciones pone de relieve que los acuerdos no siempre son, si se emplea la terminología dworkiniana, «hechos evidentes» y que el criterio del acuerdo no puede ser el último juez que dirima cuál es la decisión, ya que si así fuese no sería posible distinguir las convenciones justificadas frente a las injustificadas (sería difícil reconocer la existencia de convenciones erróneas)[27]. Esto no supone, en mi opinión, la necesidad de abandonar el convencionalismo sino que exige profundizar en las razones que producen los acuerdos. A esto se refiere Bayón cuando propone lo que denomina convencionalismo profundo, con el que pone de relieve que «no es el acuerdo explícito en torno a las aplicaciones concretas lo que las define como correctas sino el trasfondo de criterios compartidos». Estas razones de fondo, que admiten la posibilidad de error o desacuerdo en su aplicación, son las que hacen que aparezca como «lógica» la aplicación de ciertas convenciones y de ahí que surjan los llamados casos paradigmáticos[28]. El proceso de decisión, frente al puro arbitrio, supone indagar en las razones que posibilitan la continuidad de una determinada convención.

3.- La ciencia como objeto

En el análisis del estatus epistemológico de la ciencia jurídica resulta fundamental realizar una aproximación al problema del conocimiento científico. Se trata de abordar la discusión en torno a si es posible precisar cuál

[26] J.C. Bayón, «El contenido mínimo del positivismo jurídico», inédito.

[27] Vid. M. Iglesias, «Una crítica al positivismo hartiano: el problema del seguimiento de reglas», P. Comanducci y R. Guastini (ed.), *Analisi e Diritto*, 1998, pp. 131-147.

[28] J.C. Bayón, «Derecho, convencionalismo y controversia», inédito.

es el método que permite delimitar el ámbito de la ciencia. Este debate tiene una dimensión *ad intra*, en cuanto ha permitido distinguir distintos tipos de ciencias (por ejemplo las ciencias de la naturaleza de las ciencias de la cultura) y una dimensión *ad extra*, en cuanto la ciencia pretende distinguirse frente a otro tipo de disciplinas, en concreto frente a la filosofía, con la que parece existir una «especial enemistad»[29].

Para los fines de este artículo es suficiente trazar un itinerario que exponga, de forma resumida, algunas de las transformaciones que han afectado a la idea de ciencia que postuló el positivismo clásico y que han sido decisivas para comprender cómo se concibe la actividad científica en la actualidad.

Como es sabido, uno de los objetivos del positivismo lógico que se originó en los años veinte a partir del Círculo de Viena (del que formaron parte autores como Moritz Schlick, Rudolf Carnap, Friedrich Wasmann, Otto Neurath, Hans Hahn y Kurt Gödel) fue la defensa de una noción «fuerte» de ciencia en torno al método de la verificación. Este modelo, que postula la unidad de la ciencia, supuso un importante cambio metodológico ya que la observación y la experimentación pasan a ser las principales herramientas para llevar a cabo la tarea cognoscitiva. Una de las características fundamentales de esta tradición, que toma como modelo de explicación científica la ciencia físico-matemática, es la preocupación por la lógica y por el lenguaje, ya que una concepción epistemológica de carácter fenomenalista debe venir acompañada de una teoría que, con ayuda de la lógica, permita establecer las condiciones de verdad del lenguaje.

Este planteamiento se articula en torno a una determinada manera de concebir y conocer la realidad. Respecto a la primera, la realidad se «fisicaliza» en cuanto se limita al mundo de los hechos. De este modo se deja a un lado la metafísica y aquellas disciplinas que vayan más allá del ámbito de la observación ya que formulan proposiciones que carecen de sentido (son pseudoproposiciones). A este respecto Carnap escribe lo siguiente: «¿Cómo es posible que tantos hombres pertenecientes a los pueblos y épocas más diversos, e incluyendo mentalidades eminentes entre ellos hubieran derrochado con tan genuino fervor tanta energía en la metafísica para que ella finalmente no consistiera sino en meras sucesiones verbales sin senti-

[29] Así, se suele considerar, como afirma Bobbio, que «la ciencia es una *toma de posesión* de la realidad; la filosofía, *una toma de posición* frente a la realidad. Por ello, la ciencia es indiferente a los valores, y de ahí su carácter –subjetivamente– de investigación desinteresada y –objetivamente– de investigación pura. La filosofía está axiológicamente orientada y comprometida, y de ahí su carácter de *ideología*, frente al cual no se pueden cerrar los ojos», N. Bobbio, «Filosofía del Derecho y teoría general del Derecho» (1950), *Contribución a la teoría del Derecho*, citado, p. 87.

do?, y ¿cómo sería comprensible que estas obras ejerzan hasta el día de hoy una influencia tan fuerte sobre lectores y oyentes si no contienen ya no digamos errores, sino que son totalmente vacuas? Estas dudas están justificadas, ya que la metafísica posee un contenido -sólo que éste no es teorético. Las (pseudo)proposiciones de la metafísica *no sirven para la descripción de relaciones objetivas*, ni existentes (caso en el cual serían proposiciones verdaderas), ni inexistentes (caso en el cual-por lo menos- serían proposiciones falsas); ellas *sirven para la expresión de una actitud emotiva ante la vida*»[30]. Respecto a lo segundo (el conocimiento de la realidad), el sujeto se convierte en un observador que, de forma neutral, se limita a conocer los hechos que se ofrecen a los sentidos «como frutos maduros aptos para ser asimilados por nuestro entendimiento en una función directa»[31].

En este contexto, las oraciones cognoscitivas significativas o bien son analíticas, como las que expresan la matemática o la lógica, que son necesariamente verdaderas pero no informan sobre cuestiones empíricas, o bien son sintéticas, que son los enunciados susceptibles de verificación empírica (los llamados protocolos o enunciados protocolares). Ante este panorama se reivindica la utilidad de la filosofía como análisis conceptual ya que se considera que muchos problemas filosóficos se deben a un uso inadecuado del lenguaje. En este sentido, la filosofía no aspira a resolver los grandes interrogantes de la existencia humana sino que, como afirma Wittgenstein en el *Tractatus*, su objetivo «es la clarificación lógica de los pensamientos»[32]. Ahora bien, esta idea de clarificación conceptual, que constituye, como escribe Moreso, la «marca de la casa» de la filosofía analítica[33], se utiliza de una manera más dudosa si lo que se quiere defender es que los problemas filosóficos terminan transformándose en problemas de lenguaje. Utilizando una conocida imagen de Wittgenstein, se podría afirmar que la claridad conceptual no es *la medicina* frente a *la enfermedad* que generan los problemas filosóficos pero sí es verdad que puede ayudar a acertar con *el diagnóstico*.

Pues bien, este modelo de ciencia unificada en torno a una epistemología empirista se fue desmoronando poco a poco a raíz de las críticas que re-

---

[30] R. Carnap, «La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje» (1932) en A.J. Ayer (comp.), *El positivismo lógico* (1959), trad. L. Aldama, U. Frisch, C.N. Molina, F.M. Torner y R. Ruiz Harrel, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pp. 66-87, pp. 84-85.

[31] G. Robles, *Introducción a la teoría del derecho*, Debate, Madrid, 1988, p. 134.

[32] L. Wittgenstein, *Tractatus Lógico-Philosophicus* (1922), trad. J. Muñoz e I. Reguera, Altaya, Barcelona, 1994, p. 65.

[33] J.J. Moreso, «El encaje de las piezas del derecho (Primera parte)» , *Isonomía*, 14, 2001, pp. 135-157, p. 135. De la caracterización de la filosofía analítica Moreso se ha ocupado con detenimiento en su artículo «Filosofía analítica y filosofía hermenéutica» en L. Triolo (ed.), *Prassi giuridica e controllo di razionalità*, Giappichelli, Turín, 2001, pp. 211-226.

cibió. Si hubiera que resumir estas críticas creo que podrían ser agrupadas en cuatro apartados.

En relación con la lógica, en 1931 Gödel demostró con su conocido teorema de la incompletitud que las posibilidades de la lógica resultan limitadas al demostrar que cualquier sistema de lógica de orden superior es incompleto[34]. En este sentido la lógica y la matemática podrían incluso quedar eliminadas «de lo considerado como conocimiento estricto por tratarse de sistemas no consistentes y no decidibles»[35].

En relación con los hechos, se va produciendo poco a poco, según la expresión de Franca D'Agostini, «una cierta y progresiva crisis de la noción de dato»[36]. Se deja a un lado el paradigma contemplativo que concibe el conocimiento, según la conocida imagen de Rorty, como un espejo en el que se refleja el material bruto recibido a través de los sentidos[37]. Por un lado, se afirma que los hechos «no hablan por sí mismos», ya que conocer supone interpretar a partir de unos determinados esquemas conceptuales. Siempre se conoce desde un punto de vista, desde una teoría, desde un paradigma. Desde esta perspectiva internalista se apuesta por una aproximación entre el sujeto y el objeto de la investigación. Muchos autores (como Hanson, Quine y Putnam) insisten en que la actividad cognoscitiva se realiza a partir de teorías. El conocimiento no se lleva a cabo, según la conocida expresión de Putnam, desde la perspectiva del Ojo de Dios[38] o desde un observatorio privilegiado que permite una visión angélica que se limita a la mera contemplación de lo existente[39]. Como escribe Frank, la línea entre un hecho y una teoría «es a menudo oscura»[40]. Por otro lado, el sujeto cognoscente no puede situarse «por encima» de su naturaleza biológica, psicológica y de su situación social. La «humanización» del conocimiento termina por destacar que el sujeto que conoce no es un ser abstracto sino que se trata de un ser humano de carne y hueso que está implicado en un concreto momento histórico. Este aspecto será destacado especialmente por las ciencias del espíritu.

---

[34] Vid. K. Gödel, «Sobre sentencias formalmente indecidibles de *Principa Matemática*» (1931) en *Obras Completas*, trad. J. Mosterín, Alianza, Madrid, 1991, pp. 45-90.

[35] L. Arenas, «Certeza» en J. Muñoz y J. Velarde, *Compendio de Epistemología*, citado, p. 100.

[36] F. D'Agostini, *Analíticos y continentales. Guía de la filosofía de los últimos treinta años* (1997), trad. M. Pérez, Cátedra, Madrid, 2000, p. 51.

[37] R. Rorty, *La filosofía y el espejo de la naturaleza* (1979), Cátedra, Madrid, 1983.

[38] H. Putnam, *Razón, verdad e historia* (1981), trad. J.M. Esteban, Tecnos, Madrid, 1988, p. 59.

[39] V. Villa, *Conscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, citado, p. 206.

[40] J. Frank, *Derecho e incertidumbre*(1951), trad. C.M. Bidegain, Fontamara, México, 1993, p.70.

Quine insistió en dos críticas que han tenido una importante repercusión. La primera tiene que ver con la distinción entre enunciados analíticos y sintéticos, ya que si el estudio de los enunciados analíticos exige tener en cuenta el comportamiento lingüístico de los hablantes entonces esta distinción se debilita, pues los enunciados analíticos o «verdades de razón» se relacionan con los hechos[41]. La segunda pretende poner de relieve la conveniencia de una concepción holista del conocimiento (denominada tesis Duhem-Quine)[42], ya que si los significados están determinados tanto por la experiencia como por el sistema conceptual en el que se integran, entonces lo que se contrasta con la experiencia es la teoría como un todo y no tanto los enunciados aislados. En definitiva, se consuma la estrecha relación entre lenguaje y experiencia hasta el punto de que puede afirmarse que la distinción entre enunciados teóricos y enunciados observacionales es de grado[43]. Una vez que desaparece la posibilidad de llevar a cabo observaciones puras, el siguiente paso es admitir la inconmensurabilidad de las teorías, en cuanto cabe reconocer que diferentes teorías pueden explicar acertadamente los mismos hechos.

No parece plausible negar que se puede tocar la realidad o que está «ahí fuera». Como afirma Searle con ironía, «después de todo, el antirrealista lleva su automóvil al mecánico para que se lo ajuste y se cepilla los dientes a diario como si se creyera que hay objetos en el mundo externo»[44]. Lo que se critica es lo que Putnam ha denominado «realismo metafísico», es decir, la idea de que la realidad es «una única supercosa» de la que el observador puede dar noticia de forma imparcial con independencia de todo marco conceptual[45]. Los hechos, como acertadamente escribe Frank, son a la vez subjetivos y objetivos[46]. Si bien siempre se lleva a cabo el conocimiento desde

---

[41] M. Cruz, *Filosofía contemporánea*, Taurus, Madrid, 2002, p. 49.

[42] Quine defiende estas tesis en su célebre artículo «Dos dogmas del empirismo» (1951) que aparece en su libro *Desde un punto de vista lógico*, trad. M. Sacristán, Ariel, Barcelona, 1962. Quine se ha pronunciado a favor de un holismo moderado, «Retrospectiva de «Dos dogmas» (1991) en W.V.O. Quine, *Acerca del conocimiento científico y otros dogmas*, trad. F. Rodríguez Consuegra, Paidós, Barcelona, 2001, pp. 99-111. La referencia a Pierre Duhem se debe a que este autor ya había formulado muchos años antes la concepción holista de la ciencia.

[43] F. D' Agostini, *Analíticos y continentales. Guía de la filosofía de los últimos treinta años*, citado, p. 196.

[44] J. Searle, *La construcción de la realidad social* , citado, p. 202.

[45] H. Putnam, *Sentido, sinsentido y los sentidos* (1994), trad. N. Goethe, Paidós, Bacelona, 2000, p. 56. Como sostiene Comanducci, la crítica puso de relieve que «el positivismo lógico habría creado una especie de «metafísica del dato», *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, trad. P. Larrañaga, Fontamara, México, 1999, p. 41.

[46] Frank se refiere a la existencia de hechos con un núcleo duro y hechos blandos, según intervenga en menor o mayor medida la interpretación, vid. J. Frank, *Derecho e incertidumbre*, citado, pp. 69 y 70. González Lagier distingue los hechos externos, que son objetivos en un

unos determinados esquemas conceptuales esto no significa que todos sean igualmente válidos ya que no todas las creencias o marcos conceptuales o perspectivas tienen el mismo grado de aceptabilidad racional, sin que esto suponga, como afirma Olivé, la existencia de una racionalidad absoluta y universal[47]. En definitiva, lo que sucede es que la realidad no puede ser concebida sin más como un hecho bruto y se insiste en que el conocimiento se lleva a cabo desde un determinado punto de vista[48].

En relación con el lenguaje, el *segundo* Wittgenstein opone al paradigma referencialista una visión pragmática del lenguaje que tendrá una influencia decisiva. El autor de *Investigaciones filosóficas* sostiene que no es posible hablar de una gramática universal ya que el significado del lenguaje no depende del conocimiento de ciertas reglas sobre la aplicación de los términos, sino que lo importante es la vinculación entre las proposiciones y los contextos en los que son empleadas. Los enunciados forman parte de un juego que está dotado de ciertas reglas, de ahí que los significados de los enunciados deban establecerse a partir de ciertas reglas. A la hora de analizar el lenguaje hay que tener en cuenta el lenguaje «en acción»[49]. El reconocimiento de una pluralidad de lenguajes, escribe Sánchez Meca, «implica que los lenguajes ya no son reductibles a ninguna clase de unidad ni por la vía lógica (o sea, el lenguaje como expresión trascendental de la estructura objetiva del pensamiento) ni tampoco por la vía ontológica (o sea, el lenguaje como imagen o expresión de la realidad)»[50].

---

sentido ontológico pero «esta objetividad es insuficiente desde el punto de vista del conocimiento, pues no asegura que nuestro conocimiento de los hechos externos sea objetivo», los hechos percibidos, que aunque son epistemológicamente subjetivos, en su fijación desempeña un papel importante la intersubjetividad, y los hechos interpretados, que «son epistemológicamente subjetivos, en el sentido de que son relativos al Transfondo, y éste puede variar de cultura a cultura y de individuo a individuo». Pese a esto «nuestras interpretaciones de los hechos externos son suficientemente análogas o compartidas y, por tanto, existe suficiente base intersubjetiva como para poder juzgar cuándo una interpretación es correcta y cuándo no. Por supuesto existe un amplio margen para la divergencia de interpretaciones», D. González Lagier, «Los hechos bajo sospecha. Sobre la objetividad de los hechos y el razonamiento judicial» en P. Comanducci y R. Guastini (ed.), *Analisi e Diritto*, 2000, pp. 69-87, pp. 84-85. Sobre esta cuestión vid. M. Gascón, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

47 L. Olivé, «Pluralismo epistemológico: más sobre racionalidad, verdad y consenso» en A. Velasco (comp.), *Racionalidad y cambio científico*, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 43-55, p. 53.

48 Sobre la distinción entre hechos brutos y hechos institucionales vid. J. Searle, *La construcción de la realidad social*, citado, pp. 44 y ss.

49 V. Villa, *Conoscenza giuridica e concetto di diritto*, citado, p. 193. Vid. A. Fabris, *El giro lingüístico: hermenéutica y análisis del lenguaje*, trad. M. Sarabia, Akal, Madrid, 2001, pp. 5 y ss.

50 D. Sánchez Meca, *Teoría del conocimiento*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 425

En relación con la actividad científica, Popper destacó el carácter hipotético o conjetural de la ciencia al demostrar que muchos de los enunciados de carácter universal que formula la ciencia no se pueden verificar empíricamente y que, por tanto, lo que debe hacer el científico es demostrar su falsación[51]. El científico en este sentido no es aquel que pretende descubrir la respuesta verdadera sino que intenta poner en duda o cuestionar las teorías y creencias porque aspira a alejarse del error. De esta forma, la presunta objetividad de la ciencia queda seriamente en entredicho y el conocimiento científico deja de ser un conocimiento *perfecto* para convertirse en una discusión crítica. La teoría de Popper responde a un cierto neodarwinismo ya que «entre las teorías se produce una competencia que viene a ser como una lucha por la supervivencia»[52]. Se trata de un modelo de ciencia construido no desde una presunta teoría general del conocimiento sino estrechamente vinculada a la realidad o práctica científica. En el planteamiento popperiano resulta determinante la idea del progreso científico en el sentido de que la ciencia evoluciona en su tarea de explicar la realidad. Este carácter evolutivo de la ciencia supone, precisamente, que los enunciados científicos tienen un carácter hipotético (no tienen una validez definitiva) y también progresivo ya que propician un aumento real de nuestro conocimiento[53].

¿Qué conclusiones hay que extraer de esta esquemática exposición acerca de la epistemología postpositivista? Ciertamente, se derrumba la tesis de que el principio de verificación es el criterio metodológico determinante para definir con nitidez los dominios de la ciencia. La ciencia ya no es la depositaria de la certeza absoluta –esto responde quizá a la defensa de una noción idealizada de ciencia–, de modo que el conocimiento científico no debe asociarse con la objetividad. No sólo la epistemología postpositivista ha puesto al descubierto el carácter flexible o abierto de la ciencia, sino que la sociología del conocimiento ha insistido en que el proceso cognitivo es un proceso regulado también por factores que no son de naturaleza epistémica «como presiones económicas, expectativas profesionales o intereses sociales»[54].

Ciertamente, aparece otra manera de concebir la ciencia que se caracteriza por el pluralismo metodológico[55]. Así, J. Mosterín afirma que «no hay

---

[51] K. Popper, *La lógica de la investigación científica* (1935), trad. V. Sánchez de Zavala, Tecnos, Madrid, 1977, p. 293. Vid. E. Moya, *Conocimiento y verdad. La epistemología crítica de K.R. Popper*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2001.

[52] D. Sánchez Meca, *Teoría del conocimiento*, citado, pp. 464-465.

[53] Idem, p. 461.

[54] J.A. López Cerezo, «Ciencia» en J. Muñoz y J. Velarde (ed.), *Compendio de Epistemología*, citado, p. 102.

[55] Vid. V. Villa, «La scienza giuridica fra scienze naturali e scienze umane», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 1984, pp. 401-457, pp. 409 y ss.

un lenguaje unificado de la ciencia. No hay un único método de la ciencia. No hay una única descripción verdadera del mundo. En realidad no sabemos muy bien lo que la ciencia es, y cada día descubrimos nuevas complejidades en su entramado. Pero lo que está claro es que la ciencia no es un conjunto de enunciados verificables acerca de nuestras impresiones sensibles»[56]. Incluso en ese contexto de flexibilidad, se ha producido una aproximación de la ciencia a una disciplina que parecía situarse en los antípodas: la filosofía, hasta el punto de que se afirma que existe una nueva alianza entre la filosofía y la ciencia[57] y que ello se debe a que «no hay ninguna oposición ni separación entre ciencia y filosofía»[58].

Esto sucede porque uno de los dilemas más importantes de la epistemología contemporánea consiste en que no se sabe *a ciencia cierta* cómo se reconoce o identifica la actuación científica. Es decir, no parece que la ciencia sea un tipo de conocimiento peculiar en virtud de un método concreto o una estructura específica. Este problema, sin embargo, no es excesivamente grave para la ciencia ya que en ningún momento ha ocasionado su desmoronamiento o ha evitado su desarrollo. Como escribe Mosterín, «no disponemos de una ciencia de la ciencia adecuada, capaz de hacernos entender qué es lo que hacemos cuando hacemos ciencia. La situación no es tan rara como pudiera parecer a primera vista. Tampoco disponemos de una ciencia de la percepción o del lenguaje mínimamente satisfactoria. Y, sin embargo, percibimos, hablamos, y hacemos ciencia con gran naturalidad. Afortunadamente funcionamos mejor como animales perceptivos, hablantes y cognoscentes que como profesores de psicología de la percepción, de lingüística o de filosofía de la ciencia. Y, desde luego, el no haber entendido hasta hace poco en qué consiste la respiración no nos ha impedido llevar millones de años respirando»[59]. Por todo ello parece conveniente interpretar la ciencia como una práctica en la que el manejo de un determinado soporte instrumental y teórico permite su presentación como tal ante la comunidad. Se trata de una práctica en la que se establecen ciertas «reglas de juego». Para identificar la ciencia nos queda lo que López Cerezo denomina «un sólido aire de familia» que viene proporcionado por criterios como el uso de las

---

[56] J. Mosterín, «prólogo» a J.J. Acero, *Filosofía y análisis del lenguaje*, Cincel, Madrid, 1985, pp. 11-15, p. 14.

[57] A. Pérez de Laborda, *La ciencia contemporánea y sus implicaciones filosóficas*, Cincel, Madrid, 1985, p. 157. Vid. A. Blanch (ed.), *La nueva alianza de las ciencias y la filosofía*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2001.

[58] J. Mosterín, *Ciencia viva. Reflexiones sobre la aventura intelectual de nuestro tiempo*, Espasa Calpe, Madrid, 2001, p. 39.

[59] J. Mosterín, «Prólogo» a A. Rivadulla, *Filosofía actual de la ciencia*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 13-17, p. 15.

matemáticas, el empleo de procedimientos de prueba y replicación, la generalización de las afirmaciones y el éxito en resolver problemas, de modo que por todo esto es posible «seguir hablando en general de una actitud y un saber científicos»[60]. Una cosa, por tanto, es que no se pueda reconocer con exactitud cuál es el método que propicia el ingreso en el ámbito científico (así se debilita la idea de ciencia) y otra que en la práctica existen determinados criterios que permiten identificar y posibilitar el conocimiento científico (así tiene sentido calificar una actividad como científica).

¿Qué repercusión tiene todo esto para la ciencia jurídica? Eso es lo que se afrontará en el epígrafe siguiente.

4.- Derecho, ciencia y ciencia jurídica

Hace algunos años Bobbio afirmaba que el conocido alegato de Kirchmann, «La jurisprudencia no es ciencia»[61], «ha permanecido hasta hoy como una espina en el corazón de la ciencia jurídica»[62]. Ahora parece que hay motivos no sólo para considerar que su famoso opúsculo debería ser archivado, ya que ni siquiera la noción de ciencia se libra de los efectos «devastadores» del paso del tiempo, sino que hay que destacar que ha tenido un efecto negativo o perjudicial en relación con el debate acerca de si la metodología científica es aplicable o no en el ámbito de la ciencia jurídica.

En efecto, la teoría de Kirchmann contribuyó a desenfocar esta cuestión porque con la ciencia, como se ha puesto de relieve en el epígrafe anterior, se designa un tipo de práctica, una forma determinada de organizar el saber, pero no un concreto objeto de estudio. En este sentido, como sostiene Ferrajoli, no hay objetos científicos y no científicos sino discursos que se ajustan o no a los criterios que definen lo que se entiende por actividad científica en una comunidad[63]. En definitiva, la ciencia tiene que ver con el método (mejor dicho: con los métodos), con un tipo de presentación y ordenación del saber, pero no con los contenidos.

Por eso, estipular que el Derecho no es un objeto científico no ayuda a aclarar las cosas, ya que lo importante es si es posible abordar su estudio desde un enfoque que pueda ser considerado científico. Parece difícil que el Derecho no pueda ser objeto de una aproximación científica una vez que se

---

60 J.A. López Cerezo, «Ciencia» en J. Muñoz e I. Reguera (ed.), *Compendio de Epistemología*, citado, pp. 100-104, p. 103.

61 J. Von Kirchmann, *La jurisprudencia no es ciencia* (1847), trad. A. Truyol, Centro de Estudios Constitucionales, 3ª ed., Madrid, 1983.

62 N. Bobbio, «Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje», *Contribución a la teoría del Derecho*, citado, p. 180.

63 L. Ferrajoli, «Sulla posibilità di una teoria del diritto come scienza rigorosa», *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, 1963, pp. 320-363, p. 322.

advierte, frente al riguroso *dictum* aristotélico *de singularibus non est ciencia* en el que parece apoyarse Kirchmann, que la concepción de la metodología científica se ha flexibilizado notablemente.

Mi propuesta es que en el debate sobre el carácter científico de la actividad de los juristas no se debe contraponer su presentación como ciencia (que acentúa su dimensión cognoscitiva) frente a su papel como técnica (que destaca su dimensión práctica o su capacidad para resolver problemas), ya que ambas funciones, aunque a priori parecen contradictorias, están estrechamente relacionadas. A continuación trataré de argumentar a favor de esta tesis.

La presentación de la ciencia jurídica como ciencia ha ido vinculada a dos ideas. En primer lugar, se insiste en que debe ocuparse de identificar el Derecho que «es», ya que éste constituye su objeto de estudio. Y, en segundo lugar, se postula que debe dedicarse a describirlo, ya que éste es el único camino que le queda a la ciencia jurídica para que pueda actuar de acuerdo con el principio de neutralidad[64].

Como ya se ha advertido antes, para no incurrir en las dificultades del objetualismo es conveniente explicar la visión del Derecho como objeto del que se ocupa la ciencia jurídica a partir de la tesis convencionalista, es decir, reconocer el papel fundamental de las convenciones a la hora de determinar cuál es el contenido de la práctica jurídica. En esta práctica, que está compuesta por decisiones y comportamientos, adquiere un especial protagonismo la actuación de los funcionarios o las agencias de aplicación en general. Pese a que estas convenciones a veces son controvertidas, es innegable que la existencia de acuerdos en torno a casos paradigmáticos permite presentar el Derecho como un dato relativamente preexistente o externo que puede ser descrito[65].

Me parece que resulta difícil (incluso creo que contrario al sentido común) negar que gran parte de lo que establece el Derecho puede ser descrito sin dificultad. Si no fuera así habría que desembocar en una especie de relativismo o subjetivismo extremo (tantos tipos de Derecho como intérpretes)[66] que im-

---

[64] Quizá el ejemplo paradigmático sea la teoría kelseniana. Según Kelsen, para que la ciencia jurídica sea una verdadera ciencia debe actuar de acuerdo con los principios de neutralidad y de autonomía. El primero tiene que ver con la función de la ciencia jurídica, ya que no debe ocuparse de resolver problemas sino que tiene que limitarse a describir el Derecho. El segundo se refiere al método, ya que debe explicar el Derecho de acuerdo con un método estrictamente jurídico, es decir, sin necesidad de «salir» de las normas jurídicas, vid. *Teoría pura del Derecho* (1960), trad. R. Vernengo, UNAM, México, 1986.

[65] Pattaro considera que esta especie de *communis opinio* genera, a diferencia de lo que sucede en el ámbito estrictamente científico, una especie de certeza no positivista, vid. E. Pattaro, *Introduzione al corso di Filosofia del Diritto*, vol. II, CLUEB, Bolonia, 1987.

[66] Sobre esto ha llamado la atención E. Bulygin, «Sobre observadores y participantes», *Doxa*, 21, 1998, vol. I, pp. 41-48, p.43.

pediría que el Derecho pudiera desempeñar su principal función, la de motivar los comportamientos.

Como se sabe, el positivismo jurídico ha insistido en que la ciencia jurídica debe ocuparse del Derecho positivo. Precisamente la acepción del positivismo jurídico que actualmente se defiende opera, según la célebre clasificación de Bobbio, en la forma de *un método* que consiste en la posibilidad de distinguir el Derecho que «es» frente al Derecho ideal o el que «debería ser»[67]. En esta dimensión cognoscitiva se ha querido ver el aspecto que acentúa el carácter científico de la ciencia jurídica.

Ahora bien, después de asegurar que la ciencia jurídica puede describir el Derecho con las limitaciones que marcan las convenciones, el siguiente paso fue definir el estatus científico a partir de la neutralidad. Una vez que se advierte que el componente ideológico está presente de forma inevitable en la actividad legislativa y también en la aplicación del Derecho, el «espíritu» de la neutralidad encontró acomodo ya no en la idea de que la ciencia jurídica se ocupa del estudio del Derecho positivo sino en una tesis más fuerte, ya que se afirma que la ciencia jurídica tiene que limitarse a describir el Derecho si quiere aparecer realmente como una ciencia, pues es la única manera de evitar que la presencia de la subjetividad en el conocimiento o de conseguir la anhelada neutralidad. Se maneja aquí, por tanto, una noción de ciencia que se asocia con el conocimiento avalorativo o la objetividad.

Este planteamiento presenta, a mi juicio, algunas dificultades que tienen que ver: a) con la función de la ciencia jurídica (que se circunscribe a describir), b) con la noción de ciencia que se maneja (basada en la neutralidad) y c) con la interpretación del Derecho como objeto (pues no es *totalmente independiente* de la ciencia jurídica).

En relación con lo primero, parece obvio que si para ser una verdadera ciencia la ciencia jurídica debe limitarse a describir el Derecho es al precio de convertirse en un saber superfluo o puramente redundante. En este sentido creo que tiene razón Neumann cuando afirma que «una ciencia jurídica que se limitase a simples descripciones y renunciara a sus propias valoraciones y propuestas de interpretación degeneraría, sin embargo, en un deleznable *repetitorium*»[68].

Desde un punto de vista descriptivo, parece claro que si los juristas suelen dar respuesta a las ambigüedades, contradicciones y lagunas que presenta inevitablemente el Derecho, entonces esta tesis no da cuenta de lo que

[67] N Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milán, 1965, pp. 103 y ss.

[68] U. Neumann, «La teoría de la ciencia jurídica», trad. M.J. Fariñas en A. Kaufmann y W. Hassemer (ed.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, ed. de G. Robles, Debate, Madrid, 1992, pp. 351-364, p. 361, nota 49.

la ciencia jurídica realmente hace[69]. Como afirma Comanducci, «cuando desde la posición de la dogmática los juristas describen normas es difícil aceptar de un modo totalmente aproblemático que la función directa y principal de su discurso sea descriptiva y no, por el contrario, prescriptiva»[70]. Si no pretende hacer eso y se sitúa esta tesis en un plano normativo (como sucede, por ejemplo, en el caso de Kelsen) entonces no sólo es cuestionable porque supone mermar considerablemente las funciones de la ciencia (hasta el punto de que sería razonable plantear su desaparición) sino porque permite un uso ideológico de la neutralidad, en cuanto muchas aportaciones de la ciencia jurídica pueden presentarse bajo el *imperium* de ser indudables descripciones cuando en realidad no lo son.

En relación con lo segundo, no parece adecuado definir el ámbito de la ciencia a partir de la metodología de la descripción. Basta echar una ojeada a la epistemología contemporánea para advertir el «giro pragmático» que ha experimentado la noción de ciencia. Esto ha puesto al descubierto que la ciencia no debe asociarse de forma necesaria con la neutralidad o la imparcialidad, sino que debe ser interpretada como una práctica que viene a configurar la racionalidad científica en el seno de una comunidad concreta. Se trata de un modelo en el que pasa a un primer plano el consenso –pero no cualquier consenso ya que entra en juego la justificación racional– a la hora de definir la racionalidad científica. En esa práctica se considera que la actuación científica se relaciona con algunas funciones como la de aumentar el conocimiento, resolver problemas, emplear determinadas estructuras teóricas, etc. ¿Por qué reducir su función a describir para mantener a salvo la neutralidad frente a la posible «contaminación» de los juicios de valor?[71] ¿Es que acaso el ámbito jurídico se presenta como una parcela inmune o autónoma a los cambios que experimenta la práctica científica en la teoría del conocimiento?

Creo que esta obsesión por la descripción se debe a que en este debate se ha mezclado la concepción de la ciencia con la necesidad de defender el

---

[69] Vid. C.S. Nino, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, UNAM, México, 1984, pp. 21 y ss.

[70] P. Comanducci, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, citado, pp. 76-77.

[71] Me parece importante advertir que los juicios de valor pueden tener un componente descriptivo, vid. Villa, «Teorie giuridiche e giudizi di valore», P. Comanducci y R. Guastini (ed.), *Analisi e Diritto*, 1997, pp. 235-250. Alchourrón y Bulygin también defienden la posibilidad de que los juicios de valor tengan un contenido descriptivo cuando recogen las valoraciones de la moralidad social, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico» en C.E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 303-328, p. 315. J.J. Moreso, «Algunas consideraciones sobre la interpretación constitucional», *Doxa*, 23, 2000, pp. 105-118, p. 110. También B. Williams, *Introducción a la ética* (1972), trad. M. Jiménez Redondo, Cátedra, Madrid, 1998, pp. 57 y ss.

positivismo jurídico. Una cosa es que la ciencia puede (y creo que debe) distinguir el Derecho que «es» frente al Derecho que debe ser (de modo que la ciencia jurídica puede adscribirse sin dificultad a las filas del positivismo jurídico) y otra diferente que la ciencia jurídica debe limitarse después a describir el Derecho existente, porque más allá de esta función está el terreno pantanoso de la ideología, de los juicios de valor, incluso de un posible iusnaturalismo.

Opino que en el análisis de esta cuestión es conveniente separar ambas cosas. El positivismo jurídico se agota en circunscribir el objeto de la ciencia jurídica al Derecho positivo (al Derecho existente), pero la noción de ciencia no exige necesariamente que la ciencia jurídica para ser una auténtica ciencia sólo le quede la posibilidad de describirlo. Ir más allá de la descripción no supone incurrir necesariamente en un subjetivismo radical en el que todo vale. La propia noción de ciencia no admite una descripción exacta ya que es concebida como un tipo de práctica que se articula en torno a ciertos criterios o pautas que son aceptadas en un contexto determinado. Por eso creo que la ciencia jurídica puede hacer algo más que describir y que eso no supone incurrir en un relativismo extremo, ya que los acuerdos o consensos en la comunidad jurídica desempeñan un papel determinante a la hora de calibrar el grado de subjetividad de las propuestas o interpretaciones. Precisamente hay que señalar que la interdisciplinariedad en este caso puede contribuir , como sostiene Haba, «a aportar conocimientos que sirvan para solucionar de manera científicamente más adecuada cuestiones que interesan al derecho»[72].

Pero ahora lo que me interesa es aclarar que la ciencia jurídica de corte positivista debe dedicarse al Derecho positivo, pero otra cosa distinta, que no comparto, es que su función se circunscriba exclusivamente a describir el Derecho positivo para ajustarse a un modelo de ciencia que no parece defendible en la actualidad. No por salirse del ámbito de la descripción la ciencia jurídica deja necesariamente de ser una ciencia pero sí, y esto conviene recalcarlo, se aproxima al tipo de actuación que realiza una técnica[73].

En relación con lo tercero, no hay que olvidar que debido a que el Derecho no es un fenómeno natural las descripciones no deben ser insertadas en una ontología que sirva de fundamento a un empirismo ingenuo, y no ca-

---

[72] E.P. Haba, «Los paradigmas científicos en la teoría del Derecho contemporánea. Sobre distintos modos de concebir (paradigmas) la Ciencia del Derecho» en J.F. Palomino (dir.), *Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho*, citado, pp. 159-236, p.184.

[73] Sobre la interpretación de la ciencia jurídica como técnica es necesario aludir al debate entre Vernengo y Atienza: R. Vernengo, «Ciencia jurídica o técnica política: ¿es posible una ciencia del Derecho», M. Atienza, «Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo» y R. Vernengo, «Réplica a la respuesta de M. Atienza», artículos que aparecieron en la revista *Doxa*, 3, 1986, pp. 289-295, 297-311 y 313-314, respectivamente.

be duda que por ello no siempre el Derecho puede ser interpretado con absoluta nitidez recurriendo a las convenciones. Lo que quiero decir con esto es que una ciencia puramente descriptiva o contemplativa aparte de inútil por redundante parece incompatible con la visión del Derecho como un fenómeno convencional.

Por todo ello me parece que es apropiado concebir la ciencia jurídica como ciencia ya no sólo en cuanto puede describir y sistematizar el Derecho sino en cuanto a la hora de resolver problemas puede ajustarse a las exigencias que rigen lo que se considera la práctica científica en la comunidad jurídica. Ir más allá supone que la ciencia jurídica aparece como una técnica y en este sentido creo que su principal función debería consistir en orientar la actuación de los órganos encargados de interpretar, aplicar o elaborar el Derecho. La ordenación sistemática y la descripción del Derecho, como afirma Atienza, «constituyen el punto de partida o una meta intermedia de la elaboración dogmática, pero no su punto de llegada, su objetivo final»[74].

Curiosamente todo parece indicar que la idea del prestigio (que para algunos autores es la cuestión de fondo que late tras la discusión sobre el carácter científico de la ciencia jurídica) termina por disociarse frente a la noción de ciencia que propone como función básica la descripción del Derecho. ¿Qué prestigio puede tener una ciencia jurídica que se dedica únicamente a describir el Derecho? Parece que ese prestigio puede aumentar si la ciencia jurídica se dedica a resolver problemas prácticos o, en definitiva, si pasa a desempeñar funciones normativas. De modo que el prestigio viene asociado a una noción de ciencia distinta de la que circunscribe la labor de los juristas a describir y que termina por presentar la ciencia jurídica como una técnica. Por eso creo que no se debe contraponer la visión de la ciencia jurídica como ciencia y como técnica como si fuesen dos aspectos contradictorios. Primero porque lo que se considera ciencia parece aproximarse en realidad a la técnica. Segundo porque la actuación como técnica proporciona a la ciencia el prestigio del que carece si se limita a describir. En definitiva ya no se trata de describir lo que en realidad hace la ciencia jurídica sino de poner de relieve que su función debe ser útil, en el sentido de que se pudiera afirmar que «un sistema jurídico que careciera de elaboración dogmática estaría en disposición de resolver muchos menos problemas *o los resolvería peor* que el mismo sistema dotado de una dogmática adecuada»[75]. Me parece que esto es, por encima de las etiquetas o las clasificaciones, lo que en realidad importa.

---

[74] M. Atienza, «Sobre la jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo», citado, p. 305.

[75] M. Atienza, *Introducción al derecho*, citado, 282. La cursiva es un añadido que figura en *El sentido del Derecho*, citado, p. 247.

LA CERTEZA DE LOS CRITERIOS

Ricardo A. Guibourg
Universidad de Buenos Aires

1. Especies criteriosas

La ameba extiende un seudópodo en busca de alimento. Si lo que encuentra la satisface, lo incorpora. En caso contrario, lo rechaza y retrae su seudópodo para probar en otra dirección. El organismo unicelular tiene y usa algún criterio para distinguir lo que le conviene de lo que prefiere desechar. No importa ahora cuáles sean el soporte, la naturaleza ni el grado de conciencia o de autonomía de esos criterios. Tampoco si ellos son acertados o si la ameba se equivoca a veces. Quiero destacar, en cambio, que los organismos vivos –y el hombre entre ellos– dependemos de nuestra capacidad para desarrollar métodos, primitivos y genéticos o culturalmente elaborados, con los que distinguimos unos acontecimientos de otros a partir de nuestros intereses. Tal es el modo en que, de hecho, nos relacionamos con el mundo, tratamos de comprenderlo y logramos, de tanto en tanto, obtener de él lo que deseamos o escapar de alguno de sus peligros.

El criterio de la ameba, que he usado como ejemplo, es muy sencillo: apenas un mecanismo de reacción ante estímulos probablemente químicos. El ser humano tiene reacciones parecidas ante un estruendo repentino, o al sentir una quemadura, o frente a una agresión física. Pero sobre esa base, y con la ayuda de su inteligencia y del lenguaje, ha llegado a establecer sistemas muy complejos de criterios que se entrelazan en una tupida red y se extienden por diversos niveles de abstracción. El solo hecho de distinguir unos objetos de otros muestra el uso de criterios (acaso fundados en la forma, el color o el movimiento) para recortarlos mentalmente de la realidad. El lenguaje exige criterios de clasificación en los que se escogen como definitorias unas características en lugar de otras. Los enunciados descriptivos, fuera de hallarse formalmente sujetos a criterios de aceptabilidad sintáctica y semántica, no son todos equivalentes: algunos dan buen resultado cuando se

los constituye en guías de nuestras creencias y actitudes (por ejemplo, creer que llueve y llevar paraguas), en tanto otros conducen a consecuencias no deseadas (creer que hay buen tiempo y llegar a destino empapados). Tenemos criterios para decidir qué creer: en este caso, interpretar en cierta forma lo que vemos por la ventana. Pero no todas las descripciones se refieren a hechos actuales y fácilmente verificables, de modo que desarrollamos criterios, bastante inseguros, para decidir a quién hemos de creer cuando relata un acontecimiento o qué fenómenos conocidos o creídos pueden juzgarse indicios de lo que ocurrirá en el futuro.

Los enunciados de hecho se hallan indirectamente relacionados con nuestros intereses, apetencias o temores, porque el mejor servicio de esas pasiones es, al fin de cuentas, el último criterio con el que juzgamos la aceptabilidad del marco teórico en el que construimos y discernimos las descripciones. Pero, paralelamente a la elaboración de los enunciados y a menudo interfiriendo con ellos, nuestras preferencias generan criterios diferentes, también en distintos niveles. Es claro que deseamos algunos acontecimientos y tememos o aborrecemos otros: ese discernimiento básico se manifiesta en la preferencia por ciertas conductas propias o ajenas que, sin ser necesariamente en sí mismas el objeto de nuestro deseo o de nuestro aborrecimiento, supuestamente facilitan o tienden a impedir la aparición de aquellos fenómenos. En esta línea también hay varios niveles de abstracción, pero en cada uno de esos niveles inciden, además, las predicciones, correctas o equivocadas, que hacemos acerca de la probabilidad de acontecimientos futuros y de la relación causal que nos permita preverlos, provocarlos o evitarlos desde el presente. Y, a su vez, las predicciones se ven influidas por nuestro *wishful thinking*, así como las palabras que empleamos en las descripciones de hecho se hallan teñidas por el contenido emotivo que les asignamos.

El cruce de unos criterios con otros, a menudo pertenecientes a niveles distintos, ha contribuido a generar perplejidades que todavía luchamos por resolver. El debate de los universales, el fundamento de las ciencias formales, la aporía de la inducción, la teoría del lenguaje, el discurso moral y sus presupuestos metaéticos, la construcción del fenómeno jurídico y las controversias acerca de su descripción, la interpretación de la ley y su relación con la política y con la moral, las reglas con las que los jueces deciden las causas y el modo en que los juristas describen y critican esas decisiones son ejemplos muy diversos entre sí de controversias acerca del uso de criterios, cuando no se dispone de metacriterios decidibles para resolverlas.

Por encima de su diversidad, todas esas controversias tienen, pues, algo en común. Ellas persiguen, como resultado final, la construcción, adquisición o determinación de criterios, esto es, disposiciones para preferir un es-

tado de cosas a otro o para usar un enunciado, en lugar de su opuesto, como base para constituir nuestras creencias o apoyar en ellas nuestras actitudes.

2. Grupos y niveles de criterios

Los criterios corresponden a distintas apetencias (gastronomía, escultura, curiosidad, abrigo, esparcimiento, seguridad, descanso, salud y otras semejantes), así como a la elaboración de conceptos e instrumentos tendientes a generalizarlas, definirlas o facilitarlas (*nouvelle cuisine*, técnica escultórica, metodología, arquitectura, corte y confección, moral, derecho, medicina) y aun a regir la construcción de esos mismos conceptos e instrumentos (estética, ética, epistemología, matemática, lógica) o, en última instancia, a trazar los parámetros básicos del pensamiento (filosofía). El hombre ha agrupado los criterios por el tema al que se refieren, por el método que contribuye a su adopción, por su nivel de abstracción o empleando a la vez dos o más de esos metacriterios clasificatorios. Tales grupos reciben nombres como biología, derecho, fisiología, informática, aviación, medicina, matemática, moral, ética, astrología, mecánica, amistad.

Una vez aproximadamente delimitados, los agrupamientos de criterios suelen imaginarse como objetos reales, dotados de características propias, y empieza a debatirse cuál sea la confiabilidad genérica de cada grupo o cuáles las relaciones entre ellos, relaciones que no pocas veces se postulan o se desestiman también como hechos verificables.

Las reflexiones acerca del derecho exhiben varias de esas perplejidades. Es notorio que exigimos a los sistemas normativos la satisfacción de una estructura deductiva consistente y preferiblemente completa, pero no nos damos por conformes si ella no da cuenta aproximada del ejercicio real del poder, mientras una y otra vez se busca inyectar en la descripción del derecho algún tipo de contenidos a los que somos particularmente afectos, llámense propiedad, familia, democracia, derechos humanos o liberación de los pueblos. Una teoría unificada es impracticable; la combinación de varias teorías carecería de compatibilidad metodológica; pero, aun en esas circunstancias, los juristas siguen girando en torno a sus apetencias frustradas y buscan siempre el modo de dar cuenta de aquellas relaciones.

No pretendo ofrecer una solución al problema; pero creo posible ensayar un metacriterio ordenador de los grupos de criterios que, acaso, ayudaría a reexaminar los vínculos entre grupos y, a la vez, a explicar y tal vez disolver algunas perplejidades.

En los criterios que empleamos, cualesquiera sean, es posible observar una tensión entre los puntos de vista individual y colectivo. El individuo acepta, en principio, los criterios que le convienen. Pero, cuando considera

útil lograr que otros los compartan, se ve obligado a hacer concesiones tendientes a facilitar la aceptación colectiva. Una vez modificados y relativamente fijados por su intersubjetividad, los criterios ya no son tan apropiados para su aceptación por cada individuo, a menos que su generalización ofrezca beneficios adicionales específicos. A mayor aceptabilidad colectiva, pues, corresponde en principio menor garantía de aceptación individual.

Si se parte de esta relación entre grupos de criterios, se hace posible ordenarlos en sentido creciente de aceptabilidad colectiva, aun con el riesgo de menor aceptación individual que acabo de mencionar. Destaco, por cierto, que el orden establecido no prejuzga acerca de su precedencia histórica ni lógica.

Nivel 1: Preferencia. El primer peldaño es la simple preferencia. Cada uno prefiere lo que en cada momento cree que le conviene, sin sujeción alguna a reglas ni a reclamos de coherencia entre dos o más opciones sucesivas.

Nivel 2: Principios y valores. Cuando es preciso compatibilizar las preferencias de un sujeto con las de los demás, los acuerdos (no siempre pacíficamente alcanzados) adquieren el nombre de principios o, en un nivel más abstracto y general, el de valores. Los estados de cosas son valorados por aplicación de ciertos criterios comunes y las preferencias individuales no son tenidas en cuenta cuando no guardan coherencia con las valoraciones establecidas.

Nivel 3: Moral. Los valores –como abstracción y generalización de las valoraciones acordadas a partir de una transacción entre preferencias individuales– no son por sí solos suficientes para extrapolarse hacia decisiones prácticas. La identificación de los valores no es universalmente acordada, su interpretación y su alcance quedan sujetos a modalidades individuales de aplicación, los habituales casos de conflicto entre ellos se zanjan mediante metapreferencias también individuales que conducen a soluciones opuestas. Y, lo que es más grave, las personas aprecian la aplicabilidad de valores y principios desde su propio punto de observación, que introduce la variable de la cercanía del observador respecto de cada problema y respecto de cada circunstancia en que los principios puedan verse involucrados en un mismo problema.

Se hace preciso, pues, poner los principios en acción de un modo que también sea intersubjetivamente aceptable. Para intentar el cumplimiento de este objetivo se elaboran reglas morales. En ellas se prescriben directamente las conductas, a fin de que, una vez aceptado el sistema normativo moral, ningún individuo pueda invocar un modo diverso y personal de aplicación de los principios y valores en los que dicho sistema se funde.

Nivel 4: Derecho. La moral –cualquiera sea el contenido que se le asigne– es más intersubjetiva que la mera preferencia individual; pero, consecuentemente, importa ya un serio riesgo de conflicto con esa preferencia. Cada comunidad intenta reducir ese riesgo mediante la educación. Ella tiende, entre otras cosas, a lograr la internalización de las normas morales en la conciencia individual; esto es, a construir mecanismos psicológicos que aseguren que, en caso de conflicto entre la norma y la preferencia (ahora llamada *tentación*), la norma salga triunfante y la preferencia sea reprimida y sustituida por el respeto de la norma.

La prédica moral, sin embargo, no es suficiente para garantizar suficientemente el resultado apetecido. Muchos individuos se sienten internamente libres para rechazar la moral aprendida o parte de ella, e incluso se forman agrupamientos de personas dotadas de rebeldías con contenido aproximadamente semejante, en las que cada uno encuentra un sustituto de la contención y de la pertenencia que el sistema moral dominante pudiera negarle. Pero aún hay más: incluso dentro del acatamiento de un mismo sistema moral, la identificación de las propias normas es susceptible de controversias, y tales controversias no disponen de un criterio intersubjetivo dotado de consenso que permita resolverlas de manera definitiva y confiable. En definitiva, pues, en cada sociedad coexisten dos o más sistemas morales parcialmente conflictivos entre sí (y a menudo internamente inconsistentes), con el agravante de que cada uno de ellos es identificado por sus propios adherentes con un sesgo incontrolablemente individual.

Cubrir esa falencia es el objetivo del derecho. A partir del sistema moral dominante en cada momento, interpretado por quienes ejerzan el poder efectivo, se traza un sistema normativo parecido pero más minucioso, que introduce varios factores de mayor certeza: criterios públicos para la identificación de sus normas y hasta de su contenido, maneras formales para la creación, modificación y derogación de tales normas, mecanismos también públicos y formales para dirimir las controversias y, por encima de todo, un repertorio de sanciones destinado a asegurar la preeminencia del sistema jurídico por encima de las preferencias individuales, cualquiera sea la interferencia del sistema moral al que el sujeto adhiera.

Nivel 5: Predicción. La introducción del sistema jurídico no resuelve, desde luego, los problemas observados en el sistema moral, ya que ellos se reproducen en su seno por vía de las variaciones interpretativas y de la relativa impredecibilidad de las decisiones judiciales. Sin embargo, obtiene una notable ventaja de orden cuantitativo, en especial porque cada controversia en particular puede resolverse de un modo indubitable aunque sea *ex post facto*, cualquiera sea el acierto o el error que cada uno atribuya más tarde a la decisión. Al mismo tiempo, la amenaza de sanciones contribuye con

cierta eficacia, si no a garantizar la conformidad de las conductas con las normas, por lo menos a uniformar cierta actitud externa de acatamiento hacia normas cuyo texto se halla públicamente identificado.

A partir de aquí, el juicio de valor acerca de las conductas pertenece a la moral, la validez del derecho puede definirse como la derivación de cada norma dentro de un sistema cuyas bases se asumen como punto de referencia para la construcción del sistema y la eficacia del derecho se concibe como la eventual conformidad efectiva de las conductas con las normas.

En este punto, importa predecir las conductas, no sólo para determinar la eficacia de las normas sino para determinar nuestras actitudes acerca de ellas y también para prevenir o modificar los hechos futuros. El acatamiento general de las normas jurídicas, cuando sucede, constituye un factor favorable a la predecibilidad de las conductas individuales; pero es apenas uno de los muchos factores que pueden incidir en la decisión de los súbditos.

El tema de la conducta, pues, se integra aquí al problema más general de la predicción de los hechos. El esquema predictivo se halla presidido, en nuestros tiempos, por la interpretación causal de universo, que da lugar a la estructura de las ciencias empíricas. La causalidad, es preciso decirlo, ha dado hasta ahora un excelente resultado. No todo puede predecirse, desde luego, porque ignoramos las mayoría de las condiciones iniciales y apenas hemos establecido cierto número de regularidades a las que llamamos leyes naturales. Sin embargo, en ciertos aspectos ha sido posible aislar los fenómenos de tal modo que fuera posible reproducirlos en forma experimental; y en otros aspectos se han trazado leyes de tendencia, en las que la ciencia reconoce ignorar cierto número de condiciones que determinan los casos individuales pero, a pesar de eso, logra enunciar regularidades estadísticas dotadas de la misma pretensión de permanencia que las leyes empíricas más precisas.

Los criterios de predicción, sujetos a un notable factor de ignorancia, tienen eficacia muy variable para la averiguación del futuro; pero, a pesar de eso, muestran una diferencia cualitativa con los criterios jurídicos o morales: se ven, en principio, menos influidos por las preferencias individuales. En efecto, cualesquiera sean nuestra apetencia o nuestra aprensión por un hecho futuro, tendemos a confiar en los indicios objetivos para creer que acaecerá o no acaecerá. Claro está que nuestros sentimientos pueden turbar nuestro juicio a la hora de conceder relevancia a los llamados indicios objetivos; pero esa turbación, una vez advertida, tiende a ser corregida por el propio observador: cada uno tiene interés en obtener la predicción más probable, precisamente para defender mejor sus otras preferencias.

Nivel 6: Descripción. La incertidumbre presente en la predicción se reduce drásticamente en la descripción de los hechos actuales o pretéritos. Todavía faltan datos acerca de hechos poco conocidos o de acontecimientos históricos, pero los que están a nuestra disposición ofrecen bases más sólidas para la descripción. Los criterios de aceptabilidad tienen por centro a la observación empírica, frente a la cual otros criterios son unánimemente desplazados. Cuando ella falta, los criterios sustitutos (indicios retrospectivos como en la arqueología, referencias de terceros como en los testimonios judiciales o en las crónicas históricas) se examinan rigurosamente de acuerdo con su confiabilidad, se comparan entre sí y se juzgan, en definitiva, según su mayor o menor cercanía o semejanza con la observación directa. No todos los hechos se conocen, nuestra descripción de los hechos conocidos se halla siempre sujeta a revisión y corrección y, además, el conocimiento imperfecto de los indicios da lugar a conjeturas divergentes. Sin embargo, la aceptabilidad de los criterios descriptivos es mucho mayor que la de los criterios predictivos e incomparablemente mayor que la de los criterios normativos o de preferencia. Su aceptación efectiva también es alta, porque los métodos para la averiguación de la verdad (concepto que tiene su aplicación paradigmática en el ámbito descriptivo) reportan a todos un beneficio mensurable también en términos de preferencia individual: todos queremos saber, en cada caso, cuál es la situación que de hecho nos rodea.

Nivel 7: Deducción. Nuestra actividad cotidiana en la elaboración y aplicación de criterios –y, en especial, en el uso del criterio de verdad típico de la actividad descriptiva– ha dado lugar a la enunciación de reglas abstractas y rigurosamente vinculadas entre sí que, una vez sistematizadas, pueden desvincularse por completo de la materia a la que se apliquen para constituirse en modelos de deducción aplicables a cualquier tema. La estructura formal de la deducción garantiza absolutamente la aceptabilidad de los teoremas a partir de la aceptación de los axiomas, con lo que, cumplida esta condición, se alcanza el mayor nivel de certeza entre los que pueblan nuestro sistema de pensamiento. A su vez, los axiomas se vuelven pragmáticamente aceptables cuando los teoremas que de ellos se derivan son útiles como estructuras para la construcción de modelos. Es posible trazar distintos sistemas deductivos en lógica, matemática o geometría, pero nuestra cultura se ha habituado a emplear predominantemente alguno de ellos y aun a considerarlo acríticamente aceptable, en virtud de la comprobación de su utilidad cotidiana. La aceptación efectiva de los sistemas deductivos más comunes es también muy alta, aunque no pueden descartarse errores o picardías en su aplicación, estas últimas más destinadas a su presentación ante terceros que al manejo personal del usuario. En este contexto, un fenómeno particularmente confuso es el que se observa en el discurso jurídico

cotidiano: allí se encuentran a veces manifestaciones de menosprecio por las fórmulas matemáticas como algo ajeno o aun contrario a la dignidad humana, sin que sea fácil distinguir si se trata de casos en los que se procura sostener conclusiones que no derivan de premisas aceptables o, simplemente, de rechazo hacia lo desconocido.

3. El contagio entre los niveles

Entre los niveles de certeza apuntados, es posible trazar dos curvas. Una, correspondiente a la aceptabilidad, está en su punto más bajo en la preferencia y se eleva a tasa creciente hacia la deducción. La otra, que mide la aceptación individual de los criterios, encuentra en la preferencia su punto más alto, desciende hacia la moral y y vuelve a elevarse desde el derecho hacia la descripción y la deducción. En estas condiciones, no es extraño que estos dos últimos niveles, que reúnen aceptación y aceptabilidad (esto es, que tienden a ser común y sinceramente empleados), sean los más prestigiosos y se constituyan en paradigmas del conocimiento.

Las categorías de esos niveles (en especial la idea de verdad empírica o formal) tienden, pues, a extrapolarse hacia otros niveles en cuyos presupuestos no encajan adecuadamente. De ahí resulta cierta confusión en la que exigimos a unos niveles características de los demás, lo que genera diversas perplejidades.

Así, por ejemplo, la verdad (originaria del nivel 6 y objeto de abstracción en el nivel 7) es mencionada desde el nivel 2 como propiedad de ciertos principios y valores, y con mayor insistencia en el nivel 3 como aplicable a la descripción de ciertas normas éticas, lo que conduce a postular la existencia de hechos morales: en efecto, si la verdad es la condición de un enunciado que describe un hecho empírico, es necesario aceptar que hay hechos que hacen verdaderos los principios y las normas morales. En lugar de preguntarse si es apropiado aplicar a esos niveles aquella categoría, muchos dan por sentada dicha aplicabilidad y se lanzan afanosamente a buscar el lugar en que los hechos correspondientes puedan hallarse, así como el método que permita identificarlos.

El nivel 4, correspondiente a las normas jurídicas, es más propicio a los buceadores de hechos en los que pueda afincarse la verdad. Al menos ciertos hechos (sanción de las leyes, firma de los contratos, dictado de sentencias) se identifican intersubjetivamente como relevantes para la descripción del sistema jurídico y de las circunstancias de su aplicación. Pero este nivel sigue siendo un pariente pobre de los que le siguen, porque sus criterios, aunque bastante aceptables y relativamente aceptados, se hallan todavía muy lejos en estos aspectos de los criterios de la descripción empírica y de la deducción. Frente al derrumbe de una ciudad, a nadie se le ocurre plan-

tear la nulidad del terremoto que la causó; ante una deducción cuyo resultado no nos satisface, no invocamos la inconstitucionalidad del *modus ponens* ni la incompetencia de quien haya demostrado el teorema.

El nivel 4, en el que nos movemos los juristas, es sometido así a exigencias de difícil cumplimiento. A menudo se le pide que dé cuenta de los hechos futuros (nivel 5), y que lo haga sin vulnerar su propia deducibilidad (nivel 7), lo que da lugar a las aporías de la cosa juzgada y del derecho consuetudinario. También se le reclama que incorpore las pretendidas verdades de los niveles 2 y 3, cuya impracticabilidad epistemológica constituye, precisamente, el fundamento pragmático del nivel 4: allí nos esperan la teoría iusnaturalista y el discurso acerca de la dignidad y de los derechos del hombre.

Para satisfacer tales exigencias, el derecho debería volverse proteico y ciertamente inconsistente: bajar su aceptabilidad hasta el nivel 2, elevarla hasta el nivel 7, introducir en sí mismo mutaciones extrasistemáticas con la esperanza de satisfacer el nivel 5, ajustar sus contenidos al nivel 3, presentarse como un segmento de la realidad al modo del nivel 6 y adquirir la solidez suficiente para resistir los embates del nivel 1.

¿Existe alguna esperanza de resolver estas perplejidades? En el estado actual del pensamiento normativo, la respuesta a esta pregunta parece claramente negativa. Pero, si quisiéramos a toda costa pensar positivamente, sería posible vislumbrar dos caminos: la integración y la segmentación.

La integración consiste en extender a los niveles inferiores, por lo menos desde el tercero, el grado de certeza en los criterios que es propia del nivel 6 o, por lo menos, del nivel 5. Ese objetivo requiere un consenso tan amplio en los niveles 3 y 4 como para constituir metacriterios ampliamente intersubjetivos para la solución de las controversias, lo que facilitaría en ellos el uso de la verdad y – quién sabe – también permitiría identificar algún segmento de la realidad como referente de sus enunciados verdaderos. El camino de la integración, como puede verse, es utópico: si la realidad social permitiera trazar semejante marco teórico, el derecho estaría desde hace siglos incluido en la moral y la teoría jurídica se reduciría al análisis de unos pocos instrumentos formales.

Elegir la segmentación, en cambio, consiste en trazar, al menos para los niveles 3 y 4, límites –también dotados de consenso– que proscriban en cada uno el uso de herramientas conceptuales concebidas para los otros; pero, además, asegurar a cada uno un lenguaje propio ajustado a su grado de certeza y de aceptabilidad, lenguaje que las personas puedan y quieran emplear para expresar su pertenencia individual al grupo que considera aceptables ciertos criterios y entenderse (es decir, comprender sus divergencias) con las personas que aceptan criterios distintos. Esta alternativa es un poco menos utópica, pero requiere un alto grado de conciencia en la construcción y

en el uso de los lenguajes, que a su vez expresan presupuestos epistemológicos y hasta metafísicos.

Mientras tanto, una circunstancia podría ayudarnos a soportar nuestras perplejidades con menos sobresalto: la relativa coincidencia entre los contenidos del derecho y las preferencias de la mayoría, habitualmente agrupadas en cierto grado de consenso moral. Pero algunos piensan que ése sería el mayor de los milagros. El tiempo dirá.

N O T A S

LA RACIONALIDAD EN EL PENSAMIENTO Y EN LA ACCIÓN

Matti Sintonen
Universidad de Tampere

1. El hombre, ¿un animal racional?

Recuerdo la siguiente discusión durante un desayuno en Berlín. Frente a mí se sentaba un hombre que se dedicaba a supervisar la labor de una de las compañías más grandes del mundo (por el número de empleados), la East-German Treuhand. Al enterarse de que yo era un filósofo que por profesión creía en la razón y el progreso, comentó que él creía en el progreso, pero no en la razón. Los filósofos dan por sentado que el hombre es un ser racional, pero él tenía razones para creer otra cosa. Se ocupaba de tratar de racionalizar una empresa que podría no sobrevivir a la apertura a la feroz competencia occidental de un sector antes cerrado. Esto se llama racionalización, y su objetivo era vender fábricas y servicios. Ciertamente, esto amenazaba con hacer redundantes muchos empleos; pero, por otro lado, también prometía asegurar el trabajo de muchas otras personas. Sin embargo, cada vez que presentaba a una fábrica una propuesta, ésta era objetada con pretextos concretos que trataban de mostrar que, en este caso, en realidad, no era necesario llevarla a la práctica. Todo el mundo admitía que había que hacer algo. Pero de la misma manera cada uno tenía razones concretas por las que ese trabajo en particular no era preciso.

Aquí se plantean importantes cuestiones. En primer lugar, por qué la racionalidad es una noción relevante; en segundo lugar, antes de poder profundizar en la cuestión de si el hombre es un animal racional, debemos entender bien qué es ser racional. En tercer lugar, podemos preguntarnos en qué ámbito se sitúa la noción de racionalidad: normalmente pensamos que un individuo es racional o irracional, pero los empresarios creen más bien que es el mercado impersonal el que eventualmente dicta qué es lo racional. La mano invisible guía no sólo a las sociedades, sino también a la naturaleza: los pájaros no son a nuestros ojos los agentes más racionales, pero in-

cluso su conducta extraña se aproxima al óptimo. Finalmente, hay cierto número de cuestiones que las ciencias humanas deben encarar. Una de ellas es la cuestión de hasta qué punto somos racionales –y hasta qué punto podemos ser estúpidos y seguir siendo considerados como agentes-. Otra es la cuestión de si existe una noción de racionalidad única, universal y, a la vez, interesante.

2. Algunas cuestiones sobre la racionalidad

Quizá es más fácil comenzar con las cuestiones acerca de qué lugar ocupan la razón y la racionalidad en el inventario del mundo y por qué estas nociones son importantes. Es obvio que la noción de racionalidad derivada de nuestra facultad de razón y su uso en la formación de creencias y como guía para la acción es esencial en nuestra visión del mundo. En efecto, la concepción tradicional es que lo característico de los hombres reside en su capacidad para la deliberación racional acerca de qué aceptar como verdadero, o verosímil, o adecuado, qué asumir como fines y qué hacer en determinadas circunstancias.

Decir que el hombre es un ser racional implica también afirmar que es capaz de planear su futuro, y esto parece ser exclusivamente humano. El hombre es el único animal con una mente o alma estructurada de manera que las leyes superiores de la razón y el entendimiento limitan la satisfacción de los instintos y deseos inferiores, esto es, de los instintos animales. Esto no debería tomarse como un axioma de la antropología, porque una razón flexible, en principio, es posible para los miembros de otras especies (tales como artefactos o marcianos). De la misma manera, no debería implicar que todo el mundo es racional todo el tiempo, ni siquiera que la mayoría de la gente es racional la mayoría del tiempo. Más bien, ya sea una capacidad o una propiedad disposicional, la racionalidad pertenece a la manera como normalmente nos describimos a nosotros mismos o a otros (pertenece al aparato conceptual usado para describir las acciones humanas).

La racionalidad no es sólo una noción profundamente enraizada en nuestra imagen de nosotros mismos, sino que también constituye un importante principio en las ciencias humanas. Este principio –denominado el Principio de Racionalidad– opera no sólo en filosofía (incluyendo la ética y la filosofía social), sino también en psicología, sociología, antropología y algunos sectores de la arqueología, historia, educación, literatura y otras áreas de las humanidades y de las ciencias sociales. Y, por supuesto, las ciencias sociales, en el sentido relevante, incluyen también las ciencias jurídicas. Uno de los debates en la filosofía de las ciencias sociales de este siglo es el estatus de este principio. ¿Es una observación empírica o una generalización sobre los miembros del *homo sapiens*? ¿O es un principio me-

todológico que guía toda interpretación y formación de hipótesis en las ciencias del hombre? ¿O un principio normativo o *a priori* que constituye una condición para percibir a los demás como seres humanos, o para la posibilidad de una ciencia del hombre?

El relato que he presentado al comienzo muestra también que la racionalidad es a la vez importante para la teoría y para la práctica. No es sólo una clave central en el entramado de conceptos que usamos para describir y explicar la conducta individual y las instituciones sociales, sino una noción con una dimensión práctica. Una de las formas en las que esto se manifiesta es en el conflicto potencial entre la racionalidad individual y la colectiva: existe un paradigma de racionalidad individual, que discutiré más adelante, en el que la racionalidad se refiere a acciones (en concreto, decisiones) que conducen a la máxima satisfacción de los deseos del agente. Pero hay ejemplos –como el dilema de los prisioneros– en los que los individuos racionales que persiguen sus objetivos no pueden conseguir el resultado óptimo (el mejor para todos). El dilema de los prisioneros y otros problemas de racionalidad colectiva son teóricamente interesantes porque nos conducen al siguiente rompecabezas: ¿Cómo son posibles los patrones de conducta cooperativos y desinteresados? Si perseguimos nuestros fines individuales y maximizar nuestro bienestar (cualquiera que sea su definición), la conducta egoísta y *parasitaria* debería constituir la norma. ¿Cómo es posible, entonces, el altruismo? Un análisis de las condiciones en las que este dilema se plantea es de una enorme relevancia práctica para la teoría económica, la política social y, por supuesto, para las políticas internacionales y el Derecho. Basta recordar el reciente encuentro de alto nivel sobre política medioambiental en Niza para persuadirse de que es necesario ser capaces de identificar y evitar situaciones en las que la racionalidad individual y el interés colectivo entran en conflicto. En este encuentro, cuidadosamente preparado, todos los estados y representantes estaban de acuerdo en que combatir el efecto invernadero llevaría a un resultado que sería mejor para todos. Pero, por razones que vale la pena analizar usando la teoría de los juegos y modelos de decisión, podría tomarse una decisión distinta a la que intuitivamente sería la mejor y más racional.

3. Razón teórica y razón práctica

Una vez vistas estas cuestiones sobre la racionalidad, la siguiente pregunta es qué es la racionalidad. Esta es una cuestión calurosamente debatida en la filosofía occidental. La noción de racionalidad –en la medida en que haya sólo una noción– puede ser enfocada desde una perspectiva normativa, descriptiva o explicativa. La racionalidad, como noción normativa, trata de mostrar lo que debería creer, hacer, o qué fines debería tener, deter-

minado sujeto en una particular situación epistémica o de otro tipo. Decir que la racionalidad es una noción normativa implica que tal noción debería proyectarse sobre las contingencias psicológicas o sociales con tanta claridad como se aplica al pensamiento y a las acciones individuales. Como noción descriptiva nos lleva a describir cómo los sujetos forman de hecho sus creencias y seleccionan sus fines y acciones. Como noción explicativa se usa para explicar por qué los individuos tienen las creencias que tienen, o los fines que tienen, o por qué hacen las acciones que hacen. Un problema, que será discutido brevemente más adelante, es si las nociones normativas usadas normalmente tienen una importancia descriptiva o explicativa. Debería señalarse también que los conceptos y leyes que describen la conducta podrían no ser explicativas, y viceversa. Nancy Cartwright (1983) ha sugerido que las leyes de la física son falsas en el siguiente sentido: las leyes sobre fenómenos que son verdaderas de los fenómenos naturales son descriptivas pero no explican. Sin embargo, las leyes fundamentales de la naturaleza que utilizan construcciones teóricas y proveen de explicaciones son demasiado abstractas para ser descripciones verdaderas de regularidades percibidas. La misma posibilidad se plantea también, al menos en principio, para las ciencias del hombre.

La racionalidad es una noción moldeada históricamente y quizá pueda entenderse mejor con ayuda de una serie de distinciones. Esta noción es usada con sentidos distintos en la vida y el lenguaje cotidianos, y los análisis filosóficos normalmente toman uno de esos sentidos para un análisis más detallado. En lo que sigue adoptaré y adaptaré la lista de Stephen Luke's (1979) de posibles fallos de la racionalidad (esta lista no es la única presentada por Lukes; para una lista ligeramente distinta véase, por ejemplo, Elster, 1982). De acuerdo con Lukes, una creencia (o un conjunto de creencias) debe ser considerada irracional si fracasa en alguno o todos los siguientes requisitos: En primer lugar, un conjunto de creencias puede ser inconsistente o ilógico, y en ese sentido irracional. En segundo lugar, miembros de un conjunto de creencias pueden ser erróneos en todo o en parte y, en tercer lugar, *insanos* en algún sentido. En cuarto lugar, una creencia o grupo de creencias puede ser *ad hoc* y, como dicen los filósofos de la ciencia, estar dirigidas a alguna situación *estrecha*. Tales creencias no pueden ser generalizaciones y no existe justificación independiente adicional para sostenerlas. En quinto lugar, las creencias pueden ser irracionales en el sentido de que pueden estar basadas en premisas irrelevantes en todo o en parte, o derivadas de o basadas en pruebas insuficientes, o ser adoptadas acríticamente sin ser sometidas al test empírico y de observación. En el caso extremo, una creencia empírica o no lógica y no analítica se podría considerar sagrada o más allá de la crítica para defenderla frente a la evidencia con-

traria. Además, en esta categoría de creencias irracionales podemos incluir aquellas que son adoptadas sin reflexión y sin prestar atención a las presuposiciones e implicaciones subyacentes a ellas o vinculadas con sus consecuencias.

Además de éstos, Lukes también señala otros usos de la palabra racionalidad, tales como, en sexto lugar, la perspectiva que equipara racionalidad con acción dirigida a fines, o, en sexto lugar, la acción que, desde el punto de vista del agente, es el mejor medio para conseguir un fin determinado. Además, en octavo lugar, la racionalidad también puede referirse a acciones con las que una persona adopta de hecho (y no sólo según su propia opinión) los mejores medios posibles para alcanzar un fin, y, en noveno lugar, la acción que de hecho y de manera continuada se dirige hacia un fin. Finalmente, en décimo lugar, la racionalidad puede referirse a fines del agente, en el sentido de que un agente racional sólo tiene fines razonables. Esta es la noción de objetivo o fin racional. Las distinciones de Lukes, por tanto, dan cuenta de tres de las más importantes áreas de aplicación de la noción de racionalidad, esto es, el pensamiento, la acción y los fines, donde la última está claramente relacionada con la segunda.

Este análisis tripartito de la racionalidad de creencias, medios y fines, se refiere a dos tipos diferentes de razón, teórica y práctica, o dos tipos diferentes de facultades. La formación de creencias, a su vez, puede referirse a creencias dentro del ámbito de los meros sentidos o –de dos maneras distintas– a creencias que van más allá de ellos. Por un lado, están las creencias que se basan en la aprehensión por medio de la percepción y un aparato conceptual cuyas generalizaciones van más allá de las observaciones singulares: son generalizaciones inductivas. Por otro lado, están las creencias más teóricas, que contienen referencias a entidades inobservables o construcciones teóricas. Así, llegamos al terreno de la epistemología de las creencias perceptuales, la lógica de la inferencia inductiva y la lógica de la inferencia abductiva, en el sentido de Pierce y Hanson.

La razón teórica tiene una larga historia en la filosofía occidental, desde Platón y Aristóteles hasta los pragmatistas y constructivistas de nuestros días, pasando por los racionalistas y empiristas. No hay una caracterización universalmente aceptada de la naturaleza y el ámbito de la razón teórica. Lo que puede decirse en todo caso es que su relación con otras facultades, especialmente con las capacidades o facultades cognitiva, impulsiva y emotiva, ha sido un tópico constante de debate a lo largo de los siglos. La opinión más ampliamente aceptada es que hemos estado viviendo en la época de la razón desde el desarrollo de la identidad moral alrededor del temprano Renacimiento. Esto significa que la razón, y especialmente la razón teórica, ha sido la característica definitoria de la esencia del hombre.

La razón práctica, por su parte, tiene que ver con los objetivos de las acciones y los medios para alcanzarlos. Una tradición filosófica ha sostenido, desde David Hume, que la deliberación práctica se limita a la elección de medios –así, la razón práctica es modelada sobre la deliberación teórica. De esta manera, lo que el razonamiento puede hacer es calcular, una vez que las pasiones y los deseos han señalado un fin y motivado un propósito, cuál es el mejor medio para llegar a ese objetivo. Un buen ejemplo de esta noción es la teoría de la elección racional de la moderna teoría económica. Esta ha alcanzado el más alto refinamiento de la razón o racionalidad instrumental, un particular enfoque de esta tradición en el que la razón teórica invade el ámbito de la práctica. Aquí normalmente se toma el pretexto de maximizar los beneficios o algún otro objetivo. Por supuesto, esta visión de la racionalidad instrumental ha sido sometida a duras críticas por escritores como Horkheimer y Adorno (1972), Charles Taylor (1989), Alisdair McIntyre (1988) y Stephen Toulmin (1990). No sólo ha sido criticada la reducción de la racionalidad al aspecto técnico, instrumental y estratégico (social); muchos autores creen que los valores comunitariamente compartidos determinan en gran medida nuestros fines y que, consiguientemente, las consideraciones morales y sociales son incluso más importantes para la identidad moderna que los principios epistémicos de la racionalidad. Esto no implicaría que la razón o la racionalidad tuviera que dejar paso a la moralidad. Más bien implicaría que esas nociones estarían impregnadas de un aroma moral. Desafortunadamente, ahora no puedo profundizar más en esta discusión acerca de la racionalidad moderna.

4. Individualismo, holismo y culturalismo

Son pertinentes aquí un par de matizaciones sobre las variedades de irracionalidad presentadas por Lukes. Primero, las bases sobre las cuales se atribuye irracionalidad a las creencias o, más exactamente, sobre las que un agente adopta tales creencias, varían de caso a caso. La distinción más importante es la distinción entre la justificación de los contenidos de las creencias y la justificación de la manera como el agente se ha formado tales creencias. En los casos 1-3 (y posiblemente 4) las creencias son incoherentes, extrañas o algo semejante, mientras que el caso 5 se centra en el razonamiento detrás de la creencia. La distinción es importante, aunque podemos preguntarnos si sostener una determinada creencia puede juzgarse como irracional sin tomar en cuenta el modo como se ha llegado a ella. Por esta razón, es también claro que no todas las creencias falsas son irracionales: pueden ser el resultado de fallos en el funcionamiento del aparato de percepción o en el razonamiento. Todos los agentes racionales tienen cre-

encias falsas –que parecen tener algún tipo de coherencia con el resto de creencias que el agente tiene razón en aceptar-.

Otra distinción es relativa a la epistemología y metafísica de la adscripción de creencias. ¿Es posible evaluar creencias individuales? Los individualistas acerca de las creencias contestarían positivamente a esta cuestión, mientras que los «molecularistas» y holistas dirían, siguiendo a Quine (1960), que las creencias no se someten aisladamente al tribunal de la experiencia sensorial, sino como un cuerpo conjunto. Esta línea de pensamiento puede llevarse más lejos todavía: Donald Davidson (1973) y muchos otros han defendido que sólo puede adscribirse una creencia con un contenido proposicional específico a un agente si tiene un gran número de otras creencias (¡y, además, correctas!). Imaginemos: ¿Sería posible para alguien tener una única creencia, por ejemplo que Alicante está al sur de Barcelona?

Una tercera distinción tiene que ver con diferentes tipos de individualismo y holismo. Ya hemos visto la cuestión acerca del nivel de racionalidad. Pero el debate acerca de la racionalidad «primitiva» y los experimentos mentales sobre la posibilidad de extraños tipos de racionalidad, plantean el problema de qué niveles de racionalidad pueden ser juzgados. Hemos asumido antes que los agentes individuales están *cargados* de creencias. Pero sabemos por la experiencia y la historia que han sido considerados como racionales clases diferentes de creencias y, si la historia enseña algo, es seguramente que no estamos en este asunto en mejor situación que nuestros predecesores. Y si las creencias se someten al tribunal de la experiencia sólo como un todo y la mayoría de nuestras creencias han sido adoptadas más bien acríticamente, ¿qué justificación tenemos para considerar irracionales las creencias de alguien?

Ahora podemos replantearnos la distinción entre creencias y razonamiento, y las normas de razonamiento en la formación de creencias. Claramente, un nivel de juicio más compartido podría estar constituido por las normas epistémicas generalmente aceptadas. Así, un agente sería irracional si él o ella falla al formar creencias sin las precauciones epistemológicas y científicas necesarias. Sin embargo, el problema que surge ahora es que también las normas epistémicas y metodológicas cambian; así que ¿sería posible evaluar los cánones de siglos anteriores como racionales o irracionales? Y, si fuera así, ¿con qué estándares? ¿Hay una piedra de toque para la racionalidad que pueda ser usada como una norma epistémica intercultural? A quienes defienden algún tipo de visión científica del mundo les gustaría contestar que sí: puede que no estemos en el mejor de los mundos metodológicamente posibles, pero nuestras prácticas científicas se aproximarán (o deberían hacerlo) a las prescritas por El Método. Si existe tal método (o si, por el contrario, casi todo vale), es, por supuesto, una de los pun-

tos más apasionadamente discutidos en la filosofía de la ciencia. Y si nosotros poseemos El Método, ¿tenemos el deber moral de difundirlo y enseñárselo a aquellos que todavía no lo conocen?

La distinción es también aplicable al nivel de la razón práctica. Una acción individual podría ser considerada irracional si no reúne los requisitos detallados en la lista de Lukes; por ejemplo, si los medios escogidos para conseguir el objetivo deseado no fueran (de hecho o desde la perspectiva de las creencias de los agentes) óptimos o fueran autofrustrantes. Y una elección podría ser considerada irracional si no se ajustara al modelo de los economistas de la maximización de la utilidad esperada. Pero, de nuevo, el acento podría ponerse en el segundo nivel, el de los estándares aceptados de racionalidad: las razones para la acción se encuentran determinadas por la comunidad, y acciones que en una cultura pueden ser consideradas absurdas o ridículas o irracionales, pueden ser plenamente aceptadas en otras. De manera que la racionalidad quizá podría ser relativizada a una determinada cultura en un momento concreto. ¿Pero sería posible someter a tales normas a una valoración crítica? La mera existencia *de facto* de tipos diferentes de normas morales en distintas sociedades no permiten reivindicar el relativismo moral en ningún sentido fuerte, así que el hecho de que algunos patrones de comportamiento sean aceptados en algunas culturas no implica que no puedan ser criticados desde el punto de vista de alguna normas universales.

Si existe progreso en el mejoramiento de los estándares de prudencia y juicios morales es otra cuestión perenne de la filosofía. En cualquier caso, está claro que podemos plantear cuestiones de racionalidad práctica en el ámbito de la acción teórica y en el de las normas e instituciones que impulsan y motivan la acción. Así, nos encontramos con diferentes tipos de **teoría de la acción** en función del esquema que se adopte para la descripción y explicación de la conducta (tal como la perspectiva intencionalista y la causalista). Y, por supuesto, tenemos varios tipos de teorías de la **acción social** en función del esquema adoptado para la descripción y explicación de la acción colectiva. Por último, nos encontramos con una u otra filosofía moral y social, incluyendo la filosofía política y jurídica, en función de qué **crítica social** se haga y de qué discurso sobre la racionalidad de las normas y prácticas se asuma.

5. MINRAT y el método: ¿Hasta qué punto podemos ser estúpidos (y seguir contando como agente)?

El concepto instrumental de racionalidad parece ser una principio general que guía toda formación de conceptos y teorías, también el las ciencias sociales y humanas. A menudo se conoce a esto como el Principio de Ra-

cionalidad, de acuerdo con el cual un agente es racional sí y sólo si elige los medios que, de hecho o desde la perspectiva de las creencias, produce, o es adecuado para producir, sus fines.

Pero ¿hasta qué punto somos racionales? Las nociones normativas de creencia racional y de acción instrumental racional, tal como encuentran expresión en el modelo del hombre económico racional, son extremadamente exigentes. Suponen que un agente racional suscribe una lógica (de primer orden) completa y correcta, y consiguientemente no sólo cree en un conjunto de axiomas de un sistema, sino también en todas sus consecuencias. Un agente racional ideal, además, siempre elegiría la acción que maximiza sus objetivos. Como Christopher Cherniak (1986, 7) señaló: «Si A tiene una creencias más un deseo determinado, A emprendería todas las acciones que son aparentemente apropiadas, y sólo ellas».

Cherniak cree que no puede exigirse una concepción como ésta de la racionalidad ideal. Presenta el inconveniente de que es psicológicamente irreal y por ello incapaz de explicar la conducta real. Nadie cree en todas las consecuencias de su propio sistema de creencias (sabemos que esto es imposible; véase Tvesrky y Kahneman, 1974), y todo sistema real de creencias contiene contradicciones y lagunas. Además, la noción idealizada de racionalidad instrumental falla en dar cuenta de los resultados empíricos, que muestran claramente que las preferencias de las personas no son siempre consistentes, y que la gente comete lo que los estadísticos llaman falacias (tales como mantener que una conjunción es más probable que uno de los miembros de la misma). A esto hay que añadir que esas falacias son virtualmente independientes de la educación: tendemos a razonar incorrectamente, sin considerar el entrenamiento formal que tengamos. Se nos debe enseñar a identificar patrones incorrectos de razonamiento.

La conclusión de Cherniak es que, en lugar de una noción ideal de racionalidad que nadie puede cumplir, necesitamos una noción de racionalidad mínima [*minimal rationality*] o MINRAT. La gente razona de acuerdo con situaciones contextuales y enfocan lo que destaca y es importante aquí y ahora. En lugar de perder tiempo y recursos calculando el resultado óptimo, la gente queda satisfecha simplemente tomando la primera opción que funcione razonablemente bien. Así, Cherniak prima al sentido común y a lo razonable sobre los criterios formales: dado un tiempo limitado y recursos útiles podría ser irracional perder todo el tiempo calculando cuál sería la mejor decisión. La racionalidad mínima, dice, tiene la característica de que la mayoría de nosotros puede ser racional en ese sentido.

Una de las consecuencias de esta perspectiva es que necesitamos preguntarnos hasta qué punto puede debilitarse el estándar. El motivo es éste: Para una concepción atractiva, la racionalidad es un rasgo constitutivo de la

personalidad o de la calidad de agente. Esta es precisamente la razón por la que la noción es importante. Si las creencias y deseos de alguien no producen lo que a nuestro juicio son las acciones razonablemente adecuadas –si no siempre, al menos en la mayoría de ocasiones-, tendemos a pensar que hay algo seriamente defectuoso en la arquitectura mental de ese sujeto. Y si sus deseos y creencias son totalmente alocados y parecen tener poca conexión con la acción, llegamos a la conclusión de no atribuirle calidad de agente en absoluto: ¡sin racionalidad, no hay agente! (véase Dennett, 1987). Es por esto por lo que debenos preguntarnos hasta qué punto puede ser debilitada la frontera: ¿hasta qué punto se puede ser estúpido y seguir contando como agente?

6. La racionalidad universal y la brujería

La última cuestión que deseo tratar es la noción de universalidad. En la concepción de Kant, tanto la racionalidad teórica como la práctica son universales y suprahistóricas. Así, la razón teórica no es sólo la razón del hombre occidental educado, sino, en principio, algo que sobrepasa culturas, razas, géneros e incluso las fronteras entre las especies. Esto significa que cualquier organismo u otra entidad que reúna ciertos requisitos normativos podría ser adecuado. De la misma manera, el hombre es un agente moralmente responsable que es libre de escoger entre cursos de acción alternativos. Pero las exigencias de las razones prácticas requieren que la moral del agente sea –en la medida en que se trata de un agente moral– conforme con el imperativo categórico y con las máximas más detalladas.

Esta asunción de racionalidad universal ha sido discutida a la luz de la evidencia antropológica. Así, las distintas escuelas o variedades de relativismo han dudado de la existencia de una serie de principios de racionalidad que sean a la vez universales e interesantes. Nosotros tendemos a creer que nuestras normas son racionales, y tendemos a juzgar con ellas a otras normas propias de otras culturas. ¿No será esto sólo *chovinismo*?.

Lo que sigue se refiere sólo a la creencia racional. En antropología hubo un debate sobre la racionalidad en el que se discutió la posibilidad de evaluar las prácticas culturales de otra cultura. E.E. Evans-Pritchard argumentó que el razonamiendo de los Azande no parece ajustarse a los estándares de la lógica y la racionalidad, tal como se han manifestado en la ciencia y la tecnología occidental. Dicho a grandes rasgos: aunque los Azande sostienen creencias que ellos mismos perciben como inconsistentes o defectuosas al acomodarlas unas a otras, se niegan a derivar la conclusión lógicamente inevitable.

El ejemplo del pensamiento Azande que Evans-Prichard considera tiene que ver con la brujería. Los Azande creen que todos los hechiceros tienen

una sustancia mágica en sus vientres que puede ser descubierta con un examen *post-mortem*. Asimismo, creen que la sustancia mágica se hereda por línea masculina, de modo que todos –y sólo ellos– los hijos de brujos tienen la misma sustancia y, por consiguiente, son brujos. Sin embargo, los Azande también saben que todos los clanes se componen de individuos relacionados por línea masculina. Y este conjunto de creencias crea un problema. Como escribe Evans-Pritchard: «A nuestra mente le parece evidente que si se prueba que un hombre es un brujo, entonces todos los miembros de su clan son *ipso facto* brujos, dado que el clan Azande es un grupo de personas relacionadas biológicamente unas con otras a través de la línea masculina». Sin embargo, la cuestión aparece planteada de forma diferente en la mente de los Azande: ellos se niegan a aceptar la conclusión precisamente porque no es posible que todos los miembros de un clan sean brujos.

Evans-Pritchard piensa que los Azande en realidad «ven el sentido del argumento», pero en lugar de abandonar algunas de sus creencias prefieren emplear estrategias que les permiten vivir con la contradicción. También ofrece una explicación parcial de este hecho: los Azande no ven sus contradicciones tal como nosotros las vemos «porque no tienen un interés teórico en la cuestión». Las «situaciones en las que ellos expresan sus creencias acerca de la brujería no les plantean ningún problema».

Aunque Evans-Pritchard comparte con los antropólogos la preocupación por encuadrar la brujería y magia de los Azande con nuestra lógica y racionalidad occidental, Peter Winch (1964) no cree que haya llegado muy lejos. El descubrimiento –piensa Winch– no es suficiente para acusar a los Azande de irracionalidad, porque el contexto en el que operan las creencias sobre la brujería no es el mismo que el contexto en el que se plantea la acusación de contradicción, «el contexto de nuestra cultura científica». Tanto la lógica como la racionalidad son fenómenos culturales. Las ideas sobre la brujería de los Azande no opera en el mismo nivel, ni «constituyen un sistema teórico con el que los Azande traten de obtener una mejor comprensión del mundo». Winch sugiere que «es el europeo, obsesionado por llevar el pensamiento Azande hasta donde naturalmente no puede llegar (a una contradicción) el culpable de la incomprensión, no los Azande. El europeo está cometiendo, en realidad, un error categorial» (Winch, 1964, pág. 93).

Las observaciones de Winch tocan un punto sensible, porque si tiene razón, Evans-Pritchard fue víctima de un *chovinismo* científico. Winch fue criticado por Martin Hollis, quien calificó la conferencia de Winch a los antropólogos de *winchcraft*[*] (Hollis, 1972; véase también Hollis, 1967). Ho-

[*] Nota del traductor: Juego de palabras intraducible, que pone de manifiesto la semejanza entre el término *witch* (bruja) y el apellido Winch, componiendo el término *winchcraft* en lugar de *witchcraft* (brujería).

llis sostiene que es imposible descubrir una lógica o una forma de racionalidad radicalmente diferente en el pensamiento primitivo (o de otro tipo), porque nada que se desvíe demasiado de nuestro pensamiento cuenta como tal.

Hollis puede estar en lo cierto al insistir en un mínimo de lógica y racionalidad compartida. Sin embargo, hay una cuestión más profunda que queda escondida en la casi universal condena de la brujería como irracional. Las llamadas culturas primitivas han sobrevivido durante decenas de miles de años sin la ciencia occidental. Igualmente, la razón teórica es caracterizada como el deseo de y los medios para alcanzar una completa y cada vez más detallada concepción verdadera y desinteresada de la naturaleza y la sociedad. La cuestión crucial es la siguiente: incluso en el caso de que estemos en posesión de la razón teórica y consiguientemente maximicemos la utilidad epistémica en forma de teorías científicas y recientemente de teorías de todo, ¿tenemos algún argumento para mostrar que todo el que ha dado un mordisco a la manzana debería continuar? ¿Podemos demostrar, usando argumentos filosóficos o científicos, que la racionalidad –tal como se entiende en ciencia y tecnología– es o debería ser el objetivo de todo agente racional y de toda sociedad organizada racionalmente? ¿Es posible, racional o razonable, admitir que la ciencia occidental es un juego interesante, pero no obstante rehusar a jugarlo?

Como filósofo yo creo en la razón, pero no me parece claro que la racionalidad científica y tecnológica sean las únicas dimensiones con las que el progreso en la razón pueda ser evaluado. Creo que esto es lo que quiere señalar Habermas (1972) cuando arguyó, enérgicamente, que todo conocimiento está impregnado de algún interés (lo que, por supuesto, no quiere decir que Habermas abandone la racionalidad universal *überhaupt*). Creo que esto es también lo que quiere resaltar Winch: es *chovinismo* científico creer que la lógica de la ciencia es la medida de todo.

(trad. de Daniel González Lagier)

Referencias

CARTWRIGHT, Nancy, 1983, *How the Laws of Physics Lie*. Oxford: Oxford University Press.

CHERNIAK, Christopher, 1986, *Minimal Rationality*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press.

DAVIDSON, Donald, 1973, «On the Very Idea of a Conceptual Scheme» (reimpreso en D. Davidson, *Essays on Truth and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 1984, pp. 183 – 198).

DENNETT, Daniel, 1987, *The Intentional Stance*, Cambridge, Massachusetts: The MIT Press.

ELSTER, Jon, 1982, «Rationality,» en G. Floidstad (ed), *Contemporary Philosophy. A New Survey*. Vol. 2, pp. 111-131. The Hague, Boston, London: Martinus Nijhoff.

HABERMAS, Jürgen, 1972, *Knowledge and Human Interests*. London: Heinemann.

HOLLIS, Martin, 1967. «The Limits of Irrationality,» European Journal of Sociology. (Reimpreso en Wilson (ed.), *Rationality*. Oxford: Blackwell, 1970).

HOLLIS, Martin, 1972, «Witchcraft and Winchcraft,» Philosophy of the Social Sciences, 2, pp. 89-103.

HORKHEIMER, Max y Theodor Adorno, 1972, *Dialectic of Enlightenment*. New York: Seabury Press.

LUKES, Steven, 1979, «Some Problems about Rationality». En B. Wilson (ed.), *Rationality*. Oxford: Blackwell.

MACINTYRE, Alasdair, 1988, *Whose Justice? Which Rationality?* Notre Dame: University of Notre Dame Press.

QUINE, Willard van Orman, 1960. *Word and Object*. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press.

TAYLOR, Charles, 1989, *The Sources of the Self*. Cambridge: The University Press.

TVERSKY, A. y Kahneman, D., 1974, *Judgment Under Uncertainty*. Science 185, pp. 1124-1130.

WILSON, Bryan, 1970. *Rationality*. Oxford: Blackwell.

WINCH, Peter, 1964, «Understanding a Primitive Society,» American Philosophical Quarterly 1, pp. 307-24.

EL «DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN» Y EL DERECHO PARA LA ARGUMENTACIÓN

Consideraciones metateóricas en respuesta a Isabel Lifante

Alfonso García Figueroa
Universidad de Castilla-La Mancha

«The highest, as the lowest, form of criticism
is a mode of autobiography».
Oscar Wilde

0. Introducción

El propósito principal de las reflexiones siguientes consiste en tratar de dar respuesta a las objeciones que la profesora Isabel Lifante Vidal me planteó en su artículo «Una crítica a un crítico del «no positivismo»[1]. No estoy muy seguro de que el trabajo contra el que Lifante ha dirigido sus críticas sea un representante digno del positivismo jurídico que pone en cuestión, pero no albergo en cambio la mínima duda de que las objeciones que opuso a mi ejercicio merecen toda la atención y exigen alguna respuesta, así que estoy en deuda con su lectura crítica en la medida en que ha enriquecido mi texto. Sin que en modo alguno ello sirva de disculpa, confieso que a veces me ha resultado difícil identificar claramente los presupuestos subyacentes a la crítica de Lifante, esto es, la alternativa a la que me enfrento. Por eso y confiando en que toda expresión (en este caso elevada) de crítica encierre verdaderamente una forma de autobiografía (en este caso intelectual), me he permitido en la organización de mi réplica reconstruir a efectos puramente polémicos la *pars contruens* implícita en el planteamiento de Lifante a partir de otros trabajos que definen la trayectoria investigadora de mi interlocutora, así como de otros autores de la escuela alicantina cuyas obras forman parte del arsenal argumentativo de Isabel Lifante. Por otra parte, este trabajo no sólo intenta responder a las objeciones. Pretende además introducir en mi planteamiento algunos matices y algunas correcciones inducidas por Lifante y pretende asimismo ofrecer algunos argumentos nuevos. Me temo, sin embargo, que lamentablemente no seré capaz de hacerlo con el esmerado orden expositivo de quien me critica.

[1] I. Lifante Vidal, «Una crítica a un crítico del "no positivismo"», en Doxa, nº 23 (2000), págs. 709-728 (las páginas que figuran en el texto entre paréntesis se refieren a esta obra). Esta crítica se refiere a A. García Figueroa, «La tesis del caso especial y el positivismo jurídico», en Doxa, nº 22 (1999), págs. 195-220

1. Los términos de la discusión: ¿positivismo v. neoconstitucionalismo? ¿El Derecho como sistema v. «el Derecho como argumentación»?

«La tesis del caso especial y el positivismo jurídico» presentaba un carácter marcadamente metateórico. Se ocupaba particularmente de tres cuestiones frente a las que adoptaba una posición básicamente positivista:

1. La disección de los posibles significados de la llamada «tesis del caso especial».

2. La exploración de las relaciones entre teoría del derecho y teoría de la argumentación.

3. El estudio del impacto que el reforzamiento de estas relaciones ha producido sobre la teoría del Derecho, singularmente sobre la dialéctica entre teorías positivistas y no positivistas.

Lifante se concentra especialmente en las cuestiones segunda y tercera y apuesta por una teoría del Derecho integradora. Se trata de una teoría integradora en el sentido de que pretende superar el divisionismo positivista e incorporar otras *dimensiones* del estudio del Derecho aparentemente descuidadas por la teoría del Derecho positivista. Si no me equivoco, su planteamiento parece alinearse, pues, junto al de otros autores que están dando forma al incipiente paradigma neoconstitucionalista[2]. A mi juicio, esto supone suscribir sucesivamente (y creo que Lifante desde luego lo hace) lo que podríamos denominar un giro neorrealista y un giro neoiusnaturalista[3] en la teoría del Derecho. El giro neorrealista consiste en destacar la importancia del momento de la aplicación del Derecho. El giro neoiusnaturalista subsiguiente consiste en destacar la importancia de la justificación moral de tal aplicación del Derecho. Al nuevo paradigma no le interesa la mera constatación de la aplicación judicial desde el punto de vista de su explicación psicosociológica al estilo de buena parte de los realistas (su contexto de descubrimiento). Al nuevo paradigma le interesa sobre todo el contexto de justificación en el momento de la aplicación del Derecho, su «dimensión justificatoria», diría Lifante. Para ello, nuestra autora propone en su argumentación relativizar distinciones importantes para una considerable parte del positivismo jurídico, como la que existe entre creación y aplicación del Derecho, así como entre validez y aplicabilidad de normas y, por otra par-

---

[2] De «paradigma del constitucionalismo» nos habla M. Atienza, *El sentido del Derecho,* Ariel, Barcelona, 2001, págs. 309-310 y de «paradigma del Estado constitucional de Derecho –o sea, el modelo garantista» L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil,* trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 1999, pág. 22.

[3] Desarrollo con algo más de detenimiento la articulación de estos dos giros en mi trabajo «Haciendo justicia desde el lado activo del derecho. Teoría del derecho y teoría de la argumentación», en el número monográfico *Sobre el razonamiento jurídico,* en *Revista de Ciencias Sociales,* Valparaíso (Chile), vol. núm. 45, págs. 193-218, aquí 201-208.

te, se propone otorgar más importancia a la dimensión del Derecho justificatoria y menos a la autoritativa o voluntarista.

Se trataría, en fin, de construir una teoría integradora porque parece mostrarse favorable a una integración de teoría y práctica del Derecho[4], una conjunción de teoría del orden jurídico y teoría del método jurídico[5], una indiferenciación del lado pasivo y del lado activo del Derecho, como diría Alexy, o entre teoría del Derecho y teoría de la adjudicación, en los términos de Dworkin, esto es, una asimilación de teoría del Derecho y teoría de la argumentación jurídica. En última instancia parece ser que su concepción sería la del «Derecho como argumentación»[6].

Sin embargo, los desacuerdos con Lifante seguramente no sean tan profundos como pudiera parecer. Lo que se discute en el fondo es una cuestión metateórica y una cuestión teórica implicada. La cuestión metateórica es dónde situar los límites entre teoría del Derecho y teoría de la argumentación jurídica (y práctica general). La cuestión propiamente teórica consiste en dónde establecer los límites entre Derecho y moral así como entre Derecho y aplicación del Derecho. En lo que sigue me gustaría insistir en la propuesta de que me parece plausible y deseable una cierta división del trabajo a la hora de estudiar el fenómeno jurídico, que en términos muy generales articularía una teoría de los sistemas jurídicos como núcleo de la teoría del Derecho, decididamente formal y descriptiva, con una teoría de la argumentación, sustantiva y normativa, todo ello bajo el presupuesto de una teoría del Derecho básicamente positivista.

Dado que Lifante apunta alguna objeción contra la disección del significado de la tesis del caso especial que propongo sin entrar en su fondo, desearía aprovechar la oportunidad para llevar a cabo yo mismo esta labor, po-

---

[4] La «equiparación entre teoría y práctica jurídica» es uno de los elementos más destacados por Lifante en su caracterización de la teoría de Dworkin. Desde luego, la extremada cautela de esta autora a la hora de exponer las tesis de autores como Dworkin no hace fácil saber si su descripción incorpora una cierta adhesión en este aspecto, aunque en su crítica a mi crítica me parece que cabe presuponerla en alguna medida. Vid. I. Lifante, *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, págs. 307 ss.; de la misma autora, vid. «La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del Derecho a partir de los casos», en *Jueces para la Democracia,* nº 36 (noviembre 1999), págs. 41-46, aquí pág. 46. Este planteamiento ha sido últimamente comentado por Rodríguez-Toubes Muñiz, J. «La demarcación entre teoría y práctica jurídicas», en *Anuario de Filosofía del Derecho* (2000), págs. 395-416.

[5] Se muestra favorable a ello J. Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico),* Ariel, Barcelona, 2000, quien destaca la insuficiencia de lasdos imágenes del Derecho que han inspirado respectivamente a quienes han desarrollado una teoría del sistema jurídico desde arriba y a quienes han desarrollado una teoría del método jurídico desde abajo.

[6] Vid. M. Atienza, «El Derecho como argumentación», en *Isegoría,* nº 21 (1999), págs 37-47.

niendo de relieve cierta rigidez que he intentado superar en trabajos posteriores a «La tesis del caso especial y el positivismo jurídico»[7]. Comenzaré, pues, con un ejercicio de autocrítica que de paso será útil para mi argumentación ulterior. La debilitación de mi postura seguramente me ayude a enfrentarme mejor a ciertas críticas de Lifante.

2. La tesis del caso especial: teoría del Derecho y teoría de la argumentación

Como es sabido, la tesis del caso especial reza así: «el razonamiento jurídico es un caso especial de razonamiento práctico general». Si su interpretación se somete a dos variables, a saber: tesis descriptiva/normativa y moral social/moral crítica, entonces parece admitir las siguientes cuatro versiones:

TCE1: El razonamiento jurídico *es* un caso especial de razonamiento moral social.

TCE2: El razonamiento jurídico *debe ser* un caso especial de razonamiento moral crítico.

TCE3: El razonamiento jurídico *es* un caso especial de razonamiento moral crítico.

TCE4: El razonamiento jurídico *debe ser* un caso especial de razonamiento moral social.

Si se cruza esta clasificación de teorías sobre el razonamiento jurídico con la división entre positivistas y no positivistas, observamos en principio ciertas continuidades. Básicamente, los positivistas suelen sostener implícitamente la articulación de TCE1 con TCE2, en tanto que ciertos críticos actuales del positivismo jurídico suelen mantener explícitamente una concepción del razonamiento jurídico que suele moverse más bien entre TCE3 y TCE4. Gráficamente quizá cabría representar esta situación de la siguiente manera con algunos autores particularmente representativos:

	POSITIVISMO	NO POSITIVISMO
TCE1	**H.L.A Hart**	
TCE2	**N. MacCormick**	**J. Habermas**
TCE3	**Raz**	**R. Alexy** **C.S. Nino** **R. Dworkin**
TCE4		**A. Aarnio**

[7] Por ejemplo, en mi trabajo «La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo», en M. Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, en prensa.

2.1 El bloque positivista

TCE1 y TCE2 son expresión de la tesis positivista de la discreción. Según esta tesis, el juez ejerce cierta discreción en los casos en que el sistema jurídico es insuficiente para ofrecer una respuesta al caso. Naturalmente, en el ejercicio de esta discreción nada asegura que el operador jurídico incorpore los dictados de la moral crítica a su decisión y sí normalmente alguna forma de moralidad social (TCE1), si bien, en términos normativos, tal ejercicio de discreción debería someterse a los dictados de la moral crítica (TCE2) y ello por puras razones analíticas (el «debe» de TCE2 es un «debe» de moral crítica: «el razonamiento jurídico debe *moralmente* ser un caso especial de razonamiento moral crítico»). En el nuevo prólogo de 1994 a su *Legal Reasoning and Legal Theory*, MacCormick expresaba del siguiente modo la articulación de la teoría del Derecho descriptiva de Hart[8] con su propia teoría normativa de la argumentación:

> «Con todos sus defectos, quizá puede afirmarse además que el texto de 1978 tiene un lugar propio entre las ideas sobre el Derecho y el razonamiento jurídico. Si bien no con la misma eminencia, es algo así como el volumen de compañía del clásico de H.L.A. Hart *El concepto de Derecho.* La visión del razonamiento jurídico se muestra esencialmente hartiana, basada en el análisis del concepto de Derecho hartiano o al menos plenamente compatible con éste» [9].

Debe quedar claro que el positivismo jurídico no identifica necesariamente discreción con arbitrariedad. Asumir que la arbitrariedad judicial es la única alternativa a la única respuesta correcta basada en Derecho supone una falsa disyuntiva que no se corresponde con la realidad[10]. La teoría de la argumentación jurídica pretende precisamente cubrir las lagunas de racionalidad que produce la falibilidad técnica del Derecho. Esto significa que cualquier teoría de la argumentación jurídica presupone en alguna medida la tesis de la discreción positivista. Como indica Alexy, es precisamente un holismo jurídico (como el que defendería Dworkin, por cierto) el que resulta incompatible con una teoría de la argumentación jurídica[11]. Esto sig-

---

[8] Como bien destaca la propia Lifante (*La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea,* cit., cap. V), Hart no formula una teoría descriptiva ni prescriptiva de la interpretación ni de la argumentación jurídica, pero sí se ocupa intensamente del problema de la indeterminación del lenguaje jurídico. Esta cuestión es importante porque apoya la tesis de la discreción judicial en términos descriptivos (la discreción es inevitable) y prescriptivos (la discreción es deseable).

[9] N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory,* Clarendon, Oxford, 197 8, pág. xiv.

[10] Me permito remitirme sobre esta falsa disyuntiva de Dworkin a mi trabajo *Principios y positivismo jurídico,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, págs. 270-272.

[11] Vid. en este sentido, R. Alexy, «Juristische Interpretation», en Recht, Vernunft, Diskurs, Suhrkamp, Francfort del Meno, 1995, págs. 71-92, aquí pág. 88.

nifica que la posibilidad de una teoría de la argumentación jurídica de un cierto grado de objetividad es un presupuesto indispensable para poder sostener una articulación, como la que aquí se propone, de una teoría del Derecho fuerte con una teoría de la argumentación fuerte[12]. Esto implica sacrificios tanto para el positivismo cuanto para el no positivismo en algunas de sus versiones extremas respectivas. El positivismo debe renunciar en su caso a un escepticismo en materia interpretativa, argumentativa y práctica en general. El no positivismo debe renunciar en su caso a la tesis de la única respuesta correcta dworkiniana.

2.2. El bloque no positivista

Robert Alexy, Carlos Santiago Nino y otros críticos del positivismo jurídico suelen defender la vinculación del razonamiento jurídico y el razonamiento moral (crítico). En justicia (y sobre ello insistiré más tarde), dada la relativización de la noción de moral crítica que presuponen, su posición en este esquema no puede ser rígida, sino que más bien se mueve desde TCE2 hasta TCE4 pasando por TCE3. Así, probablemente Nino sería el autor que se situaría de forma más resuelta en TCE3. Alexy, quien sostiene una versión más débil (como bien sugiere Lifante –pág. 712, nota 4) al vincular el razonamiento jurídico al práctico general y no propiamente al moral, se hallaría en una posición menos comprometida y quizá más tendente hacia TCE2. Finalmente, es probable que un autor como Aarnio se inclinara algo más hacia TCE4, dado el protagonismo que adquiere la idea de aceptabilidad en su teoría de la argumentación, fuertemente asociada a una determinada forma de vida.

2.3. Excéntricos

En este esquema surgen dos figuras aparentemente excéntricas: Jürgen Habermas y Joseph Raz. Habermas sostiene un concepto matizadamente no positivista, pero se muestra crítico con la tesis del caso especial que formula Alexy[13]. Por su parte, Joseph Raz sostiene un concepto positivista fuerte

[12] Lifante (pág. 725) afirma que «teorías como la de García Figueroa, mucho más escépticas frente al razonamiento moral, consideran que (...) el método jurídico encuentra sus límites y ha de dar paso a la figura de la discrecionalidad» (en donde «método jurídico» es sinónimo de teoría de la argumentación). A pesar de que esta crítica puede dirigirse seguramente contra mi trabajo *Principios y positivismo jurídico,* en estudios posteriores (lo que incluye este mismo) he intentado mantener una posición no escéptica en relación con las posibilidades de la teoría de la argumentación.

[13] Vid. J. Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso,* trad. de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, cap. V, esp. págs. 305 ss. Alexy ha respondido a las objeciones de Habermas en R. Alexy, «La tesis del caso especial», trad. de Isabel Lifante, en *Isegoría*, nº 21 (1999), págs. 23-35.

(exclusivo), pero defiende la vinculación del razonamiento jurídico al moral en unos términos vacilantes que dificultarían su ubicación siquiera aproximada en el esquema propuesto. La constatación de esta excentricidad raziana presenta cierta importancia aquí por lo que luego se dirá (*infra* § 4).

3. El concepto de Derecho de positivistas y no positivistas

Si prescindimos de esencialismos a la hora de determinar el concepto de Derecho (en esto hay acuerdo), entonces habremos de admitir la existencia de una pluralidad de posibles conceptos de Derecho. Pero si reconocemos que no todos ellos tienen igual valor, entonces habremos de admitir la posibilidad de ofrecer razones para preferir uno en perjuicio de otro. Tales razones pueden ser, en efecto, de orden conceptual o bien de orden normativo.

Las razones de orden conceptual del positivismo tienen que ver con la claridad y la consistencia. El positivismo *explica mejor*: más claro y preciso. Las razones de orden conceptual del no positivismo tienen que ver con su ambición expositiva. El no positivismo *explica más*. Naturalmente, esta opción da lugar a mayores tensiones e imprecisiones y exige más sofisticación. Sin embargo, la sofisticación no es algo valioso en sí mismo. Es frecuente leer (y así lo sugiere Isabel Lifante –por ejemplo, págs. 715, 716) que el positivismo en principio no «toma en cuenta», no «da cuenta» de, ciertos fenómenos de relevancia jurídica, singularmente el problema de la aceptación del Derecho, que sí abordarían el no positivismo y las formas débiles del positivismo actual. No es fácil saber qué significa exactamente «tomar en cuenta» o «dar cuenta de» ciertos aspectos, pero en cualquier caso toda teoría del Derecho parece condenada a efectuar alguna transacción entre dos exigencias: el rigor conceptual y la ambición explicativa, esto es, la racionalidad de una reconstrucción sistemática y las irracionalidades del objeto de reconstrucción sistemática. Desde el punto de vista lingüístico, Alchourrón y Bulygin lo expresaban de la siguiente forma parafraseando un dicho de Einstein: «en la medida en que los conceptos se refieren a la realidad, son vagos, y en la medida en que no son vagos no se refieren a la realidad»[14].

Las razones de orden normativo tienen que ver con las consecuencias prácticas de una metodología jurídica. En principio, el resultado de una teoría del Derecho es un esquema conceptual, pero sus consecuencias al formar parte de juicios normativos pueden presentar relevancia práctica y además ciertas consideraciones normativas, ideológicas, suelen ser punto de partida de la investigación en el sentido de que, en última instancia, cono-

[14] C.E. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* Astrea, 1975, pág. 63.

cemos *para algo*. El concepto positivista se justifica normativamente ante el riesgo de desactivación de la capacidad crítica de la moral, y esta opción es la expresión del recelo frente al Derecho da lugar, como bien subraya Isabel Lifante, al predominio de la dimensión volitiva, coactiva, sobre su dimensión racionalista. El concepto no positivista se justifica normativamente porque parece reforzar la dimensión racionalista en el Derecho y por tanto su dimensión justificatoria, argumentativa, vinculada a la razón práctica. Destacar teóricamente la dimensión justificatoria tendría como consecuencia el reforzamiento en la práctica de esta dimensión justificatoria. El error inveterado de cierto antipositivismo ha sido sostener además que no destacar teóricamente la dimensión justificatoria tendría como consecuencia la debilitación o incluso la lesión en la práctica de la dimensión justificatoria.

Lifante dispone sus objeciones en estos dos planos, conceptual y normativo (o ideológico), y opina que no es necesario que la metodología no positivista presente consecuencias teóricas ni prácticas negativas sino todo lo contrario y con el fin de apoyar esta afirmación, se ocupa de una multiplicidad de cuestiones que intentaré abordar en lo que sigue.

4. Tomar la normatividad en serio

Lifante se adhiere a la opinión de Joseph Raz, de que «si una teoría no toma en cuenta ese rasgo [que el Derecho «pretenda ser una razón para la acción»], o aún peor, si ofrece una imagen del Derecho que sea inconsistente con él, entonces esa teoría es defectuosa»[15]. Desde luego, la cuestión de la relevancia para la teoría del Derecho del punto de vista del aceptante, el problema de la normatividad del Derecho, constituye uno de los más recurrentes y delicados[16], y seguramente no sea posible tratarlo aquí con un detenimiento razonable. En todo caso, desearía formular algunas consideraciones.

Con carácter previo, da que pensar que el autor que Lifante invoca sea precisamente Joseph Raz. El profesor oxoniense hace otras afirmaciones que Lifante quizá no suscribiría con el mismo entusiasmo, pues, como es sabido, este autor es defensor máximo del positivismo exclusivo al tiempo

---

[15] En Ruiz Manero, «Entrevista a Joseph Raz», en Doxa, nº 9, págs. 321-344, citado por Lifante (pág. 722).

[16] Nos hallamos con una clara prueba de ello en la monografía al respecto de S. Sastre, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, MacGraw-Hill, Madrid, 1999, caps. III, IV y V.

[17] Raz defiende en su trabajo «On the Autonomy of Legal Reasoning» (en *Ethics in the Public Domain Essays in the Morality of Law and Politics,,* Clarendon, Oxford, 1994, págs. 326-340) la vinculación de razonamiento jurídico y razonamiento moral en términos que abocan su teoría a fuertes tensiones internas (vid. sobre este asunto, F. Atria, «Del Derecho y el razonamiento jurídico», en *Doxa,* 22 (1999), págs. 79-119, aquí págs. 107 ss.).

que, por cierto, vincula razonamiento jurídico y moral[17]. Aparentemente, la ambición explicativa de su modelo tiene como contrapartida el riesgo de disolución del propio concepto de Derecho y esto le lleva a reforzar la tesis positivista de los límites del Derecho, que funciona en cierto sentido como un presupuesto trascendental del conocimiento jurídico. En este sentido, leemos a Raz: «¿Por qué es necesario que los sistemas jurídicos tengan límites? La respuesta es que la única alternativa (...) es un sistema de discreción absoluta»[18]. Dicho de otra forma, quien no defina claramente los límites entre Derecho y moral y entre sistema jurídico y aplicación del Derecho, tarde o temprano deberá enfrentarse ante un caso Eutifrón. Simplificando, cabría decir que en la medida en que no distingamos creación y aplicación del Derecho, no es posible saber si el Derecho es válido por ser aplicado o bien si es aplicado porque es válido. En la medida en que no distingamos Derecho y moral, no es posible saber si el Derecho es justo por ser válido o es válido por ser justo. En la medida en que sostengamos la tesis del caso especial, no es posible saber, pues, si las premisas jurídicas del razonamiento son justas y/o jurídicas porque son aplicadas (o aplicables) o bien son aplicadas (o aplicables) porque son justas y/o jurídicas. En el caso específico de Raz, parece que nos hallamos ante un positivista que quiere *explicar más*, pero que por eso mismo se ve obligado a intentar *delimitar mejor,* es decir, con más intensidad (todo ello sin renunciar a la consideración del sistema jurídico como un orden abierto a la aplicabilidad de ciertas normas extrasistemáticas).

Por otra parte, incluso Lifante (pág. 715), a pesar de su vocación integradora, distingue *dos* momentos en el Derecho –el de la creación y la aplicación– y no habla de un solo momento de aplicación, como quizá propondría un realista extremo; y habla de *dos* dimensiones –la autoritativa y la racionalista– y no de una sola dimensión racionalista, como propondría un iusnaturalista extremo. Esto significa que Lifante presupone al menos la posibilidad de distinguir estos planos (en lo que estaríamos de acuerdo) y entonces queda por despejar cómo distribuir esta labor investigadora, cómo estructurar el estudio del Derecho (lo cual significa que nuestro desacuerdo es sobre todo metateórico). A mi juicio, la opción del bloque positivista, esto es, la compartimentación del conocimiento del Derecho a través de la articulación de una teoría fuerte, estricta y descriptiva, de los sistemas jurídicos (típicamente, *à la* Alchourrón y Bulygin) con una teoría fuerte, amplia y normativa, de la argumentación jurídica (típicamente, *à la* Alexy) constituye en principio una opción que permite tratar una vasta extensión de cuestiones jurídicas, al tiempo que garantiza una división rigurosa de los pro-

[18] J. Raz, *La autoridad del Derecho,* trad. de Rolando Tamayo Salmorán, pág. 149.

blemas. Más tarde me gustaría esbozar de qué manera se puede producir esta articulación de una forma armónica con las exigencias del nuevo paradigma neoconstitucionalista (*infra* § 8).

La alternativa que parece suscribir Lifante (que, reitero, creo que es el «Derecho como argumentación» como se desprende de las págs. 725 ss.) consiste en la consagración, de corte profundamente hermenéutico, de una ambigüedad actividad-resultado o proceso-producto que presenta graves consecuencias para la mera sostenibilidad de una teoría del Derecho que, por así decir, sencillamente se queda sin objeto. El Derecho puede ser producto de la argumentación en sede legislativa (técnica legislativa) [19] o puede ser el punto de partida de la argumentación en sede judicial (teoría de la argumentación propiamente), pero parece evidente que ello no debe conducirnos a confundir el sistema jurídico con las actividades en las que se ve involucrado ya sea como producto de la argumentación, ya como proveedor de premisas de la argumentación. Hablar del «Derecho como argumentación» identificándolo con la argumentación que conduce a su creación o con la argumentación que se desarrolla a partir de sus normas, sería respectivamente tan confundente como hablar del «vino como fermentación en barricas» o de la «manzana como digestión». Claro que a juicio de Lifante, el principal defecto de mi planteamiento (y de otros positivistas) es precisamente que presenta el Derecho como un fenómeno «estático», «cosificado», «reificado» (págs. 725-6). Sin embargo, reitero, la alternativa que parece suscribir Lifante consiste en la consagración de una ambigüedad actividad-resultado o proceso-producto (Lifante lo reconoce abiertamente en pág. 727) y su inconveniente fundamental consiste en que conduce irremisiblemente a un caso Eutifrón. Creo, pues, que la alternativa no es buena y que la crítica de reificación no es del todo justa. Me parece que es compatible considerar el Derecho como un *producto* cultural y admitir al tiempo su existencia previa a la aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales. Se trata de cuestiones distintas, aunque sólo fuera porque se sustancian en dos momentos sucesivos distintos, como Lifante reconoce.

Por otra parte –insisto– me parece que existe una significativa imprecisión cuando se habla de «dar cuenta de» y «tomar en cuenta» el carácter normativo del Derecho o el fenómeno de la aceptación. Podemos «dar cuen-

[19] En este plano se sitúa la traslación de la teoría de la argumentación jurídica al ámbito de la técnica legislativa y que conduce a considerar la teoría de la legislación como una parte de la teoría del Derecho. Esta cuestión es planteada por M. Atienza, al final de su trabajo «Contribución para una teoría de la legislación», en M. Cabonell & S. T. Pedroza de la Llave (coords.), *Elementos de técnica legislativa,* UNAM, México, 2000, págs. 19-38. En el mismo volumen, G. Marcilla discute esta cuestión ("Sobre la necesidad de una nueva ciencia de la legislación», págs. 93-115, aquí § IV).

ta» de muchos fenómenos conexos sin confundirlos. Una cosa es tomar en cuenta la aceptación y otra cosa muy distinta aceptar lo que se tiene en cuenta (la propia aceptación del Derecho). Parece ser precisamente esta ambigüedad la que lleva a Lifante a conjeturar en mi planteamiento (en el positivismo jurídico en general) dos posibles vías de crítica ideológica a la adopción del punto de vista interno a la hora de estudiar el Derecho (págs. 722-724).

La primera vía que sería atribuíble al positivismo jurídico criticaría la toma en consideración del fenómeno de la aceptación a la hora de construir un concepto de Derecho. Me parece que no existen aquí disensos. Es necesario un punto de vista mínimamente interno que nos permita comprender qué significa el juego del Derecho y podemos intentar describir cómo se desarrolla este juego entre los seres humanos que se hallan involucrados en prácticas jurídicas. Todos podemos adoptar un punto de vista hermenéutico y no hay inconveniente en afirmar que una teoría del Derecho pueda suscribir este mínimo punto de vista interno y describir además que se prescribe y que se acepta y en este sentido, no veo inconveniente en que se «dé cuenta de ello», por más que quizá no pueda estar del todo de acuerdo en la forma y la medida en que ello haya de ser «tomado en cuenta», especialmente cuando supone pasar a sostener lo que es objeto de crítica en la segunda vía de crítica a la adopción del punto de vista interno.

La segunda vía de crítica a la adopción del punto de vista interno atribuíble al positivismo en general, criticaría que la propia teoría del Derecho se implicara con más fuerza, que aceptara propiamente el Derecho que estudia. Personalmente, éste me parece el riesgo más claro y sólo queda constatar el acuerdo con mi interlocutora. Sin embargo, zanjada esta cuestión, surgen entonces otros problemas. Lifante asegura que el precio de nuestro acuerdo en este aspecto lo pagarían con su invalidez muchas de mis consideraciones previas. Por ejemplo, si afirmamos que la teoría (singularmente TCE3) acepta moralmente el Derecho, entonces –afirma Lifante– se difuminarían las diferencias entre TCE1 y TCE3. Creo que esta apreciación de nuestra autora es básicamente correcta, pero se explica por la simplificación y la rigidez del esquema del que me he servido con fines expositivos. Con ello desembocamos en una cuestión más amplia.

Mi esquema es, en efecto, simplificador porque no distingue si TCE1 y TCE3 son formuladas por un defensor (un *usuario*) de la tesis o bien por un observador (alguien que, digamos, tan sólo la *menciona*). Así, mientras TCE1 es una formulación que seguramente compartirían el defensor y el observador de TCE1; la situación es completamente diversa en el caso de TCE3. En mi trabajo, TCE3 está formulada por un observador externo que defiende la distinción entre moral social y moral crítica e interpreta que la

teoría ética que desarrollan Alexy o Nino son ejemplos de teorías de ética normativa expresivas de una moral crítica. Sin embargo, estos autores y en general el constructivismo ético, no están dispuestos a aceptar una estricta separación de moral social y moral crítica. Lifante tiene razón en el sentido de que impongo un lenguaje, un código, a quien no está dispuesto a usarlo en la discusión. Es probable, pues, que mi esquema no sea lo suficientemente imparcial como punto de partida del análisis, porque impone la distinción entre moral social y moral crítica a quienes la contestan desde las filas del constructivismo ético, los cuales sostienen un concepto de justificación en sentido amplio en el que no se distingue de manera tajante las pautas de comportamiento socialmente aceptadas (moral social) de las consideradas propiamente correctas (moral crítica)[20]. En cierto modo, esta idea subyace a las siguientes palabras de Habermas, quien, como reacción frente a la ética kantiana, «renuncia a la diferenciación categorial entre el reino de lo *inteligible,* al que pertenecen el deber y la voluntad libre, y el reino de lo *fenoménico,* que entre otras cosas abarca las inclinaciones, los motivos meramente subjetivos y también las instituciones del Estado y la sociedad»[21]. El juego limpio seguramente exigiría pues alguna corrección por mi parte, una debilitación o al menos una flexibilización en mis planteamientos, que, con todo, creo conveniente mantener en lo fundamental a efectos expositivos.

5. Validez y aplicabilidad: ¿Es que acaso no existen diferencias entre una norma china y una norma moral?

Desde el punto de vista de su validez jurídica, la respuesta tiene que ser «no, no existen». Si el Derecho presenta límites frente a otros órdenes normativos, entonces las normas son jurídicas o no lo son. Ello incluso en el caso de que existan dudas o controversias sobre dónde se hallen tales límites. Las normas se encuentran a uno u otro lado de los confines del Derecho sean cuales fueren éstos. Dado que las normas del ordenamiento jurídico chino y las normas morales no forman parte del Derecho español, entonces compartirían su carácter no jurídico sin perjuicio de que sean aplicables (a través de una norma de conflicto de Derecho internacional privado o de una remisión jurídica expresa o no a la moral). Desde un punto de vista positivista, que una norma moral sea aplicada justificadamente (sea jurídicamen-

[20] Sobre los diversos conceptos de justificación me he ocupado en mi trabajo «Haciendo justicia desde el lado activo del Derecho», cit., pág. 204.

[21] J. Habermas, «¿Afectan la objeciones de Hegel contra Kant también a la ética del discurso?», en *Aclaraciones a la ética del discurso,* trad. de José Mardomingo, Trotta, Madrid, 2000, pág. 23.

te aplicable) o que sea percibida como moralmente obligatoria por su aplicador no significa necesariamente que pertenezca al Derecho. Sin embargo, esta confusión es frecuente y sigo pensando que se explica porque la adopción del punto de vista del participante provoca la indeferenciación de los tres sentidos de validez implicados: la validez como pertenencia, la validez como obligatoriedad moral y la validez como aplicabilidad. Así que, en efecto, todo depende del concepto de validez que se presuponga y del punto de vista desde el que elabore la teoría del Derecho. Con el reforzamiento de la dimensión justificatoria y del momento de la aplicación, Lifante se muestra naturalmente favorable a esta integración de estos tres sentidos de validez. Dado que una norma moral es aplicable bajo un sentimiento de obligatoriedad moral al que se añade la indeterminación de la base jurídica de la aplicabilidad de los estándares morales, Lifante sostiene que la relación que mantienen una norma china y una norma moral con el sistema jurídico español no es equiparable. Eso significa que existe una especie de estadio intermedio de semivalidez jurídica que permite afirmar que una norma moral es más válida que una norma del ordenamiento jurídico chino.

Según Lifante, a diferencia de una norma aplicable del sistema jurídico chino, la norma moral «genera la pretensión de integración permanente en el Derecho; así, si se produce un cambio en las normas consuetudinarias, o en los estándares de la moralidad que se consideran «aplicables» en el Derecho español (...) tendría perfectamente sentido sostener que ha habido un cambio en este Derecho» (pág. 719). A mi juicio esta presunta «pretensión de integración permanente en el Derecho» de una norma moral o consuetudinaria resulta extremadamente misteriosa y su justificación me parece mucho más débil que la positivista que se pretende superar. Por otra parte, añade Lifante en su crítica a un planteamiento positivista que «en la mayoría de esos casos, no hay manera de explicar la aplicabilidad del concreto estándar moral o de la concreta norma consuetudinaria por una mera referencia a una norma perteneciente al Derecho» y cuando existen, concluye Lifante, «estas referencias o alusiones no son suficientes para identificar la concreta norma consuetudinaria o el estándar de moralidad que ha de ser aplicado (...) y ello sin mencionar que en muchas ocasiones el recurso a estándares de racionalidad práctica se lleva a cabo sin que exista expresamente esa previa llamada de norma «perteneciente» al sistema» (pág. 719). Este argumento es sensiblemente débil, porque no se puede inferir la validez de una norma del hecho de que su aplicabilidad resulte aparentemente inexplicable de otro modo. Por la misma razón, habría que admitir que una civilización extraterrestre y muy avanzada nos visita de vez en cuando porque no podemos explicar ciertos avistamientos de objetos ignotos en el cielo. La inexplicabilidad no puede ser una razón para la irracionalidad.

Esta indeterminación del fundamento jurídico de la aplicabilidad de ciertos estándares extrasistematicos se explica precisamente por las creencias de los juristas. Desde el momento en que desde el punto de vista del participante, estas normas son consideradas (incluso erróneamente) válidas, la justificación de su aplicación resulta innecesaria porque los participantes en la práctica están de acuerdo en ello. Por tanto, cabría decir que la justificación de la aplicación de normas extrasistemáticas de carácter moral es en buena parte entimemática, en el sentido de que su fundamentación es considerada obvia por los juristas y en esta medida innecesaria, por lo cual, normalmente no existen normas que habiliten expresamente al juez para aplicar dichas normas extrasistemáticas. Pero las creencias de los juristas deben ser puestas en duda por una teoría del Derecho. La teoría del Derecho no puede simplemente hacer suyas las creencias de los participantes sobre el Derecho porque, entre otras razones, en tal caso su labor sería redundante. A la teoría del Derecho le corresponde en relación con la dogmática desarrollar un metadiscurso que esclarezca los conceptos del discurso jurídico. El carácter de este metadiscurso es otro motivo más de disenso que desearía tratar a continuación.

6. ¿Es posible y deseable una teoría descriptiva?

Lifante se muestra escéptica frente a la posibilidad de desarrollar una teoría descriptiva del Derecho y además no la considera aconsejable. Sin embargo, creo que esta afirmación constituye una contradicción insuperable con su voluntad de adoptar una perspectiva mínimamente interna a la hora de estudiar el Derecho. Por paradójico que parezca, si alguien adopta una perspectiva interna, entonces se ve obligado pragmáticamente a mantener que su teoría del Derecho es descriptiva. Veamos por qué.

¿Qué está haciendo quien estudia el Derecho desde un punto de vista interno? La respuesta en principio sería «depende». Depende de quién, cuándo y cómo se responda. Desde luego, lo que hagan los teóricos del Derecho, lo que digan hacer los teóricos del Derecho o lo que crean hacer los teóricos del Derecho son cosas diversas y de importancia secundaria, aunque condicionan lo fundamental, esto es, el desarrollo del juego de lenguaje que denominamos «hacer teoría del Derecho». Por eso propongo contemplar la actividad de *hacer teoría del Derecho* bajo una perspectiva pragmática. Es posible que podamos afirmar desde un punto de vista externo (el del sociólogo, el psicólogo o el filósofo de la ciencia, un punto de vista que, por cierto, no habría de interesar a Lifante) que nadie sea realmente capaz de ser puramente descriptivo y que la teoría del Derecho es ideológica, normativa (como, no lo olvidemos, ha destacado Scarpelli, por citar un autor que no es precisamente iusnaturalista), pero resulta también evidente que

desde un punto de vista mínimamente interno (como el que, reitero, Lifante adoptaría con toda seguridad) no es posible desarrollar este acto de habla, si no se respeta esta pretensión de verdad, si no se presupone como posible y conveniente que el objetivo de la teoría del Derecho sea conseguir resultados pretendidamente descriptivos. Quien desarrolla una teoría del Derecho, afirma «El Derecho es x» y no afirma (salvo que pretenda destruir su propio argumento y deje de jugar a teoría del Derecho): «El Derecho es –pero esto es sólo una opinión personal– x». Seguramente hemos de asumir que nuestra labor no puede ser plenamente descriptiva, pero esto no es lo relevante en el plano que nos interesa ahora. Si asumimos una perspectiva pragmático-trascendental (como gusta hacer un defensor del punto de vista interno a la hora de estudiar el Derecho como Alexy), es decir, si seleccionamos la dimensión pragmática del lenguaje a la hora de analizar los distintos actos de comunicación (dictar normas, describir el mundo...) y además estudiamos las reglas que rigen estos actos de habla si pretenden presentar validez trascendental, entonces no sólo habría que admitir que las normas jurídicas (actos de habla regulativos) presentan una pretensión de corrección. También el juego de lenguaje que es describir el Derecho presenta una pretensión de verdad. No es posible intentar el acto de habla que es decir qué es el Derecho sin avanzar a un tiempo una pretensión de verdad, de objetividad, de descriptividad. Por razones puramente conceptuales, es imposible no desarrollar una labor descriptiva cuando *hacemos teoría del Derecho.* Argumentar de otro modo podría llevarnos a decir algo tan poco admisible en el discurso jurídico como: «El Derecho es x, pero podría ser también no x» Por todo ello, seguramente tiene razón Lifante cuando afirma que en mis tesis «podemos encontrar connotaciones ideológicas o valorativas» (pág. 724). En realidad, nada me impide admitir (desde un punto de vista externo) que con toda seguridad mi planteamiento está plagado de opciones valorativas, pero en su defensa (ya desde un punto de vista interno de la teoría del Derecho) no puedo blandir preferencias personales, sino algún tipo de argumento y entonces es inevitable acudir a una pretensión de verdad, de descriptividad. Por eso, cuando Lifante considera «inútil una teoría del Derecho a la que se le negara la posibilidad de participar en la práctica jurídica» (pág. 724), cabría replicar que lo inútil es precisamente afirmar que se está participando, porque de ese modo la teoría del Derecho deja de serlo y deviene otra cosa.

Este disenso demuestra que, curiosamente, mi interlocutora parece adoptar en última instancia un punto de vista mucho más externo que yo mismo a la hora de estudiar el Derecho. Sin embargo, se trata de una contradicción generalizada. Quienes adoptan un punto de vista interno suelen

además excluir una concepción descriptiva del Derecho y esto resulta, por lo que he señalado, algo abiertamente contradictorio.

7. Racionalidad y autoridad en el Derecho

En cuanto a la primacía de la dimensión autoritativa, del momento de la creación del Derecho y de la figura del Legislador, Lifante la imputa justificadamente a la tradición positivista, tomando como referencia mi trabajo, que «opta por analizar el Derecho desde el punto de vista del legislador y opta por explicar la normatividad del fenómeno jurídico a partir de la idea de sujeción; en definitiva opta por dar una clara primacía al elemento autoritativo o voluntarista sobre el elemento racionalista o justificativo del Derecho» (pág. 725). En realidad, esta opción metodológica y valorativa se explica por la desconfianza ante la dimensión justificatoria, racionalista, apoyada históricamente desde las filas del iusnaturalismo. Es natural, pues, que los planteamientos positivistas y también la tradición marxista se hayan inclinado por ver en el Derecho, por encima de todo, una expresión de fuerza. Sin embargo, es cierto que las cosas están cambiando.

Por lo que se refiere a la tradición marxista, ésta se ha mostrado, como es sabido, algo ambigua[22]. En principio, el Derecho ha sido tradicionalmente considerado un instrumento más para perpetuar la dominación de una clase por otra. Incluso la propia ciencia del Derecho ha sido considerada un instrumento de dominación[23]. La ciencia del Derecho habría encerrado una doble dimensión voluntarista, una doble «querencia al dominio»[24]: por ser ciencia y por serlo del Derecho. Sin embargo, esta actitud parece haber ido cambiando entre las corrientes críticas, sustanciándose en un tránsito desde el uso alternativo del derecho (vigente los años sesenta-setenta) hacia el garantismo[25] (de los años ochenta-noventa)[26]. Se trata de doctrinas aparente-

[22] Quizá la actitud del marxismo frente a la filosofía de los derechos humanos sea particularmente expresiva de la ambivalencia de sus planteamientos. Vid. M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Marxismo y Filosofía del Derecho,* Fontamara, Méjico,1993, págs. 36-37.

[23] Son expresivas de esta postura las obras de J.R. Capella, *Elementos de análisis jurídico,* Trotta, Madrid, 1999 y *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado,* Trotta, Madrid, 1997.

[24] De «querencia al dominio» habla J.J. Sánchez ("Sentido y alcance de *Dialéctica de la Ilustración*», introducción a M. Horkheimer y T.W. Adorno, *Dialéctica de la Ilustración* (1969)*,* trad. de J.J. Sánchez, Trotta, Madrid, 1997 (2ª ed.), págs. 9-44, aquí pág. 12) que la refiere a la Ilustración.

[25] Como es sabido, la obra fundamental del garantismo es L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos, Rocío Cantarero, Trotta, Madrid, 1995.

[26] Sigo de cerca las consideraciones de María de Lourdes Souza, «Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica», en *Anuario de Filosofía del Derecho,* XV (1998), págs. 233-256.

mente contradictorias: el uso alternativo supone una crítica a la razón de la Ilustración, que es precisamente la reivindicada por el garantismo; el uso alternativo del Derecho se sitúa frente al Estado, los derechos y el legalismo, que son los estandartes del ideario garantista. Aquí diríamos que el uso alternativo destacaba la dimensión voluntarista del Derecho y el garantismo su dimensión racionalista. ¿Cómo explicar la «transmutación de las tesis alternativistas a las garantistas»[27]? A juicio de De Souza, existe un «mismo frente de lucha» de ambas corrientes que se explica por los cambios que el Derecho y la sociedad han experimentado en las últimas décadas. Entre tales cambios, juega un papel fundamental el tránsito desde el legalismo al constitucionalismo[28]. Este cambio fundamental ha determinado el reforzamiento de la legimitidad del Estado y, por encima de todo, de la función jurisdiccional que debe garantizarla. Lo más sorprendente de todo es que parte de la tradición crítica ha llegado a situarse en las propias filas de un virtual positivismo ideológico, la forma más extrema de legitimación del Derecho y del Estado, como es el caso en algunos planteamientos de Habermas. La actual situación resultaría inexplicable si no fuera porque responde claramente a una nueva concepción del Derecho y del Estado en clave constitucionalista, que en cierto modo desactiva la necesidad de una actitud de crítica permanente frente a ellos[29]. Por su parte, la teoría de la argumentación jurídica nació en su momento con el propósito de cubrir el déficit de legitimidad que el marxismo había abierto en los procesos de decisión jurídica[30]. Sin embargo, en su respuesta, la teoría de la argumentación jurídica

---

[27] M.L. de Souza, «Del uso alternativo del derecho al garantismo: una evolución paradójica», cit., pág. 255.

[28] Sobre el impacto del constitucionalismo en la concepción actual del derecho, vid. L. Prieto, *Constitucionalismo y Positivismo,* Fontamara, México, 1997 y el trabajo a propósito de esta obra por M.E. Rodríguez Palop en *Anuario de Filosofía del Derecho* (1998), págs. 459-464.

[29] Seguramente, la reactivación del elemento crítico externo provenga de los nuevos movimientos sociales que se han desarrollado en busca de horizontes críticos de mayor alcance expresados en las renovadas exigencias que se sustancian en la última generación de derechos. Sobre las reivindicaciones de los nuevos movimientos sociales (feminismo, ecologismo, pacificismo), vid. la Tesis Doctoral de M.E. Rodríguez Palop, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación,* Universidad Carlos III de Madrid, abril 2000, cap. III.

[30] Seguramente el caso de Finlandia resulte significativo a este respecto. Allí la crisis de legitimidad del Estado (vid. A. Aarnio, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica,* trad. de Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 35-43) reforzó la crítica marxista a la que la filosofía analítica finesa hubo de dar respuesta ya en los años setenta con una teoría del razonamiento jurídico (vid. A. Aarnio, E. Garzón Valdés, J. Uusitalo, «Introducción» a los mismos (comps.), *La normatividad del derecho,* Gedisa, Barcelona, 1997, págs. 9-13, aquí pág. 10). Sobre la vinculación de la ética discursiva, núcleo de la teoría de la argumentación de Alexy, con la cuestión de la legitimación del derecho, vid. K. Tuori, «Discourse Ethics and the Legitimacy of Law», en *Ratio Iuris,* vol. 2, nº 2 (julio 1989), págs. 125-143.

a veces parece haberse desbordado, reforzando la legitimidad del entero Derecho y haciéndose con la totalidad del fenómeno jurídico. En esto consiste la concepción del «Derecho como argumentación». En cierto modo, pues, la teoría de la argumentación requiere ser recanalizada en su función racionalizadora y legitimadora del Derecho.

¿Y qué ha sucedido con el positivismo jurídico ante el incipiente paradigma neoconstitucionalista, que refuerza la dimensión justificatoria y argumentativa del Derecho? El positivismo jurídico también ha transigido en este aspecto. El llamado positivismo débil angloamericano ha matabolizado muchas de las críticas formuladas por Dworkin, tomando como referente la situación de los actuales sistemas jurídicos constitucionalizados. En la cultura italiana de los sesenta y los sententa la «*scoperta della Costituzione*» supuso «*il fenomeno sicuramente più dirompente*»[31], un fenómeno que ha incrementado la importancia de la dimensión racionalista del Derecho frente a su dimensión voluntarista y ha incrementado la importancia del momento de la interpretación-aplicación frente al momento de la creación del Derecho. En esto se sustancian los dos giros, neoiusnaturalista y neorrealista, a los que me he referido anteriormente para caracterizar el nuevo paradigma. Sin embargo, me parece importante destacar que la sucesión de estos dos giros no supone exactamente un retorno al iusnaturalismo tradicional, que asociaba la racionalidad al momento de la creación del Derecho. Para poner de relieve cómo se ha producido me serviré muy libremente de un trabajo de Pattaro[32] sobre el papel de la racionalidad en el Derecho. Éste permite establecer rápida y esquemáticamente los términos de la cuestión. Pattaro distingue dos acepciones de racionalidad en relación con el Derecho: la razón en sentido fuerte y en sentido débil. Por otra parte distingue dos ámbitos en los que se desenvuelven: el momento de la creación y el momento de la aplicación del Derecho. En cierto modo, se trata de las variables que Lifante utiliza a la hora de criticar el paradigma positivista: dimensión justificatoria/autoritativa y creación/aplicación del Derecho. Mi intención es poner de relieve (de forma necesariamente imprecisa, porque no es posible atender a la multitud de matices que la cuestión presenta) que un planteamiento positivista no es incompatible con el reconocimiento de la dimensión racionalista o justificatoria del fenómeno jurídico que Lifante echa de menos en mi trabajo. Un planteamiento positivista es plenamente compatible con el reconocimiento de esta dimensión, pero al mismo tiempo es-

[31] L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento,* Laterza, Roma-Bari, 1999, pág. 68.

[32] E. Pattaro, «Models of Reason, Types of Principles and Reasoning. Historical Comments and Theoretical Outlines», en Ratio Iuris, vol. 1, núm. 2 (julio 1988), págs. 109-122.

tá obligado a hacerlo dentro de unos límites, de forma bien acotada. Pues bien, a juicio de Pattaro, sería posible destacar cuatro modelos a partir de las dos variables indicadas y que expongo de forma libre y sujeta a la terminología que uso y a mis propios intereses:

Modelos	**Creación del Derecho**	**Aplicación del Derecho**	**Representantes**
1. fuerte-fuerte	razón fuerte	razón fuerte	Iusnaturalismo racionalista
2. fuerte-débil	razón fuerte	razón débil	Tomás de Aquino
3. débil-débil	razón débil	razón débil	La teoría de la argumentación de los años 50
4. débil-fuerte	razón débil	razón en sentido fuerte	La «teoría estándar» de la argumentación jurídica[33]

Los dos primeros modelos refuerzan la dimensión racionalista en el momento de la creación del Derecho. El iusnaturalismo racionalista y su secularización bajo la forma del positivismo teórico de la codificación sobredimensionaron el aspecto racionalista (singularmente en su vertiente técnica) de la creación y la aplicación del Derecho y en su hiperracionalismo seguramente descuidaron la dimensión voluntarista del Derecho. El modelo fuerte-débil de Tomás de Aquino, asocia una fuerte racionalidad al momento de la creación, pero lo atenúa en la aplicación, un proceso de especificación en el que se habla más bien de razonabilidad. Según este esquema, la asociación de una racionalidad fuerte en el momento de la creación del Derecho y su estudio terminó con el advenimiento del positivismo jurídico, que sin duda destacó prevalentemente la dimensión voluntarista del Derecho. Asumiendo que el Derecho es una expresión de la voluntad de los hombres, la cuestión es conferir racionalidad a los procesos argumentativos que se desarrollan a partir de premisas jurídicas. Como es sabido, aquí surgieron dos corrientes. Por un lado, la teoría de la argumentación jurídica de autores que como Viehweg, Perelman o Recaséns entre otros, sólo concibieron la posibilidad de una racionalidad débil para la argumentación jurídica. Por otro lado, surgieron los autores de lo que representa actualmente según Atienza la «teoría estándar de la argumentación jurídica» (Alexy, Aarnio, MacCormick o Peczenik), que plantean la posibilidad de una racionalidad fuerte en el momento de la aplicación del Derecho. Cualquier positivista po-

[33] Asi denomina Atienza (*Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 132) las teorías de Alexy y MacCormick. Para una visión general de las diversas teorías de la argumentación jurídica, también vid. Neumann, U., *Juristische Argumentationslehre,* Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1986.

dría suscribir este planteamiento, es decir, afirmar que la racionalidad en el ámbito de la creación del Derecho es débil, pues se halla fundamentalmente ligada a un ejercicio de autoridad (aunque sea una autoridad democrática)[34] y que la argumentación jurídica *debe* intentar maximizar las posibilidades racionales de un sistema jurídico dado a la hora de su aplicación. Lo que el positivismo jurídico no puede admitir es el siguiente paso que la nueva concepción parece dispuesta a dar. Me refiero a, una vez consagrada una racionalidad en sentido fuerte en el ámbito de la aplicación del Derecho, expandir esta esfera de modo que se convierta ella misma en toda la extensión del Derecho: «el Derecho como argumentación». No es que el modelo débil-fuerte haya afirmado a la manera del iusnaturalismo tradicional que el sistema jurídico sea una expresión de racionalidad, de razón práctica. La teoría del Derecho implícita en el modelo débil-fuerte y en la nueva concepción afirma que el Derecho es, por encima de todo, argumentación y es a través de ella que se identifica con la racionalidad. Así funciona típicamente la teoría de Alexy (y bajo este punto de vista el esquema de Pattaro quizá sea cuestionable por lo que se refiere a los actuales desarrollos de la teoría estándar). Esto se explica incluso cronológicamente: Alexy escribe primero su *Theorie der juristischer Argumentation* y más tarde expone su teoría del Derecho en *Begriff und Geltung des Rechts*, mostrando un concepto de Derecho armónico con su teoría de la argumentación (¿sería acaso posible argumentar racionalmente con premisas irracionales?) Desde luego, el importante papel que ha adquirido la jurisprudencia constitucional en los actuales sistemas jurídicos ha reforzado intensamente esta dimensión neorrealista. Leemos en un interesante trabajo de Robert Alexy al respecto: «quien consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales –esto es, en la práctica, que sea la adoptada por el Tribunal Constitucional Federal–, habrá alcanzado lo inalcanzable en el procedimiento político usual: en cierto modo habrá convertido en parte de la Constitución su concepción sobre los asuntos sociales y políticos de la máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política»[35]. Este planteamiento supone, en efecto, reforzar el momento de la interpretación y la argumentación jurídicas y supone reforzar la dimensión justificatoria del Derecho, todo ello con unas consecuencias políticas muy relevantes que no es el caso tratar aquí. A pesar de todo, creo que es posible mantener en lo fun-

[34] Por ello exige de nuevo un limite a su ejercicio a través del control de constitucionalidad, cuya legitimidad es de carácter «argumentativo» y no democrático.

[35] R. Alexy, «Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat», en AA.VV. *Justice, Morality and Society. A Tribute to Aleksander Peczenik on the Occasion of his 60th Birthday 16 November 1997,* Juristförlaget y Lund, 1997, págs. 27-42, aquí pág. 32.

damental un planteamiento positivista, que en el fondo guarda cierta neutralidad en torno a la cuestión de la interpretación y la aplicación del Derecho[36]. El positivismo jurídico suele reconstruir el Derecho una vez interpretado y en este sentido es invulnerable frente a este planteamiento, pues precisamente presupone por obvio aquello cuyo descuido se le imputa. En este sentido, la denuncia al positivismo de su falta de consideración frente a las cuestiones argumentativas no es justa, en la medida en que simplemente puede derivarlas hacia otras áreas sin incurrir en negligencia. De no verlo así, habría que acusar a los lingüistas cuando no se ocuparan de las cuestiones de política lingüística y a los físicos que no se preocuparan por los usos militares de la tecnología nuclear. Sin embargo, no se puede negar que no es bueno que los autores del positivismo jurídico simplemente guarden silencio ante tales denuncias.

8. ¿Qué hacer? La tesis de la disposición

Creo que Isabel Lifante tiene razón cuando viene a sugerir que el positivista de nuestros días no puede permanecer impasible frente a la relevancia que adquiere la argumentación jurídica, ni puede quedar indiferente ante el reforzamiento que la dimensión racionalista del Derecho ha experimentado en los Estados constiucionales. Precisamente a estas exigencias pretende responder el nuevo paradigma jurídico bajo la forma de neoconstitucionalismo en el continente y de positivismo débil en la cultura jurídica angloamericana. Sin embargo, creo que el positivismo jurídico no puede ceder sin más ante la difuminación de los límites entre Derecho y aplicación del Derecho, entre teoría del Derecho y teoría de la argumentación. Naturalmente, tampoco puede ceder ante la difuminación de los límites entre Derecho y moral. ¿Qué hacer entonces? Me gustaría proponer una posible respuesta a este problema. Una respuesta que permita mantener en lo fundamental una teoría del Derecho positivista y al mismo tiempo reconocer el progresivo afianzamiento en los Estados constitucionales del momento de la aplicación del Derecho, así como de su dimensión justificatoria.

Mi argumentación aquí se estructura en dos gradas. En primer lugar, es necesario admitir la posibilidad y la necesidad de una teoría de la argumentación que funcione como una teoría normativa de la discreción judicial según la articulación propuesta de TCE1 y TCE2. Como he avanzado previamente (*supra* § 2.1) esto supone abdicar del escepticismo práctico que al-

[36] Sobre la compatibilidad entre la teoría de la argumentación y la teoría del Derecho positivista, vid. en la reciente literatura al respecto: C. Oliva Ekelund, «La teoría de la argumentación y el postivismo jurídico», en *Sobre el razonamiento jurídico,* número monográfico de la *Revista de Ciencias Sociales,* Valparaíso (Chile), núm. 45, págs. 731-765.

gunos autores, como Eugenio Bulygin o Riccardo Guastini, consideran parte esencial del positivismo jurídico. En segundo lugar, es necesario contemplar la dimensión racionalista, justificatoria, la corrección moral del sistema jurídico como una propiedad disposicional del Derecho que puede actualizarse precisamente a través de una buena teoría de la argumentación jurídica. Veámos en qué sentido la corrección moral puede ser considerada una propiedad disposicional del sistema jurídico[37].

Como es sabido, la solubilidad en el agua es una propiedad disposicional de la sal. Esto no significa que toda la sal del universo esté disuelta en agua. Sólo significa que la sal presenta la disposición a disolverse en ese líquido si se la sumerge. Es necesario, pues, que se produzcan ciertos hechos para que esta propiedad meramente disposicional sea efectiva. De manera similar, la corrección moral, la racionalidad, su aspecto justificatorio, parecen presentarse en el Derecho más bien como una propiedad disposicional. Por brevedad, me referiré a este planteamiento como la «tesis de la disposición a la corrección»[38]. Según la tesis de la disposición a la corrección, no todo el Derecho presenta corrección moral, pero sí presenta una disposición a la corrección.

El Derecho presenta una cierta disposición a la corrección en la medida en que tiene rasgos que lo inclinan hacia la corrección. Los análisis de Fuller en torno a la llamada «moral interna del Derecho» no son sino una exposición de los elementos que disponen el sistema jurídico hacia la corrección[39]. La generalidad, la universalidad, la igualdad formal, la seguridad, la publicidad, etc. son rasgos que determinan la propensión del sistema jurídico hacia la corrección. Estos rasgos no aseguran por sí solos corrección moral en el sistema jurídico. Tan sólo lo disponen a ella. El hecho de que se trate de una propiedad meramente disposicional supone que no tiene por

---

[37] Garzón Valdés concibe como disposicionales propiedades tales como la estabilidad de los sistemas políticos o la tolerancia, acudiendo para ello a la noción de propiedad disposicional elaborada por Carnap y Ryle (E. Garzón Valdés, «El concepto de estabilidad de los sistemas políticos» (1987), en *Derecho, ética y política,* Centro de Estudios Constitucionales, págs. 573-609, aquí págs. 577-580 y «No pongas tus sucias manos sobre Mozart» Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia"(1992), ibidem, págs. 401-415. Últimamente ha recurrido a la noción de propiedad disposicional Daniel Mendonça al objeto de caracterizar la vigencia de las normas jurídicas siguiendo a Bulygin (D. Mendonça, *Interpretación y aplicación del derecho,* Universidad de Almería, 1997, págs. 69 ss.).

[38] Sigo aquí un argumento que utilizo en mi trabajo cit. «La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo».

[39] La moral interna del Derecho es una moral de aspiración según Fuller (*The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1964), esto es, define un horizonte ideal al que tender en mayor o menor medida. Sobre esta cuestión, vid. Recientemente R. Escudero Alday, *Positivismo y moral interna del Derecho,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 383 ss.

qué darse efectivamente, sino que se halla en un estado de latente. Por esta razón sólo se actualiza bajo ciertas circunstancias. Esto supone la plena compatibilidad con el positivismo jurídico. Según la tesis positivista de la separación, la corrección moral es una propiedad contingente del Derecho. Según la tesis de la disposición, la corrección moral es una propiedad disposicional del Derecho.

Ahora bien, ¿bajo qué circunstancias se actualiza esta disposición a la corrección? Aquí entra en juego la necesidad de presuponer como posible una teoría de la argumentación jurídica. Sólo si se presupone la posibilidad de una teoría de la argumentación jurídica que actualice el potencial argumentativo del Derecho, es posible mantener la tesis de la disposición. El Derecho presentaría un potencial argumentativo que habría de ser actualizado por una teoría de la argumentación jurídica. Fenómenos como el positivismo inclusivo o el nuevo paradigma neoconstitucionalista responden precisamente a la evidencia que adquiere esta disposición a la corrección en los sistemas jurídicos constitucionalizados. Las cláusulas que consagran valores como la justicia, la igualdad o la libertad en los sistemas jurídicos suponen un potencial argumentativo que refuerza poderosamente la disposición del Derecho hacia la moral a través de una adecuada teoría de la argumentación. Esto tiene lugar en un plano estructural y en un plano sustantivo. En el plano estructural o funcional, la forma de principios de estas normas exigen una teoría de la argumentación jurídica. En el plano sustantivo, su propio contenido invoca una teoría de la argumentación que articule su aplicación al caso concreto. Estas cláusulas lanzan la argumentación jurídica hacia la argumentación moral. La tesis del caso especial cobra así un sentido muy importante en los actuales sistemas jurídicos, pero nada impide que el positivismo jurídico se mantenga incólume en el hecho de que precisamente la mera disposición hacia la corrección moral del Derecho no garantiza su efectiva corrección moral, cuya ausencia viene implícita en la propia idea de disposición, de propensión hacia lo que efectivamente no se tiene o conceptualmente no se tiene por qué tener.

En suma, lo que aquí se propone es una armonización de la teoría alexiana (que goza de un trasfondo positivista, de un positivismo latente a pesar de todo) con la tradición positivista. La teoría de la «idea del Derecho» o la propia noción de «optimización» en la aplicación de los principios que aparecen en el aparato argumentativo de Alexy indican en realidad la propensión del Derecho hacia un ideal al que sólo una correcta teoría de la argumentación puede dar cumplimiento en alguna medida. Nada de esto parece incompatible con un planteamiento positivista en la medida en que la propia noción de «ideal» presupone una realidad no ideal.

Seguramente una buena teoría sea aquélla que logra optimizar los recursos epistémicos de los que disponemos o que valoramos y en este sentido, insisto, me parece que la articulación de una teoría de los sistemas estricta con una teoría de la argumentación amplia puede proporcionar una buena optimización de claridad y ambición explicativas. La reiterada acusación de insuficiencia o «reduccionismo» de la teoría positivista estricta sólo sería de recibo en ausencia de una teoría de la argumentación que guiara al operador jurídico en los casos difíciles, dicho de otra forma, en ausencia de una teoría normativa de la discreción judicial, lo cual no ha de ser necesariamente el caso. No es cierto que ser positivista implique necesariamente «no dar cuenta» de la racionalidad jurídica. El positivista simplemente puede derivar las cuestiones argumentativas hacia una teoría de la argumentación jurídica que actualice la disposición a la corrección que pueda presentar el Derecho. Creo que existe un prejuicio antipositivista latente en la crítica de Lifante y de otros autores que se expresa en las siguientes palabras de Josep Aguiló, con quien nuestra autora (pág. 716) guarda una especial sintonía: «las mejores teorías del orden jurídico tienden a suministrar una imagen empobrecida del método jurídico y las mejores teorías del método tienden a ignorar o a minusvalorar el problema del orden jurídico»[40]. Es posible que el diagnóstico responda a la realidad histórica. Puede (por seguir con la *imagen* de las *imágenes* que reitera Aguiló en su obra[41]) que la imagen del Derecho como sistema jurídico y la imagen del Derecho como argumentación hayan *tendido* normalmente a discurrir separadas a lo largo de la historia del pensamiento jurídico, pero no hay razones conceptuales que apoyen esa situación. Es perfectamente posible articular una teoría del sistema jurídico con una teoría de la argumentación. Para ello, quizá sea mejor abandonar la *imagen* de las dos *imágenes* del Derecho para hablar de la posibilidad de una *secuencia de imágenes* del Derecho y de estudiar el Derecho en consecuencia: a través de la articulación de una teoría del Derecho que nos procure la imagen del Derecho y una teoría de la argumentación que nos facilite luego la imagen de cómo puede y debe llegar a ser. Cabría hablar no tanto del «Derecho como argumentación» cuanto del Derecho para y por la argumentación.

Mientras los términos de la discusión se enmarquen en un paradigma presidido por la dialéctica entre positivismo y no positivismo (o iusnaturalismo), parece posible y conveniente mantener una postura básicamente positivista, sin que ello comporte desatender ciertas cuestiones normativas.

---

[40] J. Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico),*cit., pág. 184.

[41] Por ejemplo, J. Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, cit., pág. 183.

Una cuestión bien distinta (y seguramente fructífera) se plantería si lo que se quiere afirmar desde el antipositivismo no es tanto una crítica al positivismo, cuanto una crítica a la propia dialéctica entre positivismo y no positivismo en la medida en que nos hallamos ante un nuevo paradigma que priva de sentido a los propios términos de la discusión. Sin duda, este extremo resulta del máximo interés, pero esto supondría rebasar los propios límites del debate para comenzar uno nuevo.

LA CIUDAD COMO FORMA DEL PENSAMIENTO

(Notas sobre los principios de la participación en la actuación urbanística)

María José González Ordovás
Universidad de Zaragoza

1. Notas sobre la evolución del sistema urbanístico español cuya originalidad consiste en ser fiel a sus orígenes

La tendencia que lleva a la transformación del ciudadano en cliente resulta especialmente importante en el ámbito del urbanismo. Más que como pez en el agua, el ciudadano (en su calidad de vecino) se halla ante la complejidad del derecho urbanístico como pez en la red. En un contexto en que la vida en la ciudad se mide, cada vez más, por sus resultados económicos, la colaboración de lo público y lo privado se entiende como una cooperación de la Administración (local sobre todo) y las empresas articulada, fundamentalmente, en torno a los llamados planes estratégicos urbanos.

Siendo la nuestra una sociedad urbana, por un lado, y la sociedad del evento como celebración, por otro, resulta más bien coherente que parte del desarrollo urbano esté siendo confiado a estrategias de choque (como, por ejemplo, juegos olímpicos, exposiciones universales...) capaces de revitalizar, e incluso, lanzar o relanzar a nivel internacional una ciudad. Pero para ello ha sido necesario que nuestro urbanismo, política de ordenación de la ciudad dirigida a «determinar el cómo, cuándo, y dónde deben surgir o desarrollarse los asentamientos urbanos»[1], haya conocido diversas reformas y transformaciones a lo largo del tiempo. Y, de hacer caso a Bergamín, «la reforma no es lo que forma sino lo que deforma».[2]

Las consideraciones sobre los cambios normativos que desde la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 hasta la ley 6/1998, de 13 de abril sobre Régimen del Suelo y Valoraciones ha conocido este país

[1] STC 61/1997 de 20 de marzo, F.J. 6.a)

[2] José Bergamín. *El cohete y la estrella* (*Afirmaciones y duda aforísticas, lanzadas por elevación*), Madrid, Cátedra, 1984, pág. 79.

pasan necesariamente por el lugar asignado a las instancias públicas y a la iniciativa privada en el deliberado entramado de la política urbana, lo cual es casi tanto como decir de la política. Y ello sin olvidar la complejidad que resulta del sistema autonómico y la consiguiente asignación de competencias establecida por la Constitución y que en el caso del urbanismo ha derivado en una situación que algunos han calificado como «el aquelarre jurídico-constitucional de la sentencia 61/97 de 20 de marzo, justo castigo al babélico trabajo de los juristas y pistoletazo de salida para la anarquía normativa que sin duda aprovecharán, ya lo están haciendo, los economistas para tomar el relevo inspirador con la receta milagrosa, el libre mercado».[3] En ese sentido, basta con ver la Ley 7/1997, de medidas liberalizadoras del mercado de suelo.

Como ha quedado apuntado, nuestro recorrido comienza con la L.S. del 56 y no hay nada de erróneo en ello. De aquella norma arranca la construcción básica del estatuto urbanístico del derecho de propiedad que ha perdurado hasta hoy pese a los diversos cambios legislativos, entre los que destaca, obviamente, la promulgación de la Constitución del 78. Es a partir de ese momento cuando se sitúa el aprovechamiento urbanístico (determinación del uso del suelo y fijación de la intensidad del mismo) fuera de la disposición del propietario debido a la consideración de la propiedad inmueble como un bien de interés público urbanístico.

En otras palabras, es la Ley del 56 la que asienta el principio de que el propietario sólo podrá ejercer el *ius aedificandi* conforme a lo establecido en la legislación y el planeamiento tanto en lo relativo a la cuantificación de la edificación cuanto respecto al tempus, el momento del ejercicio. Es ésta una alteración radical por el abandono de la concepción plena del derecho de propiedad sobre el bien inmueble (tierra o suelo) consagrada en el art. 350 del Código Civil y por la transformación de todo el ámbito material de la actividad urbanística en una función de carácter público.

El desarrollo de la nueva concepción que mediante el planeamiento urbanístico se ha fomentado hasta hoy se basa en la clasificación del suelo. Inicialmente todo el territorio nacional se dividió en suelo urbano, de reserva urbana o rústico dependiendo de dicha clasificación el contenido mismo del derecho de propiedad. Sin embargo, y aun cuando la LS 56 ha sido calificada unánimemente por la doctrina como «el suceso más importante en toda la historia del Derecho urbanístico español» (por encima incluso de la

[3] Ramón Parada, «Urbanismo de obra privada versus urbanismo de obra pública», en Enrique Gómez-Reino y Carnota (Dir.), *Ordenamientos urbanísticos. Valoración crítica y perspectivas de futuro. Jornadas internacionales de Derecho Urbanístico,* Madrid, Marcial Pons, 1998, pág. 46.

propia Constitución), la falta de desarrollo reglamentario del texto legal y la propia evolución de la práctica urbanística posterior impidieron que la norma desplegara sus pretendidos efectos, primando los pingües beneficios económicos garantizados por la concesión de licencias sobre cualquier supuesto de coordinación entre crecimiento y paisaje urbano.

Así, «la mayor parte de los ayuntamientos prescindieron en la práctica de casi todas las exigencias del nuevo sistema». En la relación de irregularidades e ilegalidades hallamos otorgamientos de «licencias de construcción con autorización de altura superior a la correspondiente, sea de forma directa o previa modificación de las ordenanzas, por acuerdo municipal sin sanción posterior, o bien por la declaración de "edificio singular", unilateralmente, sin la preceptiva aprobación del órgano central. Esta práctica (...) fue defendida (una y otra vez) por alcaldes, sector privado y cierta prensa de la época».[4] Es también bastante fácil encontrar edificaciones sobre suelo de reserva urbana, esto es, fuera del casco y sin la redacción previa y prescriptiva del correspondiente Plan Parcial habilitante. Hasta tal punto la ocupación de ese suelo contiguo fue constante que la edificación fue eliminando «toda posibilidad de reservar espacios para las dotaciones que el plan parcial hubiera hecho posible: zonas verdes, escuelas, aparcamientos, etc.»[5]

Pero no sólo los Ayuntamientos, también «el propio Estado demostró que no consideraba prioritario el cumplimiento de su propio planeamiento».[6] Resultado del peso específico de los falangistas en una primera etapa y de su apoyo a un nuevo y revolucionario concepto de la propiedad del suelo, la ley iba a conocer, sólo un año después, con el ascenso de los tecnócratas al poder y el consabido desplazamiento de los falangistas, uno de sus mayores frenos. Es así como «se prescinde de anteriores ideales de destino imperial en favor de un modelo de incremento cuantitativo al estilo de los países capitalistas del área occidental».[7]

Ese es también el criterio del Banco Mundial, en cuyo informe se dice que «el gobierno ha señalado que su objetivo principal estriba en lograr la tasa de crecimiento máxima para la economía nacional, y que el desarrollo regional debe ser estimulado únicamente cuando no se interfiera en aquel objetivo». A lo que el informe añadía, en una indudable muestra de respal-

---

[4] Fernando de Terán, *Planeamiento urbano en la España contemporánea* (1900/1980), Madrid, Alianza Universidad, 1982, pág. 462.

[5] Fernando de Terán, *Ibídem,* pág. 463.

[6] María José González Ordovás, *Políticas y estrategias urbanas. La distribución del espacio privado y público en la ciudad,* Madrid, Fundamentos, 2.000, pág, 246.

[7] María José González Ordovás, *Ibídem,* pág. 247.

do institucional, que «semejante criterio proporcionará, indudablemente, el máximo beneficio al pueblo español».[8]

Después de aquello habrá que esperar hasta la ley 19/1975, de 2 de mayo, que dio lugar a la promulgación por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, del texto refundido de la ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (LS 76). Pero para entonces, como se refleja en la Exposición de Motivos de la ley del 75, el mal ya estaba hecho:

«El examen de la situación urbanística española permite concluir que, a pesar de los esfuerzos de gestión desarrollados en los últimos años y de las cuantiosas sumas invertidas para regular el mercado del suelo, el proceso de desarrollo urbano se caracteriza, en general, por la densificación congestiva de los cascos centrales de las ciudades, el desorden de la periferia, la indisciplina urbanística, los precios crecientes e injustificados del suelo apto para el crecimiento de las ciudades».

Sin embargo, y a pesar de ello, «se mantienen los mismos principios y el mismo fracasado estatuto de la propiedad de la Ley del Suelo del 56 con algunos retoques». Retoques como la discreta participación del municipio en la plusvalía urbanística, ya que la ley le otorga el 10% del aprovechamiento medio del sector, o el rescate del urbanismo de obra pública a través del urbanismo concertado. Rescate tímido a decir verdad, pues aunque a través de los Programas de Actuación Urbanística las obras de urbanización pueden desarrollarse por concesión o por las propias Entidades locales o urbanísticas especiales, cuando las asuman de forma directa, lo cierto es que «los propietarios de suelo urbano y urbanizable siguen protagonizando en la ejecución de los planes el proceso urbanizador a través del sistema de compensación» que ahora se declara preferente.[9]

El sistema normativo urbanístico se mantuvo a salvo, incluso, tras la Constitución del 78, y ello, fundamentalmente, por dos motivos. Primero, porque, «lejos de determinar una inconstitucionalidad material sobrevenida» de la normativa vigente, «le proporcionó cobertura *ex post,* en la medida en que su artículo 33, después de garantizar el derecho de propiedad, especifica claramente que la función social de tal derecho delimita su contenido de acuerdo con la ley».[10] Y, además, porque, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 148.1.3° de la Constitución en virtud del cual las Comunidades Autónomas, de cualquier nivel, podían asumir competencias en ma-

---

[8] Resumen del Informe del Banco Mundial sobre España, Servicio Informativo Español, Madrid, 1963.

[9] Ramón Parada, *Ibídem, pág. 69.*

[10] Luciano Parejo Alfonso y Francisco Blanc Clavero, *Derecho urbanístico valenciano,* 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, *1999, págs. 152 y 153.*

teria de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda», como efectivamente lo fueron haciendo todas ellas, con carácter de exclusividad no hubo alteraciones materiales. Y es que, «dentro de ese sistema competencial ninguna Comunidad Autónoma, hasta la ley valenciana de 15 de noviembre de 1994, intentó sustituir ese ordenamiento urbanístico estatal». [11]

En realidad, la segunda gran reforma de la Ley del Suelo no se produce hasta 1990 con la ley 8/1990, de 25 de julio, en cuya Exposición de Motivos el legislador reconoce que el incremento del precio del suelo «excede de cualquier límite razonable en muchos lugares, que repercute en los precios finales de la vivienda y, en general, en los costes de implantación de las actividades económicas» hasta tal punto que «el respaldo que ofrece el ordenamiento jurídico vigente» es de todo punto ineficaz. Las causas de tal ineficacia oscilan tanto como lo hace la concepción que del Estado mantienen los autores.

Los hay que sostienen que la reforma iniciada en 1990 y que culmina con la aprobación del texto refundido de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (TRLS) aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, trajo «más de lo mismo, al insistir en la atribución desigual de las plusvalías urbanísticas a los propietarios según las diversas clases de suelo, y al concebir, una vez más, el proceso urbanizador fundamentalmente como obra privada y no como obra pública, aunque ahora se pretenda menos lucrativa y, además, obligatoria».[12]

Otras opiniones, en cambio, permiten presagiar el auge perentorio de propuestas más liberales (neoliberales en realidad). En ese contexto se enmarcaría, por ejemplo, el Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia de 1993 *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios,* donde se compara la legislación urbanística española con el «efecto de la normativa "anti-propietarios" establecido en la Unión Soviética durante setenta años». O las opiniones vertidas por representantes cualificados del Gobierno a cuyo parecer «el proceso legislativo español de "sobrecargas" y deberes crecientes a la propiedad ha sido el más intenso y extenso de todos los modelos europeos, alcanzando cotas de intervencionismo y obligaciones que espantan siquiera pensarse cuando se cuenta el caso español en otras latitudes». La estimación es que la reforma de 1990 «ha perdido la oportunidad histórica de enderezar el error que no supo enmendar la reforma de 1975, al

[11] Eduardo García de Enterría, «El derecho urbanístico español a la vista del siglo XXI», en Enrique Gómez-Reino y Carnota (Dir.), *Ordenamientos urbanísticos. Valoración crítica y perspectivas de futuro. Jornadas internacionales de Derecho Urbanístico,* pág. 12.

[12] Ramón Parada, *Ibídem,* pág. 70.

no atreverse a conducir al urbanismo español a la esfera de la producción industrial capitalista avanzada.»[13]

Lo que inicialmente sólo habían sido recomendaciones al legislador tardaron poco en concretarse como iniciativas del ejecutivo. Nos referimos al Decreto-ley 5/1996, de 7 de junio, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y colegios profesionales, convalidado por el Congreso de los Diputados y después tramitado como Ley 7/1997, de 14 de abril. Medidas que, con la supresión de la distinción entre suelo urbanizable programado y no programado y la consiguiente unificación de ambas como suelo urbanizable, pretendían aumentar la oferta del suelo abaratando así el precio del mismo. Aunque fuere «a costa de renunciar nuevamente al control del desarrollo urbanístico».[14] En cualquier caso, «su alcance ha sido, sin embargo, escasísimo dada la situación de extraordinaria confusión generada por la sentencia 61/1997, de 20 de marzo, dictada por el Tribunal Constitucional».[15]

Ciertamente, referirse a un pretendido «modelo urbanístico español» después de la aparición de dicha sentencia es, como mínimo, «arriesgado».[16] La célebre sentencia del Tribunal Constitucional acumula varios recursos de inconstitucionalidad interpuestos por algunas Comunidades Autónomas contra la Ley de 1990 sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo junto a otros recursos de inconstitucionalidad también procedentes de algunos gobiernos Autonómicos frente al Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992 (Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992) y resuelve. El Constitucional estima los recursos y declara inconstitucionales las normas urbanísticas vigentes hasta ese momento (Ley del 90 y Texto Refundido del 92). Esto es, decide desmantelar el ordenamiento urbanístico sumiendo la política urbana en «el más espantoso caos».[17]

En su interpretación de los artículos 149.1.1 y 148.1.3 de la Constitución, el Estado no puede dictar normas en materia urbanística ya que todo

---

[13] Javier García-Bellido (Subdirector General del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente), «Génesis de los problemas urbanísticos estructurales para una política inviable de suelo en España» en VV.AA., *La política del suelo en el siglo XXI. ¿Intervención o lberalización? XIX Curso monográfico de estudios superiores de urbanismo,* CEMC1, Granada, 1995, págs. 194, 195 y 207.

[14] Ramón Parada, *Ibídem,* pág. 74.

[15] Fernando E. Fonseca Ferrandis, *La liberalización del suelo en España. Presupuestos y marco jurídico-constitucional,* Madrid, Marcial Pons y Universidad Carlos III, págs. 162 y 163.

[16] Julio C. Tejedor Bielsa, «Propiedad, urbanismo y estado autonómico», *Revista de Administración Pública,* n° 148, (1999), pág. 393.

[17] Tomás-Ramón Fernández, «Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas», en Enrique Gómez-Reino y Carnota (Dir.), *Ordenamientos urbanísticos,* pág. 89.

lo relativo a la ordenación de la ciudad compete de forma exclusiva a las Comunidades Autónomas y a los Municipios. En cambio, sí puede el Estado «señalar los parámetros fundamentales, derivados del establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de la propiedad urbana» (estatuto jurídico de la propiedad y del propietario). Así las cosas, se establece la vigencia provisional de la Ley del Suelo en su versión de 1976 aunque con carácter estrictamente provisional, sólo hasta que las Comunidades Autónomas promulguen su propia normativa al respecto.

Pero el laberinto urbanístico aún no se había cerrado; aún no habían pasado dos meses de la S.T.C. 61/1997 cuando, en aplicación de sus títulos competenciales, el gobierno aprobó un proyecto de Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones que tras su tramitación parlamentaria se convirtió en la Ley 6/1998, de 13 de abril (LRSV). En ausencia de un necesario análisis del estado de la cuestión y en clara continuidad con las medidas liberalizadoras de junio de 1996, «se pretende producir una "inflexión" en el modelo establecido (...) con finalidad flexibilizadora y liberalizadora.[19] Así por ejemplo, invirtiendo el principio hasta entonces imperante, el artículo 15 de la ley permite «el desarrollo urbano de cualquier porción del territorio no expresamente protegida otorgando a los propietarios del suelo urbanizable el derecho a promover su transformación, no la obligación a hacerlo, instando de la Administración la aprobación del correspondiente planeamiento de desarrollo».[20]

Como resulta evidente, «la nueva ley (...) elimina los excesivos controles públicos del proceso urbanizador y edificatorio que estableció la ley 8/1990 (...) y vuelve a un sistema precedente a la Ley del Suelo de 1956, en el cual el propietario del suelo es el protagonista, prácticamente absoluto, del desarrollo urbano, quedando obligada la Administración a concretar con él la realización del mismo».[21] Sea como fuere, la incidencia de la ley será más bien poca, ya que, en virtud de la demoledora sentencia de 20 de marzo del 97 del T.C., son las Comunidades Autónomas las encargadas de definir su respectivo modelo urbanístico cuyo denominador común viene da-

---

[18] Julio C. Tejedor Bielsa, *Ibídem,* pág. 401 y «El Derecho Urbanístico y la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 de 20 de marzo», *Revista Aragonesa de Administración Pública,* n° 10 (1997), págs. 315- 320.

[19] Luciano Parejo Alfonso, «El ordenamiento de la ordenación territorial y urbanística» en Enrique Gómez-Reino y Carnota (Dir.), *Ordenamientos urbanísticos. Valoración crítica y prespectivas de futuro,* pág. 123.

[20] Julio C. Tejedor Bielsa, *Propiedad, equidistribución y urbanismo. Hacia un modelo urbanístico,* Pamplona, Aranzadi, pág. 359.

[21] Julio C. Tejedor Bielsa, *Propiedad, urbanismo y estado autonómico,* pág. 433.

do por el estatuto jurídico de la propiedad del suelo establecido por el Estado central.

2.- Sobre la partipación ciudadana en la construcción del sistema urbanístico

El repliegue de la presencia pública en la actividad urbanística ni ha sido homogéneo en los modelos autonómicos ni se ha traducido en un protagonismo análogo de la iniciativa privada y de la participación ciudadana en la misma. Empecemos por el final. Resulta, cuando menos, llamativa la escasa preocupación que legislador y doctrina especializada han mostrado por el reducido margen de colaboración ciudadana previsto por la normativa urbanística, en cierto modo compensado por el indubitado respaldo de la jurisprudencia.

El vecino del núcleo urbano, principal interesado en el desarrollo de su entorno más próximo, tiene ocasión de intervenir en el diseño urbano en dos momentos distintos, exigiendo ambos una cualificación técnica considerable. Por una parte, el ciudadano puede decidirse a cooperar en el complejo procedimiento administrativo de elaboración del planeamiento urbanístico en la fase de información pública.

De esta primera posibilidad participativa advertimos dos posturas bien diferenciadas. La del Tribunal Supremo, por un lado, al haber mantenido en su línea jurisprudencial un claro respaldo a dicha participación y, por otro lado y alejada de la anterior, la de alguna legislación autonómica, y sería el caso de la valenciana, que ha reducido las garantías de la misma respecto al conjunto del Estado. Sirva como ejemplo de la mencionada línea jurisprudencial la dicción literal de la STS de 9 de julio de 1991 [22]:

> «El planeamiento es una decisión capital que condiciona el futuro desarrollo de la vida de los ciudadanos, al trazar el entorno determinante de un cierto nivel de calidad de vida. En otro sentido, integra una intensa regulación de la propiedad privada (...) De aquí deriva ya la trascendental importancia del procedimiento de elaboración de los planes, precisamente para asegurar su "legalidad y acierto y oportunidad" (art. 129 de la LPA). Entre sus trámites destacan aquellos que tienden a lograr la participación ciudadana, ya prevista en el art. 4.2° del Texto Refundido (de 1976) y ampliada por el Reglamento de Planeamiento».

Y, como dice el actual presidente del TS (y, por ende, del CGPJ), Javier Delgado Barrio, si esto ya «era así antes de la Constitución, hoy resulta seriamente reforzada tal participación ciudadana por virtud de lo establecido

[22] A la misma podrían añadirse, entre otras, las sentencias de 11 de julio, 4 de noviembre, 1 y 22 de diciembre de 1986, 18 de septiembre de 1987, 28 de octubre de 1988, 30 de enero, 24 de julio y 28 de dicembre de 1989, 13 de marzo, 30 de abril y 30 de octubre de 1990, 12 de febrero y 11 de marzo de 1991.

en los artículos 9.2 y 105.a) de la Norma Fundamental: la intervención de los ciudadanos contribuye a dotar de legitimidad democrática a los planes (...) El principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) ha de intensificar la importancia de los trámites que viabilizan aquella participación.» [23]

Por su parte, la ley 6/1994 LVRAU de la Comunidad Autónoma Valenciana, que «organiza y articula en un ordenamiento coherente, en calidad de norma cabecera de grupo, el conjunto de normas autonómicas»[24], establece en el artículo 38 los trámites de consultas y acuerdos previos entre Administraciones y entidades representativas de los colectivos ciudadanos aplicables a los Planes de Acción Territorial, Planes Generales, Planes Especiales, Catálogos de Bienes y Espacios Protegidos (si se tramitan como instrumentos de planeamiento independiente), así como a los Planes y Programas promovidos por la administración supramunicipal. Sin embargo, y aunque es preceptivo hacer constar en actas las reuniones, informes y sugerencias, ello sólo tendrá lugar cuando efectivamente se produzcan, ya que la omisión de tal tramitación «difícilmente podrá ser considerada vicio invalidante del procedimiento[25]. Como mucho, «claro está, la Administración que los omite habrá de soportar los perjuicios y las dilaciones que se puedan derivar en la tramitación como consecuencia de la falta de un preacuerdo sobre cuestiones fundamentales con otras Administraciones afectadas».[26]

A ello ha de añadirse que la misma ley (LVRAU) señala, constituyendo una novedad respecto a la normativa del Estado, «que no será preceptivo reiterar la información pública en un mismo procedimiento, ni aun cuando se introduzcan modificaciones sustanciales en el proyecto, bastando que el órgano que otorgue la aprobación provisional notifique ésta a los interesados personados en las actuaciones».[27] Medida que lejos de acrecentar, restringe las posibilidades de los ciudadanos a la hora de participar desdiciendo la autorizada opinión del Magistrado Delgado Barrio registrada en la jurisprudencia del TS en interpretación literal de la ley, según la cual: «si el texto sometido inicialmente a información pública es objeto, después, de una modificación que altera profundamente su sentido real, esta nueva redacción no habrá sido ofrecida a las alegaciones de los ciudadanos, lo que

---

[23] Javier Delgado Barrio, El *control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico,* Madrid, Civitas, 1993, pág. 60.

[24] Luciano Parejo Alfonso, *Derecho urbanístico valenciano,* pág. 241.

[25] Luciano Parejo Alfonso, *Ibídem*, pág. 311.

[26] Luciano Parejo Alfonso, *Ibídem*, pág. 311.

[27] Luciano Parejo Alfonso, *Ibídem*, pág. 312.

implica la necesidad de abrirles un nuevo plazo cuando se hayan introducido "modificaciones sustanciales" en el texto original»[28]. Hasta ahí el débil papel de los vecinos en la fase de elaboración y aprobación del plan, cuya concreción y exigencias técnicas quedan recogidas en la ley de forma detallada.

Queda aún otra posibilidad de participar en la acción pública de control del planeamiento una vez aprobado y publicado éste. Y es que, siendo los Planes normas jurídicas de rango reglamentario[29] y habiendo garantizado la Constitución española la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3°), el particular puede en sede jurisdiccional contencioso-administrativa impugnar directa o indirectamente los instrumentos del planeamiento, en justa aplicación del artículo 106 de la Constitución así como del 235 del Texto Refundido de 9 de abril de 1976 (hoy de nuevo vigente, tras la sentencia del TC de 20 de marzo de 1997, aunque con carácter transitorio).[30] O, lo que es igual, llevar a los tribunales el plan propiamente dicho de cuya legalidad se duda o, en su caso, los actos jurídicos resultantes de la aplicación del mismo. Pese a su complejidad, este mecanismo puede resultar el único viable en caso de que la Administración, en uso del reconocido «ius variandi», modifique los planes urbanísticos ya aprobados o añada a los mismos normas de desarrollo correspondientes a un plan inferior, puesto que, en definitiva, estamos hablando de la alteración de normas jurídicas por parte de quien las creó.[31]

Existe, junto a la mencionada anteriormente, otra particularidad del modelo urbanístico valenciano: el Programa de Actuaciones Integradas (PAI). La legislación valenciana opta por la creación de un sistema único de ejecución y gestión del planeamiento consagrando el modelo de urbanismo concertado al hacer concurrentes a la instancia pública y a la iniciativa privada empresarial. En concreto, el denominado agente urbanizador (público o privado) será el encargado de suscribir un convenio con la Administración, una vez aprobado el Programa de Actuación Integrada, en el que «concreta sus compromisos y obligaciones para con la gestión y urbanización de los terrenos». «El peso de la reforma y la esperanza de la Ley está en la iniciativa empresarial privada (...) (puesto que) la Ley pretende abrir a los empresarios privados la posibilidad de instar propuestas de desarrollo de ac-

---

[28] Javier Delgado Barrio, El *control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico,* pág. 61.

[29] STS de 1 de junio de 1987, fundamento jurídico 3°.

[30] Art. 106 de la C.E. «1.- Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines de la justicia".

[31] STS de 7 de noviembre de 1988, fundamentos jurídicos 2° y 6° y STS de 27 de marzo de 1991, fundamento jurídico 2°.

tuaciones que integran entre sí la programación de los terrenos, la reforma simultánea de los planes que la hacen posible, la gestión y la urbanización». Y es que el criterio predominante ya no va a ser, como antes, «el jurídico de la ejecución del Plan, sino el económico de su rentabilidad.[32]

En la práctica, y con carácter general, el del Derecho Urbanístico es uno de los ámbitos jurídicos donde más incide la complejidad y la transformación social y, quizás por ello, donde con mayor frecuencia se opta por una aplicación selectiva de la norma, esto es, «la utilización o uso estratégico del Derecho. Situaciones en las que se aprecia el desarrollo considerable de la actuación informal (...) así como la generalización de la tolerancia de situaciones irregulares o ilegales y la inactividad de la Administración». Todo lo cual «está desvalorizando seriamente la comprensión de la ordenación urbanística, su ejecución y el control de su observancia desde las instituciones establecidas por la Ley».[33]

3.- El urbanismo no es sólo cuestión de normas

El urbanismo no es sólo cuestión de normas, acaso y desde cierto punto de vista, cada vez lo sea menos. De hecho, parece haberse convertido «en una nueva variante del Despotismo Ilustrado (aunque estos déspotas no hayan resultado ser demasiado ilustrados) que ahuyenta la participación pública: todo por la ciudad, para la ciudad, pero sin los ciudadanos. Sin embargo, ello no obsta para que, en los últimos años, la práctica urbanística haya desplegado nuevas fórmulas de desenvolvimiento más acordes con el contexto de desregulación generalizado al que asistimos, "desembarazándose" de algunas de las prácticas más tradicionales».[34]

A medio camino entre la planificación en sentido clásico y la desregulación, la llamada planificación estratégica se ha hecho en nuestro país con un espacio propio al cobijo de un poderoso argumento: a problemas nuevos, instrumentos nuevos. Si bien es verdad que «originariamente, las ciudades que empezaron a reflexionar en términos estratégicos sobre su desarrollo lo hicieron inducidas por problemas económicos generalizados (San Francisco, Liverpool, Londres)»[35], en España los factores que desde mediados de

---

[32] José Mª Baño León, «Los sistemas de ejecución del planeamiento urbanístico» en Enrique Gómez-Reino y Carnota (Dir.), *Ordenamientos urbanísticos. Valoración crítica y perspectivas de futuro,* págs. 149 y 150.

[33] Luciano Parejo Alfonso, *Crisis y renovación en el Derecho Público,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 21 y 27.

[34] María José González Ordovás, *Políticas y estrategias urbanas,* págs. 279 y 280.

[35] Javier Font y Cristina Rivero, «Participación de la sociedad civil en el desarrollo estratégico urbano y territorial» en Joan Subirats (Ed.), *¿Existe sociedad en España? Responsabilidades colectivas y valores públicos,* Madrid, Fundación Encuentro, 1999, pág. 363.

los ochenta han venido propiciando esta nueva figura son diversos y heterogéneos. Destacan entre otros la «creciente complejidad e interrelación entre los problemas urbanos; la mayor incertidumbre del entorno geopolítico, económico y tecnológico; el incremento de la competencia entre ciudades y territorios; o las limitaciones de los instrumentos tradicionales de planificación» [36]

Hablamos de una planificación integral puesto que incluye acciones de tipo ecónomico, social, cultural, institucional, etc. pero no de una planificación normativa ya que no puede asignar espacios para las acciones previstas puesto que no desarrolla una regulación de los usos del suelo. Los estratégicos resultan planes especialmente atractivos por su virtud de considerar la ciudad como un todo, sin fraccionarla ni territorialmente ni desde el punto de vista competencial dado el reparto que de la misma se hace entre los diversos órganos y niveles administrativos.

La proliferación de este tipo de planes hace patente el acuerdo social alcanzado sobre la importancia de la colaboración entre los distintos agentes sociales, económicos y públicos implicados en la formación de la ciudad, siempre inconclusa. Sin embargo, el modelo incorpora al habitante más en su calidad de cliente que en la de ciudadano. De hecho, la denominada cooperación público-privado hace referencia, en buena medida, a la cooperación entre instituciones públicas y empresas «en la definición de estrategias de futuro (...) como única forma de lograr con éxito determinados objetivos de inversión privada y de coherencia y continuidad de la acción pública a largo plazo».[37]

Lo cual no ha resultado indiferente en la valoración global del conjunto de los planes estratégicos puestos en marcha en España tras el renombre conseguido por la Barcelona olímpica, y es que la mayor parte de los mismos «han puesto el énfasis en los aspectos de competitividad económica, sin prestar gran atención a la vía del desarrollo sostenible.[38] No es de extrañar, pues a la postre el mundo empresarial es el origen de esta modalidad planificadora [39]. Pero sería del todo injusto, por incierto, extender homogénea e indiscriminadamente dicha afirmación sin hacer la salvedad de planes entre cuyos objetivos prioritarios destacan la cultura: Córdoba; la calidad de vida: Málaga, Guipúzcoa, Barcelona, Girona, Alcobendas y Elche; o el medio ambiente: Elche o Valencia.

---

[36] Romá Pujadas y Jaume Font, *Ordenación y planificación territorial,* Madrid, Síntesis, 1998, pág. 365.

[37] Javier Font y Cristina Rivero, *Ibídem,* pág. 381.

[38] Javier Font y Cristina Rivero, *Ibídem,* pág. 393.

[39] Romà Pujadas y Jaume Font, *Ibídem,* pág. 369.

En una planificación tan flexible como ésta, el papel desempeñado por el tercer sector, esto es, la acción voluntaria privada, va a depender del concreto equilibrio de poderes existente en la ciudad en cuestión. La mayor o menor conciencia ciudadana de la repercusión global que cada proyecto va a desplegar en su ciudad o entorno va a ser determinante. Y, sin embargo, a día de hoy, intentar articular esa participación es, un poco, navegar contra corriente. «Vehicular el ejercicio de la ciudadanía a través de movimientos sociales y grupos intermediarios es algo que se desecha cada vez más considerándolo política de intereses especiales». [40] La calificación como grupo de interés especial a un grupo ciudadano responde a una clara intención desprestigiadora. «El que pueda representar "sólo a algunos" pero no a todos hace a un grupo "especial" privándole con ello de legitimidad». [41] De nuevo aquí la ciudad se muestra como reflejo de la política de un Estado en cuarto menguante cuya reformulación neoliberal da paso a una ciudadanía como conjunto de derechos pero individualizada y mercantilizada primando la eficiencia económica sobre el compromiso político. De nuevo aquí, pensar la ciudad es pensar el pensamiento.

[40] Jane Jenson y Susan D. Phillips, «De la estabilidad al cambio en el derecho de ciudadanía canadiense» en Soledad García y Steven Luckes (Comps.), *Ciudadanía: justicia social, identidad y participación,* tr. José Manuel Alvarez, Madrid, Siglo XXI, pág. 102.

[41] Jane Jenson y Susan D. Phillips, *Ibídem,* pág. 102.

E N T R E V I S T A

ENTREVISTA A ROBERT ALEXY

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

Manuel Atienza: *Para empezar, me gustaría que me dieras algunos detalles sobre tu carrera académica. Por ejemplo, ¿qué fue lo que te llevó a la filosofía del Derecho? ¿Estás satisfecho con haber elegido ser un filósofo del Derecho?*

Robert Alexy: Empecé a estudiar en Gotinga en 1968. Durante todo el tiempo en que cursé los estudios completos de Derecho, estuve también matriculado en la Facultad de Filosofía. Me interesaba la filosofía. Quien estudia a un tiempo ciencia jurídica y filosofía llega pronto por sí mismo a la filosofía del Derecho. El que este interés permaneciera constante durante toda la época de estudiante tengo que agradecérselo esencialmente a mis profesores. En filosofía, tuve la suerte de encontrarme, prácticamente desde el comienzo, a Günther Patzig, con el que uno no sólo aprendía a familiarizarse con la lectura de los grandes filósofos y de la filosofía analítica, sino que aprendía también a que ambas cosas resultasen de provecho mutuo. Hacia el final de mis estudios volví a tener suerte: Ralf Dreier llegó a Gotinga. Con la decisión de escribir con él mi tesis de doctorado, «Teoría de la argumentación jurídica», hice de la filosofía del Derecho mi profesión. Siempre me he sentido satisfecho con esa decisión. Hasta el día de hoy, nunca me he aburrido con mi profesión.

M.A.: *Supongo que tu primera publicación habrá sido tu tesis de doctorado, que se tradujo a varios idiomas. Es sabido que se trata de una de las obras más influyentes en la teoría del Derecho de los últimos tiempos. Después de casi 25 años de su primera edición, ¿cúales dirías que son sus principales puntos fuertes y, si acaso, sus debilidades?*

R.A.: Hay sobre todo tres puntos a los que sigo considerando importantes después de todo este tiempo desde que apareció mi «Teoría de la argumentación jurídica». El primero es que con las decisiones jurídicas y con sus fundamentaciones se erige una pretensión de corrección. Con el transcurso del tiempo, esa afirmación la he ampliado hasta llegar a la tesis gene-

ral de que el Derecho erige necesariamente una pretensión de corrección. El segundo punto es la tesis del caso especial. Viene a decir que el discurso jurídico, por su característica vinculación a la ley, al precedente y a la dogmática, es un caso especial del discurso práctico general. Eso lleva a la doble naturaleza del Derecho. Las vinculaciones a la ley, al precedente y a la dogmática definen su carácter institucional y autoritativo. La apertura a la argumentación práctica general le añaden una dimensión ideal y crítica. La conexión entre estos dos aspectos lleva a una vinculación entre el Derecho y la moral que es algo excluido por el concepto positivista de Derecho. El tercer punto es quizás el más importante. Mackie ha defendido la tesis de que es falso que con nuestros juicios morales erijamos una pretensión de objetividad, porque no existen valores objetivos. Lo llama la «teoría del error» («error theory»; J.L. Mackie, Ethics 1977, p. 35). La teoría del discurso opone a la teoría del error la tesis de que la argumentación práctica racional resulta posible. Lo que demuestra esa posibilidad es el hecho de que se haya construido. La construcción consiste en un sistema de reglas y de formas que viene a explicitar de qué manera la razón puede ser práctica. Se constituye así una alternativa a los extremos del puro objetivismo y del puro subjetivismo.

Naturalmente, con el paso del tiempo se vuelven más claras las cosas que no se han alcanzado en un libro. Aquí quiero hacer referencia a dos de sus debilidades. La primera consiste en que la «teoría de la argumentación jurídica» presuponía todo un concepto no positivista de Derecho que sin embargo no quedaba desarrollado. Esta primera debilidad se refiere a la relación entre cuestiones que se tratan en el libro y otras cuestiones más completas o más generales. La segunda debilidad aparece cuando uno mira en el sentido opuesto, esto es, en el de los detalles de la estructura de los argumentos. El análisis lógico de la subsunción tenía un desarrollo relativamente amplio. Aquí se necesitan algunos añadidos a la luz de la teoría de la argumentación no monotónica («non-monotonic reasoning») que, sin embargo, no cambia lo que constituye el núcleo de la estructura básica de la deducción. Por el contrario, la ponderación se trataba sólo de una manera superficial. Ciertamente, hay una cierta relación de prioridad en las formas del discurso práctico general (4.6) que, sin embargo, de ninguna manera es suficiente como análisis de la ponderación. Esta debilidad muestra también con claridad que en mi tesis los principios aparecían definidos exclusivamente en un nivel de gran generalidad (cap. II, 2.3.1). Por ello, quedaba todavía oculto su verdadero carácter.

M. A.: *Hablemos un poco sobre el positivismo jurídico. Tengo ahora sobre mi mesa un libro italiano reciente, escrito por Giorgio Bongiovanni, que se titula «Teorías "constitucionalistas" del Derecho: Moral, Derecho e*

interpretación en R. Alexy y R. Dworkin»: ¿Estarías de acuerdo con la tesis de que el positivismo jurídico terminó su ciclo histórico con la implantación de esta relativamente nueva forma de organización política a la que llamamos «Estado constitucional»?

R. A.: El positivismo jurídico es una posición filosófica que seguirá estando en la discusión mientras siga habiendo debate sobre el concepto y la naturaleza del Derecho. El positivismo jurídico cae dentro del campo lógico de las posibles respuestas a la pregunta «qué es el Derecho», y nunca nadie podrá dar una respuesta bien fundada a esta pregunta sin refutar esa posición o su contraria. Por eso, cabe hablar de un significado eterno del positivismo jurídico para la filosofía del Derecho. Hay que distinguir este significado teórico para la filosofía del Derecho, al que cabe llamar significado «interno», de un significado práctico o externo del positivismo jurídico. Este último depende esencialmente de la correspondiente situación política y jurídica. Si lo que importa es luchar por un sistema que trata de imponer una moral que no puede justificarse de manera universal ni tampoco frente a todos los sometidos al sistema jurídico para impregnar con ella al Derecho, entonces el positivismo jurídico puede ser un instrumento de la lucha política a favor de la democracia y de la neutralidad del Derecho. En el Estado constitucional, el positivismo jurídico pierde esa función. Por un lado, en el sistema jurídico se contienen postulados morales fundamentales que adoptan la forma de derechos fundamentales. Por otro lado, las libertades garantizadas mediante derechos fundamentales impiden que se pueda ir muy lejos en la identificación del Derecho con convicciones morales no compartidas por todos y cuya aceptación no pueda ser pretendida por todos. De esta manera, el Estado constitucional democrático trata de resolver la vieja relación de tensión entre el Derecho y la moral. En esta situación, el positivismo jurídico permanece ciertamente abierto a construcciones como la del «positivismo inclusivo» de Coleman. Con ella, uno puede dar cuenta de la realidad del Estado constitucional democrático. Sin embargo, el no positivismo resulta más adecuado. No sólo es una adaptación a la realidad del Estado constitucional democrático, sino que permite darle un verdadero fundamento.

M. A.: *¿Cómo valoras la obra de Fuller y, en particular, qué opinión te merece hoy su famosa controversia con Hart?*

R. A.: La teoría de Fuller de la moralidad intrínseca o interna del Derecho es un temprano y magnífico intento por hacer explícitos los contenidos morales que se encuentran implícitos en el Derecho. Con ello resulta claro que el Derecho no se puede reducir a la facticidad de la legalidad establecida y de la eficacia social. La tesis de Fuller de que el Derecho es una empresa dirigida a un fin («purposed enterprise») se asemeja en su estructura a la tesis neokantiana de Radbruch de que el Derecho es una realidad «que

tiene el sentido de servir a los valores jurídicos, a la idea del Derecho» (*Filosofía del Derecho*, parágrafo 4). Pero la teoría de Fuller está expuesta de una forma incompleta. Esto vale tanto para sus ocho principios de la legalidad (*La moralidad del Derecho*, cap. II), a través de los cuales él define la moral interna del Derecho, como también para su análisis filosófico del concepto de Derecho. Esto lleva a una peculiar asimetría de la controversia entre Fuller y Hart. Los argumentos de Hart tienen un gran rigor filosófico. Pero Fuller gana un punto muy importante con su insistencia en una conexión necesaria entre el Derecho y la moral. Un significado esencial de esta controversia para los que han venido después consiste en que invita en forma directa a reunir las cualidades de ambos contendientes en una nueva teoría.

M. A.: *Antes hacía referencia a que la tuya y la de Dworkin parecen ser las dos principales teorías del paradigma constitucionalista. ¿Qué diferencias existen entre ambas?*

R. A.: No es fácil una comparación entre la teoría del Derecho de Dworkin y la mía. Ciertamente, hay muchas cosas comunes, pero el armazón conceptual de ambas teorías es bien distinto. Quizás pudiera decirse incluso que ambas teorías son relativamente semejantes en lo substancial, pero bastante distintas en lo formal. De todas formas, también hay diferencias sustanciales. Así, aunque el concepto de principio jurídico juega su papel en ambas teorías, el manejo que se hace del mismo varía. En mi concepción, los principios tienen el carácter de mandatos de optimización. Además, los bienes colectivos pueden también ser objeto de regulación de los principios. Eso lleva a que en la contestación a la pregunta de si se ha lesionado un derecho fundamental juegue un papel central el principio de proporcionalidad y, con ello, la ponderación. Las cosas son distintas en la visión de Dworkin de los derechos como triunfos («trumps»). También hay diferencias en la determinación de las relaciones entre libertad e igualdad. Yo considero la libertad y la igualdad como principios del mismo rango que pueden entrar en colisión. Pero eso queda excluido en la visión de Dworkin de la igualdad («equal concern») como la virtud suprema («sovereign virtue») de la comunidad política. Para mí, el concepto que expresa la armonía a la que se aspira no es el de igualdad, sino el de corrección. Tanto la libertad como la igualdad están subordinados a esta idea regulativa.

M. A.: *En una entrevista publicada en* Doxa *en 1993, Stephen Toulmin decía, refiriéndose a tu teoría de la argumentación y a la de Habermas, que ponían la carreta antes de los bueyes, o sea, que situabas en el centro del cuadro el discurso, en lugar del papel que juega un sistema jurídico en la vida social; digamos, el discurso en lugar de la forma de vida. ¿Qué piensas de eso?*

R. A.: Hablé antes, en relación con la tesis del caso especial, de la «doble naturaleza del Derecho». Consiste en la unión del aspecto institucional y autoritativo con el ideal y crítico. Ahí está ya la respuesta a la objeción de Stephen Toulmin de que los teóricos del discurso ponen la carreta antes de los bueyes, o sea, que sitúan en el centro el discurso y no el papel del Derecho en la vida social o, dicho todavía de manera más general, que dan la prioridad al discurso frente a la forma de vida. El ideal, que la teoría del discurso trata de concebir bajo la forma de las condiciones de la argumentación racional, hunde sus raíces en lo real y no tendría ninguna fuerza sin lo real. Y a la inversa, lo real no sería nuestra forma de vida, la forma de vida de seres vivos dotados de razón, si no incluyera ya lo ideal. Esta relación de inclusión recíproca no permite que se pueda concebir ni la imagen de los bueyes delante de la carreta ni la de la carreta delante de los bueyes.

M. A.: *¿Qué me dirías de la influencia de Habermas en tu obra? ¿Qué peso ha tenido?*

R. A.: Mi contestación a esa pregunta tiene que ser compleja. Quien eche un vistazo a mi libro «Teoría de la argumentación jurídica» se da cuenta en seguida de que hay, esencialmente, dos corrientes que me han marcado: la filosofía analítica, y la teoría crítica, en la forma que le ha dado Habermas. En la época en la que escribí el libro, las dos corrientes eran ampliamente percibidas como posiciones contrapuestas. Hoy la cosa es de otra forma. Habermas se ha acercado cada vez más al campo analítico y los analíticos a él. En aquella época yo estaba del todo en la esfera de la filosofía analítica. Sin embargo, se me imponía directamente el intento de una síntesis. Esa síntesis podía ser exitosa, sobre todo porque tanto Habermas como también autores de la línea analítica, como por ejemplo Hare y Baier, se apoyaban en ideas kantianas.

M. A.: *¿Hay algún aspecto significativo en el que difieras de Habermas?*

R. A.: Naturalmente, en mi versión de la teoría del discurso hay algunas diferencias respecto a Habermas. Pero la intención básica es la misma. Hay diferencias grandes, sin embargo, en la teoría de los derechos fundamentales y de los derechos humanos. En la práctica, lo decisivo en relación con los derechos fundamentales es la determinación de sus límites. En mi «Teoría de los derechos fundamentales», he tratado de resolver el problema de las necesarias demarcaciones de los derechos fundamentales con una teoría de los principios, cuya base es la tesis de que los derechos fundamentales en cuanto normas tienen la estructura de mandatos de optimización. Eso lleva a poner al principio de proporcionalidad en el centro de la dogmática de los derechos fundamentales, lo que tiene la consecuencia práctica de que en muchos casos lo decisivo sobre el contenido definitivo de los derechos fundamentales es la ponderación. Habermas siempre ha rechazado esto con

gran fuerza. En «Facticidad y validez» ha contrapuesto al modelo de la ponderación, el modelo del discurso de aplicación, ideado por Klaus Günther, en el que el papel central lo juega la idea de coherencia. Yo soy, como Habermas, de la opinión de que en la interpretación del Derecho la coherencia tiene una gran importancia. Pero creo que no puede haber coherencia sin ponderación. Aquí es donde hasta ahora discrepamos intelectualmente. Habermas cree que la idea de optimización destruye la estructura deóntica de los derechos fundamentales. La ponderación supone un más o un menos. Falta por ello la estructura binaria que es constitutiva para la validez de las normas. La teoría de los principios despoja a los derechos fundamentales de su estructura deontológica y les da un sentido teleológico. Con ello pierden su carácter de «triunfos» en el sentido de Dworkin. Yo considero, por el contrario, que el simple hecho de la gradualidad no supone sin más una estructura teleológica. La libertad de expresión es tan importante en los Estados Unidos como en Alemania. Aquí hay también un más y un menos. Pero de ello no se sigue que en uno o en otro país o en ambos tenga un carácter teleológico. Naturalmente, el resultado final de una fundamentación que tenga por objeto derechos fundamentales debe tener una estructura binaria. Sólo puede ser válida o inválida. Pero el carácter binario del resultado no implica que todos los pasos de la fundamentación deban tener también carácter binario. De manera que en lo que termina todo esto es en la idea de si la ponderación es un procedimiento racional. Habermas piensa que «por ello, carecen de un criterio de racionalidad» (*Facticidad y validez*, p. 315 –ed. alemana). Yo pienso que lo tienen si es que existe un criterio de racionalidad para contestar a las preguntas prácticas.

M. A.: *A lo largo de los últimos diez años he tratado de desarrollar con Juan Ruiz Manero una concepción de los principios jurídicos que, en cierto sentido, puede considerarse como una mediación entre tu teoría y la de Dworkin y Habermas. Partimos de que los principios pueden dividirse en principios en sentido estricto y directrices, y que las directrices (pero no los otros principios) deben considerarse como mandatos de optimización. La idea es introducir dentro de la categoría general de los principios la distinción entre razones de fin y razones de corrección, y defender la prioridad de las razones de corrección (los principios en sentido estricto) frente a las de fin (las directrices). Esa prioridad, nos parece, puede considerarse como el aspecto más importante del «orden débil» entre principios que tu defiendes. Y esa conceptualización permitiría una mejor articulación de la dimensión instrumental y moral del razonamiento jurídico: el uso argumentativo de los principios supone siempre (como tu señalas) una actividad de ponderación, pero la aplicación de las directrices (por ejemplo, la preservación del medio) supone un aspecto de gradualidad que parecería ra-*

ro predicar de otro tipo de principios (la dignidad humana no parece ser una cuestión de más o menos). ¿Qué piensas de ello?

R. A.: Ciertamente, se pueden distinguir diversos tipos de principios, y la distinción entre principios que tienen como objeto derechos individuales y principios cuyo objeto son bienes colectivos es, sin duda, particularmente importante, aunque no sea tan simple como pudiera parecer a primera vista. El significado de esta distinción proviene de que el peso para la fundamentación que se conceda a ambos tipos de principios es decisivo en cuanto a la extensión que un sistema normativo otorga al individualismo. Yo no defiendo ciertamente una prioridad estricta de los principios que tienen por objeto los derechos individuales, sino una prioridad *prima facie*, lo que da lugar no a un orden estricto, sino a un orden débil entre ambos tipos de principios.

Qué significado tiene esto para la categorización teórico-normativa de los principios como mandatos de optimización es una cuestión de gran importancia teórica y práctica. Yo creo que existe acuerdo entre vosotros dos y yo, en primer lugar, en que los principios entran en colisión con frecuencia y, en segundo lugar, en que la solución de colisiones entre principios no es posible sin ponderación. Ahora bien, los derechos individuales pueden colisionar tanto con otros derechos individuales como con bienes colectivos. Un ejemplo de lo primero es la colisión entre la libertad de expresión y el derecho a la protección de la personalidad, y un ejemplo de lo segundo la colisión entre el derecho a la propiedad y la protección del medio ambiente. Por lo demás, existe un tercer tipo de colisión entre bienes colectivos que aquí no interesa. La cuestión decisiva es si la colisión entre derechos individuales tiene una estructura distinta a la que se da en el caso de una colisión entre derechos individuales y bienes colectivos. Yo creo que no. En ambos casos, el principio de proporcionalidad promueve tanto una optimización relativa a las posibilidades fácticas como una optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Si una determinada intromisión en la libertad de expresión no es adecuada o no es necesaria para proteger la personalidad, entonces si se omite esa intromisión puede preservarse la libertad de expresión y la protección de la personalidad, sin que resulte algún coste para alguno de estos derechos, y realizar mejor y, en ese sentido, optimizar, ambos derechos. No es otra cosa que el óptimo de Pareto. Precisamente ello exige que se consideren los principios de adecuación y de necesidad como principios particulares del de proporcionalidad. Otro tanto vale en relación con la colisión entre la propiedad y la protección del medio. A la optimización relativa a las posibilidades jurídicas corresponde el tercero de los principios particulares del principio de proporcionalidad, el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Dice que el fundamento jurídico para una intromisión tiene que ser tanto más fuerte, cuanto más intensa sea la intro-

misión. Esto vale tanto para la colisión entre derechos individuales, como para la colisión entre derechos individuales y bienes colectivos. Para justificar una débil intromisión en la propiedad basta con que por medio de ella se produzca una mejora del medio ambiente relativamente poco importante. Una intromisión muy grave en la propiedad, por el contrario, sólo es lícita si es de una gran importancia para la protección del medio. Por eso, la intensidad de la intromisión en la propiedad depende también de si se cuenta con indemnizaciones. Pero esto nos lleva ya a entrar en demasiados detalles. Lo que aquí importa es sólo que el principio de proporcionalidad en sentido estricto resulta dañado si no existe al menos una paridad entre la gravedad de la intromisión y el peso de los fundamentos para la intromisión. A este criterio puede llamársele «el postulado de la paridad».

De lo dicho resulta con claridad que lo que defiendo es un concepto de optimización que pone en conexión dos ingredientes: las exigencias que derivan del óptimo de Pareto y el postulado de paridad. Si por esto se entiende «optimización», entonces parece inevitable la consecuencia de que también los principios que, como el de la protección del medio, tienen como objeto bienes colectivos pueden categorizarse como mandatos de optimización.

A esto quiero añadir dos precisiones. En la pregunta te referías a la «gradualidad» y a la dignidad humana. La dignidad humana tiene, como todos los derechos que están tanto en la bóveda como en el fundamento del edificio, una estructura distinta a la de los otros derechos fundamentales. En los derechos fundamentales normales una intromisión no significa todavía una lesión. Una intromisión se convierte en una lesión cuando no está justificada. La dignidad humana carece de esa estructura de intromisión/límites. En ese sentido tiene un carácter de regla. Toda intromisión en la dignidad humana significa su lesión. Pero también aquí las cosas no son tan simples. Tras la estructura de reglas de la dignidad humana se encuentran desde luego estructuras de ponderación. Pero ese es otro tema. La segunda precisión a propósito del aspecto de gradualidad se refiere a los bienes colectivos que tienen la forma de las consabidas finalidades políticas. La protección del medio tiene en Alemania rango constitucional desde que, en 1994, se introdujo en la Constitución a través del artículo 20a. Muchas finalidades políticas no tienen este rango. El Tribunal constitucional alemán calificó en una ocasión la protección de la clase media como un fin político legítimo, que el legislador podía, aunque no tenía la obligación, de desarrollar y, por tanto, si decidía perseguir tal objetivo, el mismo podía legitimar el límite de derechos fundamentales. Aquí, el legislador tiene una competencia concedida a través de una reserva de ley de derecho fundamental para elevar fines políticos como fundamento para limitaciones de derechos fundamentales. Pero si a él le corresponde la decisión de si quiere perseguir ese fin o no, en-

tonces también le corresponde en principio la decisión de en qué medida quiere hacerlo. La graduación se vuelve pues, al igual que la elección del fin, ante todo una cuestión del legislador y, por tanto, una cuestión de política. De esta manera, el fin podría designarse con pleno sentido una «política». Naturalmente, la decisión del legislador no hace superfluo el test de proporcionalidad. Pero sin su decisión sobre el fin político y sobre el grado de su realización no se daría en absoluto este fundamento de limitación en cuanto lícito o ilícito. La cosa no es así con los principios de rango constitucional.

M. A.: *Cuando te visité en Kiel, en 1989, recuerdo que hablamos sobre quiénes podían considerarse como los tres mayores pensadores en la historia de la filosofía del Derecho. Me gustaría saber si has cambiado de opinión desde entonces.*

R. A.: Realmente ya no se quiénes eran los filósofos a los que entonces consideraba como «los tres mayores pensadores en la historia de la filosofía del Derecho». Pero como en ese punto mi opinión apenas habrá cambiado, podrían ser los mismos a los que hoy nombraría: Aristóteles, Hobbes y Kant.

M. A.: *¿Por qué esos nombres?*

R. A.: Aristóteles, con su análisis de la estructura teleológica de la acción humana, suministró una piedra fundamental para toda investigación del comportamiento social y, por ello, del Derecho. Además, con su análisis de la justicia descubrió estructuras que hasta hoy siguen siendo de interés. Algunos elementos de su análisis de la justicia tienen un valor permanente de manera semejante a lo que ocurre con su silogística. Con Hobbes, pasa a ser central el conflicto y la guerra. Nadie ha elaborado la dicotomía de Derecho y poder de manera tan profunda. Con ello, naturalmente, no se da cuenta del todo del concepto de Derecho, pero se determina un elemento sin el cual el Derecho no puede realmente entenderse. Kant, finalmente, ha ido más allá del concepto de Aristóteles de lo bueno y del concepto de Hobbes de la paz, en la medida en que ha considerado la libertad como «el único derecho natural que le corresponde al hombre en virtud de su humanidad» *(Introducción a la teoría del Derecho).* Su vinculación de este derecho con la universalidad exigida por el imperativo categórico hace entrar en juego a la igualdad. Ciertamente, todavía no es una teoría completa de los derechos humanos y de los derechos fundamentales. Pero crea las bases del Estado constitucional democrático. Naturalmente, se impondría añadir otros nombres y hay varias filosofías que se acercan, en cuanto a su significado para la filosofía del Derecho, a las de los tres autores mencionados. Pero nombrarlos quitaría nitidez al cuadro.

M. A.: *¿A quienes consideras como los tres mayores filósofos del Derecho del siglo XX? ¿Por qué?*

R. A.: En la anterior pregunta se trataba, de manera general, de pensadores en la historia de la filosofía del Derecho y ello me llevó a dirigir la atención hacia los grandes filósofos. Ahora te refieres sin más a los «filósofos del Derecho» del siglo XX. Eso me da ocasión para centrarme en los filósofos que han sido al mismo tiempo juristas. Cabría designar esta clase como la de los «filósofos del Derecho en sentido estricto». En el siglo XX, las tres grandes figuras pertenecientes a esa clase son Kelsen, Radbruch y Hart. Kelsen ha formulado el problema de la normatividad con una mayor claridad que cualquiera de los pensadores que le precedieron. Se puede formular por medio de la pregunta de cómo es posible un deber jurídico que no se puede reducir ni a pura facticidad ni a pura moralidad. El papel que juega esta cuestión en la filosofía del Derecho se puede comparar con el de la pregunta por el significado en la filosofía general. Radbruch es incluido en el triunvirato no sólo por su famosa formula, según la cual, dicho de manera breve, la extrema injusticia no es Derecho. El motivo para ello es ante todo su interpretación del Derecho como «realidad que tiene el sentido...de servir a la idea de Derecho», junto con su explicación de la idea de Derecho a través de los valores de justicia, racionalidad de los fines y seguridad jurídica (*Filosofía del Derecho,* parag. 4,9). Con ello quedan todavía muchos aspectos oscuros, pero están establecidas las guías para el desarrollo de un complejo concepto de Derecho de carácter no positivista. Hart, finalmente, con su análisis del punto de vista interno y externo y las distinciones ligadas con ello, ha proporcionado una base indispensable para la comprensión de la naturaleza del Derecho. Sólo con la ayuda de la distinción entre la perspectiva del observador y la del participante puede comprenderse adecuadamente la normatividad del Derecho, tanto en sus peculiaridades como en su vinculación con la facticidad y con la moralidad. También en relación con los filósofos del Derecho en sentido estricto habría otros nombres que añadir, pero tengo que renunciar a decir algo de ellos. Sólo quiero señalar que si hubiese tenido que citar un cuarto nombre, habría sido el de Alf Ross.

M. A.: *¿Qué piensas sobre la situación de la filosofía del Derecho (o de la teoría del Derecho) en Alemania en la actualidad?*

R. A.: Con la situación actual de la filosofía del Derecho en Alemania ocurre como con muchas cosas humanas. La situación podría ser mejor, pero uno podría también fácilmente imaginar un estado de cosas peor. Algo bueno es que todas las Facultades ofrecen cursos de filosofía y/o de teoría del Derecho. La calidad ciertamente es muy desigual. Eso tiene diversas causas. Una particularmente importante es que la formación y el interés de los que tienen a su cargo la materia son muy desiguales. En Alemania no

hay prácticamente ninguna cátedra dedicada por completo a la filosofía del Derecho o a la teoría del Derecho. Se corresponde con una vieja tradición. No se podría imaginar a un Savigny o a un Jhering sin el Derecho civil, e incluso Kelsen era sin duda un iuspublicista, así como Radbruch un penalista. Esta vinculación con una especialidad dogmática tiene ventajas e inconvenientes. La ventaja consiste sobre todo en que de esa manera se asegura el conocimiento del objeto sobre el que se filosofa. Todo filósofo del Derecho debe poder dar una respuesta a la pregunta «¿qué es el Derecho?». Es una trivialidad que aquel que realmente conoce un objeto, en general está en mejores condiciones de decir lo que ese objeto es, en relación con el que no lo conoce o lo conoce sólo en forma superficial. En la respuesta a la anterior pregunta llamaba «filósofos del Derecho en sentido estricto» a los pensadores que eran tanto filósofos como juristas. Ese conocimiento del objeto fundamenta la necesidad de la profesión de filósofo del Derecho en sentido estricto también desde un punto de vista filosófico, pues la pregunta «¿qué es el Derecho?» es, como nadie lo ha expresado mejor que Kant, una pregunta filosófica.

A este primer punto del balance positivo del dualismo de la filosofía del Derecho alemana se une un segundo. No se trata de una ventaja teórica, sino práctica. Concierne sobre todo a la teoría del Derecho. Hay problemas de dogmática jurídica que difícilmente pueden ser resueltos sin una competencia en teoría del Derecho. Como ejemplo pueden ponerse las preguntas de qué es un límite a un derecho, qué factores entran en juego en una ponderación y cómo hay que entender la jerarquía normativa de la Unión Europea. Son cuestiones usuales de la ciencia del Derecho y, al mismo tiempo, cuestiones que difícilmente pueden tener una respuesta adecuada sin instrumentos básicos de la teoría del Derecho. De los dos puntos anteriores se extrae la conclusión de que, bajo condiciones ideales, el dualismo alemán supone sólo ventajas, tanto desde el punto de vista teórico como desde el práctico. Las condiciones, sin embargo, no son ideales y eso supone considerables inconvenientes.

Hoy ya no es posible estar familiarizado con todo el campo del Derecho civil o del Derecho público. Hasta el Derecho penal resulta cada vez más inabarcable a causa de sus muchos campos contiguos. Si por tanto cada uno de esos tres grandes campos del Derecho sigue unido con la filosofía del Derecho y con la teoría del Derecho surge inevitablemente un punto de dificultad. No raramente, esa dificultad consiste en que las energías se concentran en un campo de la dogmática, el que sea, y la dedicación a la filosofía del Derecho sólo es de paso. A la larga, eso lleva a la desprofesionalización de la filosofía del Derecho. Si uno se da cuenta de que para una parte de los jóvenes el peligro de la desprofesionalización no reside únicamen-

te en lo que vaya a ser el ejercicio de la profesión, sino que sobre la base de una desprofesionalización ya existente de los maestros no han tenido en un principio una formación profesionalizada, entonces resulta fácil explicar algunas de las carencias de la situación actual de la filosofía del Derecho en Alemania. Pero no hay que pintar tampoco el cuadro demasiado negro. La dogmática no siempre se antepone a la filosofía del Derecho, y con frecuencia hay dificultades en las que no sólo han de intervenir ambos lados, sino que hacen florecer a la filosofía del Derecho y a la teoría del Derecho. De manera que quizás podría decirse que el dualismo alemán que en teoría es tan ideal, en la práctica lleva a un cuadro muy heterogéneo. Falta un nivel medio mínimo general en la teoría y en la filosofía del Derecho, lo que se lograría casi automáticamente con la sustitución del dualismo por cátedras exclusivamente de filosofía del Derecho. De manera que el dualismo lleva al hundimiento de la filosofía del Derecho en algunos lugares, pero en otros la eleva a la cima, en la medida en que es alcanzable, si ambos lados pueden ensamblarse felizmente. Naturalmente, se trata de un cuadro general. Aquí no es el lugar de proseguir con el cuadro, indicando nombres y lugares.

M. A.: *¿Y cómo ves la situación de la filosofía del Derecho en Alemania en relación con épocas pasadas y con la situación en otros ámbitos culturales?*

R. A.: Es difícil poder decir algo, a partir de la situación actual, sobre la comparación entre la filosofía del Derecho alemana actual y la de épocas pasadas. La distancia temporal respecto a situaciones anteriores permite una cierta objetividad del juicio, en tanto que el que emite el juicio, en lo que respecta a su tiempo, está en un grave peligro de subjetividad, pues él también pertenece al tiempo que tiene que juzgar. Quizás pudiera decirse que la ciencia jurídica alemana, desde la segunda guerra mundial, se ha caracterizado por una sensible orientación hacia la praxis y un abandono de su lado teórico. Parece carecer de la vocación de aspirar a lo grande y lo duradero. Fue muy distinto en el tiempo que va desde el final de la guerra del siglo XVIII, en 1763, y el año 1933. En esos 170 años muchas grandes mentes de la ciencia jurídica alemana estuvieron imbuidas de una inclinación hacia la teoría que quizás haya sido algo único en el mundo. Eso es lo que ha servido de fundamento al rango de la jurisprudencia alemana. Por suerte, hay señales de que los nubarrones de la posguerra se van deshaciendo lentamente. Lo viejo ya no puede cambiarse. Pero hay mucho nuevo y lleno de esperanza que despunta.

La situación en otros círculos culturales sólo puedo juzgarla de manera muy limitada. Lo que yo veo es alentador. En el Derecho constitucional, que es mi principal campo de dedicación dogmática, parece como si varios or-

denamientos jurídicos estuviesen conformando una dogmática de los derechos fundamentales expansionista y, en ese sentido, general. En la filosofía del Derecho y en la teoría del Derecho sigue habiendo ciertamente una cierta dominancia del círculo anglo-americano, aunque también aquí las cosas, si mi percepción es correcta, están cambiando. Basta con pensar en la recepción de Habermas en el mundo de habla inglesa.

M. A.: *Me gustaría conocer tu opinión sobre algunos autores alemanes que han tenido una gran influencia en los países de habla hispana: Karl Larenz, Josef Esser, Carl Schmitt y Niklas Luhmann.*

R. A.: Los autores a los que mencionas son de diverso tipo. Karl Larenz ha realizado contribuciones significativas a la metodología jurídica. Por ello, ha jugado un papel importante en la historia de la metodología jurídica. Su capacidad, hasta el fin de su actividad científica, de incorporar nuevas cosas es asombrosa. La tragedia de Larenz fue que nunca pudo desarrollar completamente su gran talento. Al final de la República de Weimar entró en la esfera del neohegelianismo de Binder. Poco después de 1933 se implicó profundamente –en mi Universidad, por tanto aquí, en Kiel- con el nacionalsocialismo. Después de 1945 escribió, con su «Metodología de la ciencia jurídica», uno de los más exitosos libros en lengua alemana sobre ese tema. La parte sistemática, a causa de la mescolanza de ideas hegelianas y hermenéutica, carece de la fuerza filosófica que hubiesen podido hacer de él, en lugar de un libro importante, un gran libro. En cualquier caso, doy más valor a la parte histórica del libro que a la sistemática.

El juicio sobre Joseph Esser es también mixto. Su libro «Principio y norma en el desarrollo jurisprudencial del Derecho privado» es igualmente un libro importante, pero no un gran libro. La causa de ello es la penetración conceptualmente defectuosa de la materia. El libro permite miradas profundas en las estructuras de las normas jurídicas y de la argumentación jurídica. Esa mirada resulta sin embargo oscurecida por una infinidad de distinciones poco claras. Un defensor de Esser podría replicar que mi visión de Esser está enturbiada por un inadecuado postulado analítico de claridad. A ello contrarreplicaría que la profundidad que no se resuelve en claridad no es una verdadera profundidad. Todo esto vale, y aun más, para el más conocido libro de Esser de su época, «Precomprensión y elección metódica en el descubrimiento del Derecho». Se trata, particularmente en el contexto de su tiempo, de un libro interesante, pero queda lejos de «Principio y norma».

Sobre Carl Schmitt se ha dicho tanto que quiero ser breve. Carl Schmitt ha sido, en todo caso por lo que se refiere a su trabajo hasta 1933, un importante constitucionalista, y sus obras no desaparecieron tan rápidamente del catálogo literario de los nuevos libros. En particular, siguió siendo grande su influencia en la politología y en la filosofía política. Su importancia

para la filosofía del Derecho es difícil de determinar. Casi podría decirse, a la vista de las desgraciadas relaciones entre Kelsen y Carl Schmitt, que uno tiene que decidirse entre la teoría del Derecho y la filosofía política. El esquema amigo/enemigo adquiere también una dimensión para la disciplina. Pero las cosas son naturalmente más complicadas.

Respecto de Luhmann, aún no ha llegado el tiempo para un juicio de conjunto. La pregunta decisiva es la de si Luhmann sólo ha desarrollado una terminología altamente compleja para cosas conocidas desde hace tiempo, o si ha proyectado luz sobre cosas que antes de él todavía no se conocían y que tampoco se conocerían sin su teoría.

M. A.: *Tu obra ha sido una de las más influyentes en la filosofía del Derecho de las últimas décadas, quizás (o en parte) porque te has ocupado de problemas de interés general. ¿Cuáles son los problemas que han estado en el centro de tu trabajo iusfilosófico? ¿Y cuáles tus respuestas a los mismos?*

R. A.: En el centro de mi trabajo como filósofo del Derecho está el problema de la conexión entre Derecho y razón. Esta cuestión capital lleva por sí misma a tres problemas: el primero se expresa en la pregunta de qué es Derecho, el segundo en la pregunta qué es razón, y el tercero en la cuestión de en qué consiste la conexión entre Derecho y razón. Cada una de estas preguntas, a su vez, se descompone en muchas otras cuestiones que aquí no nos interesan.

A la primera pregunta, esto es, a la de qué es Derecho, he dado una respuesta que es compleja, porque según ella el Derecho consiste en tres elementos: (1) la legalidad en conformidad con el ordenamiento, (2) la eficacia social y (3) la corrección en cuanto al contenido. El primer elemento representa la institucionalidad del Derecho, el segundo su facticidad y el tercero su moralidad. La gracia de este concepto trialista de Derecho está en que los tres elementos no están relacionados simplemente de cualquier manera. Entre ellos existen muchas relaciones necesarias. La eficacia sin legalidad supone inmutabilidad, la legalidad sin eficacia carece de fuerza, y ambas conjuntamente no es todavía Derecho si no se plantea al menos una pretensión de corrección. El contenido de la pretensión de corrección del Derecho de nuevo es en sí complejo. Aquí depende sólo de que el Derecho incluya necesariamente una pretensión de justicia. Por ello, la pretensión de corrección establece una conexión necesaria entre el Derecho y la moral.

Eso lleva al segundo problema. Lo que es legal y lo que es eficaz está determinado por hechos sociales. ¿Pero cómo se determina lo que es correcto? La respuesta es: a través de la razón y, por cierto, como aquí se trata de corrección normativa, a través de la razón práctica. Pero ahora resulta que no sólo es polémico saber lo que es la razón práctica, sino también si simplemente existe. Recordemos simplemente la «Crítica del llamado co-

nocimiento práctico», escrita por Alf Ross en el año 1933. A la pregunta de si existe la razón práctica, mi respuesta es que los discursos prácticos racionales resultan posibles. Lo que son los discursos prácticos racionales puede explicitarse a través de un sistema de reglas y de formas de la argumentación racional. Esta interpretación de la razón como argumentación, por lo tanto, de la práctica de dar y de promover razones, está expuesta a la objeción de que una tal interpretación puede ciertamente salvar la idea de la razón práctica, pero tiene que pagar por ello un alto precio: la pérdida de contenido.

Y esto lleva al tercer problema que consiste en la pregunta por la conexión entre Derecho y razón. La objeción de la pérdida de contenido, como es frecuente que ocurra con las objeciones, toca un punto importante, pero esa objeción se puede debilitar pues ella se basa, como también es frecuente que ocurra con las objeciones, en una exageración. La interpretación de la razón como argumentación significa ciertamente una procedimentalización que, sin embargo, no excluye todo contenido normativo. En algunos trabajos sobre teoría del discurso he tratado de mostrar que el reconocimiento mutuo de los participantes en el discurso como libres e iguales tiene carácter constitutivo para la argumentación y que sobre esta base se pueden fundamentar los derechos humanos. Fundamentar los derechos humanos no es sin embargo suficiente. Tienen también que ser asegurados y eso tiene que efectuarse a través del nivel internacional, supranacional y nacional. Lo que aquí importa es que asegurar los derechos humanos a través de esos tres niveles exige su positivación. En el nivel nacional, la positivación significa su transformación en derechos fundamentales. Eso produce una primera conexión entre Derecho y razón. La segunda conexión resulta de la formalidad de las reglas y formas del discurso, contra la que se dirige la objeción de la pérdida de contenido. Las reglas y las formas del discurso no permiten de hecho en muchos casos llegar a los que argumentan a un resultado. Ello sin embargo no lleva a su pérdida de valor, sino a la necesidad de una vinculación de las estructuras de la argumentación con las estructuras de la decisión. Este es el lugar sistemático del Estado constitucional democrático. El Estado constitucional democrático supone la mejor forma de conectar la argumentación con la decisión desde la perspectiva de los ideales de libertad e igualdad fundamentados discursivamente. He tratado de mostrar todo esto en mi «Teoría de los derechos fundamentales» y en algunos trabajos posteriores. Ahí juega un papel esencial la ponderación en cuanto forma de aplicación de los derechos fundamentales. De esta manera, cabría llamar «institucionalización de la razón» a este sistema completo en formación.

M. A.: *¿Cuáles son tus proyectos para un futuro próximo?*

R. A.: Siempre es arriesgado hablar de los planes de uno, pues tener un plan, que a uno le compensa seguir, significa casi siempre tener un plan que, en el mejor de los casos, sólo se puede realizar de manera incompleta. Quiero por ello limitarme a hacer insinuaciones. Me interesan tres problemas. El primero es puramente filosófico. Consiste en la pregunta de qué tipo de argumentos son los que podemos aducir si preguntamos qué es el Derecho o qué es el deber. Se trata por tanto de la naturaleza de los argumentos acerca de la naturaleza del Derecho. El segundo tema radica en el Derecho estatal. Se trata de la pregunta de cómo las diversas concepciones de los derechos fundamentales repercuten en la distribución de competencias en el Estado constitucional democrático, en particular, entre el tribunal constitucional y el legislador. Ahí juega un papel especial la ponderación. El tercer proyecto lo trazo a más largo plazo. Tiene como finalidad un sistema de filosofía del Derecho. Si llego o no alguna vez a realizarlo es algo que queda completamente abierto.

M. A.: *¿Cómo ves el futuro del Derecho y de la filosofía jurídica? ¿Necesitamos la filosofía del Derecho, y filósofos del Derecho, en la sociedad globalizada? ¿Para qué la filosofía del Derecho hoy?*

R. A.: El papel del Derecho tenderá probablemente en el futuro a aumentar. Los motivos para ello se han descrito con frecuencia. Por un lado está la complejidad de las relaciones sociales y económicas. Por otro lado, se desmorona el poder de la tradición y de las convenciones para evitar y resolver conflictos. Pero de que el papel del Derecho aumente no se sigue todavía que también se acreciente el papel de la filosofía del Derecho. El creciente papel del Derecho en la sociedad va acompañado de una cada vez más fuerte especialización de los juristas. Ello por sí dice todavía poco, pues hay dos tipos de especialización y el papel de la filosofía del Derecho depende de cuál de los dos tipos tenga lugar. El primero se circunscribe al perfeccionamiento de las competencias prácticas en un campo limitado. El segundo tipo de especialización persigue también este fin, pero no se limita a ello. Trata de que el perfeccionamiento de las competencias en un campo limitado se asocie con la capacidad de que estas competencias se pongan en correspondencia con todo aquello que, en otro caso, erosionaría a un sistema jurídico. Cabría llamar a esto «reflexividad sistémica». La reflexividad sistémica no puede alcanzarse sin un conocimiento básico de la teoría y de la filosofía del Derecho. Si uno pudiera estar seguro de que lo que es razonable es también real, entonces sobre esa base podría verse el futuro de la filosofía del Derecho bajo una luz favorable. Lamentablemente, la experiencia sugiere una evaluación más realista. Y una evaluación más

realista pudiera ser que el futuro no es ni totalmente luminoso ni totalmente oscuro.

La globalización pone todavía más de manifiesto de lo que ya de por sí es la necesidad de la filosofía del Derecho. La globalización significa esencialmente que las relaciones entre las cosas en este mundo se vuelven más estrechas. Los ordenamientos jurídicos entran en contacto y se interpenetran cada vez más. Eso da ocasión para la búsqueda de lo que es común. Es una búsqueda de lo universal. Pero lo universal es un objeto genuino de la filosofía. Esto vale tanto para la interpenetración sistemático-conceptual de las materias como también para el problema normativo de la justicia. La universalidad de la interpenetración sistemático-conceptual de las materias define el ideal teórico de una ciencia del Derecho general. El problema normativo de la universalidad exige como solución la realización de la justicia. Es el logro de un ideal práctico. Pero la realización universal de la justicia presupone no sólo acción, sino también pensamiento. El pensamiento sobre la justicia es filosofía del Derecho. De manera que sin filosofía del Derecho no son posibles ni la ciencia del Derecho ni la justicia universal. Incluso si no hubiera más razones a favor de la filosofía del Derecho, ésta sería suficiente para justificar su necesidad.

M. A.: *¿Cuál sería tu consejo a un joven (a un jurista sin experiencia) interesado en trabajar en filosofía del Derecho?*

R. A.: A un joven (o a una joven) jurista con un interés real por la filosofía del Derecho le aconsejaría escribir una tesis de doctorado sobre la materia. Con frecuencia tiene pleno sentido incrustar el tema iusfilosófico en un contexto de dogmática jurídica. Además, en cuanto joven jurista no temería, si me pareciera lleno de sentido, buscar un diálogo con los autores que uno haya estudiado con particular intensidad y que jueguen un papel importante en la elección del tema, con independencia de en donde escribe uno la tesis.

(Traducción de Manuel Atienza)